

REVUE

INTERNATIONALE

de la Croix-Rouge

français, qui se trouvaient l'un contre l'autre à Solferino, ont pu, quelques temps après, se trouver assis l'un à côté de l'autre à la table hospitalière du roi de Prusse et causer en bonne amitié, qui les aurait empêchés d'examiner et de discuter une question si digne de leur intérêt et de leur attention ? Lors des grandes manœuvres de Cologne, en 1861, le roi Guillaume de Prusse fit inviter à dîner, au château de Benrath, près Dusseldorf, les officiers de diverses nations qui y étaient envoyés par leurs gouvernements. Avant de se mettre à table, le roi prit par la main le général Forey et le général Paumgarten : "Maintenant que vous êtes amis, leur dit-il en riant, asseyez-vous là, l'un à côté de l'autre, et causez." Or, Forey était le vainqueur de Montebello et Paumgarten son adversaire.

Dans des occasions extraordinaires, comme celles qui réunissent à Cologne, à Châlons, ou ailleurs, des princes de l'art militaire de nationalités différentes, ne serait-il pas à souhaiter qu'ils missent à profit cette époque de congrès pour formuler quelque chose de positif, de concret, de pratique et sacré, lequel, une fois agréé et ratifié, servirait de base à des Sociétés de secours pour les blessés dans les divers pays de l'Europe ? Il est d'autant

Débat humanitaire: droit, politiques, action

Sélection française 2006



ICRC

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:
Emmanuelle Saada
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

Volume 88 Sélection française 2006

REVUE INTERNATIONALE de la Croix-Rouge

Débat humanitaire: droit, politiques, action

Sélection française 2006

TABLE DES MATIÈRES

Tribunaux pénaux internationaux – mars 2006

007 Éditorial

011 Entretien avec Philippe Kirsch

Président de la Cour pénale internationale

**021 Mesurer l'impact des politiques de châtement et de pardon:
plaider pour l'évaluation de la justice transitionnelle**

Pierre Hazan

**051 Justice pénale internationale:
vers un resserrement des règles du jeu**

Luc Côté

065 Un aperçu des juridictions pénales internationales en Afrique

Jamie A. Williamson

**089 Organisations humanitaires et juridictions pénales internationales:
la quadrature du cercle?**

Anne-Marie La Rosa

Les commissions de vérité et réconciliation – juin 2006

111 Éditorial

115 Entretien avec Salomón Lerner

Président de la Commission Vérité et Réconciliation du Pérou de 2001 à 2003

**125 Réveiller le dragon qui dort? Questions de justice transitionnelle:
répression pénale ou amnistie?**

Laura M. Olson

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.

**147 Les personnes portées disparues et la justice transitionnelle:
le droit de savoir et la lutte contre l'impunité**

Monique Crettol et Anne-Marie La Rosa

Entreprises militaires privées – septembre 2006

159 Éditorial

163 Entretien avec Andrew Bearpark

Directeur général de l'Association britannique des Compagnies privées de sécurité

**173 Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre: les sociétés militaires et
sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire**

Emanuela-Chiara Gillard

**225 Attribution de mandats aux entreprises de sécurité et militaires
privées et régulation de leurs activités: éléments à considérer**

Michael Cottier

Méthodes de guerre – décembre 2006

259 Éditorial

263 Entretien avec le général Sir Rupert Smith

Ancien Commandant Suprême adjoint des Forces Alliées européennes

**275 Contextualisation de la proportionnalité:
jus ad bellum et *jus in bello* dans la guerre du Liban**

Enzo Cannizzaro

Faits et document

- 291** **Protocole III: Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel**
- 301** **La Vingt-Neuvième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève 20-22 juin 2006, Enjeux et résultats**
François Bugnion
- 313** **Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)**
Jean-François Quéguiner

Volume 88 Number 861 March 2006

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

Humanitarian debate: Law, policy, action

International criminal tribunals



ICRC

ÉDITORIAL

Mars 2006 restera un mois de funeste mémoire pour les organes judiciaires des Nations Unies à La Haye. Non seulement le nationaliste serbe Milan Babić, condamné pour crimes de guerre, s'est suicidé dans sa cellule, mais l'homme contre lequel Babić avait témoigné en 2002 – Slobodan Milošević, le premier chef d'État inculpé de crimes de guerre – a aussi été retrouvé mort. Or, ce procès contre Milošević représentait un test crucial pour le droit international.

Nul doute dès lors que le décès de l'ancien président yougoslave porte un coup dur au tribunal le plus important mis en place en Europe depuis la Seconde Guerre mondiale. Malgré un procès qui aura duré quatre ans, le monde ne saura jamais si Milošević aurait bel et bien été reconnu coupable de génocide. Le fait qu'aucun procès n'ait été engagé contre Ratko Mladić et Radovan Karadžić, tous deux soupçonnés de crimes de guerre et tous deux en fuite, ne fait qu'ébranler davantage le peu de confiance qu'inspire généralement la justice en matière de crimes de guerre. Certes, les noms de ceux qui ont été condamnés pour de tels actes – Tadić, Jelisić, Nikolić ou encore Blaškić – ont marqué l'histoire du droit, et on permis de réaliser des progrès considérables dans le domaine juridique. Il n'en demeure pas moins que l'absence des principaux suspects auxquels incombait le gros de la responsabilité politique et militaire pendant la guerre de Bosnie, porte un coup beaucoup plus grave non seulement à l'image des tribunaux internationaux dans leur ensemble, mais aussi aux objectifs plus vastes du droit international pénal.

Le principe qui veut que des individus doivent répondre des violations du droit de la guerre qu'ils ont commises était déjà connu des civilisations anciennes. Les tribunaux pénaux internationaux pour crimes de guerre ont, quant à eux, vu le jour après les procès de Nuremberg et de Tokyo, mis sur pied pour juger les graves crimes commis par les chefs militaires nazis et japonais au cours de la Seconde Guerre mondiale. Ces deux procès se sont déroulés après la victoire militaire des uns et la capitulation inconditionnelle des autres. Ils ont aussi rappelé que la structure juridique internationale existante ne disposait d'aucun organe permanent doté de la juridiction et des moyens nécessaires pour poursuivre ce type de crimes.

Il revient en premier lieu aux États de poursuivre et de condamner leurs propres criminels, y compris ceux qui ont commis des crimes de portée internationale. Toutefois, s'agissant des efforts déployés par les tribunaux nationaux pour punir ces crimes universels, le bilan est désastreux, et le nombre de poursuites pénales engagées semble être inversement proportionnel au nombre de violations commises en temps de guerre. Pour leur part, les parties non gouvernementales au conflit n'ont aucun scrupule à se comporter de la même manière. Par ailleurs, bien que le principe de juridiction universelle soit fermement ancré dans le droit international, son application reste controversée. Il a pris un essor important avec la loi belge de 1993, avant que la portée de cette dernière ne soit réduite dix ans plus tard, recul que l'on ne peut imputer à la seule création de la Cour pénale internationale, puisque celle-ci ne diminue en rien l'obligation qu'ont les États d'engager des poursuites judiciaires contre tout criminel présumé, quels que soient sa nationalité et le lieu de son infraction.

En mettant sur pied divers types de tribunaux internationaux ou à vocation internationale, les États ont voulu lancer un message clair en faveur de la lutte contre l'impunité. Mais cette revendication d'une justice internationale n'est souvent que symbolique et ne peut se substituer au manque de volonté des États de poursuivre leurs propres criminels – souvent acclamés comme héros au sein de leurs communautés – ou d'autres criminels internationaux. Les deux tribunaux *ad hoc* institués par le Conseil de sécurité des Nations Unies pour juger les crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda ont été et restent les premiers «bancs d'essai» pour la Cour pénale internationale permanente. Les leçons ont été tirées des erreurs commises – notamment d'omettre d'organiser dès le début des campagnes d'information afin que la population des pays de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda se sente véritablement concernée par le déroulement de ces procès tenus loin de chez elle. D'autres tribunaux pénaux créés en Sierra Leone, au Cambodge, à Timor Leste, au Kosovo et en Irak, ayant une dimension internationale plus ou moins marquée, ont certes contribué à la prolifération des systèmes pénaux internationaux ou internationalisés, mais ils se sont efforcés de faire participer davantage d'acteurs nationaux à leur création et à leur mise en œuvre – avec des résultats divers.

La Cour pénale internationale (CPI) a fini par être instituée en 2002 par le Statut de Rome, qui donne clairement à cette institution judiciaire permanente le mandat de poursuivre des personnes, en particulier pour les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Selon ce texte, la CPI «est complémentaire des juridictions pénales nationales» et ne peut donc exercer sa compétence que si les tribunaux nationaux n'ont «pas la volonté ou [sont] dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites» liées à de tels crimes. Elle est donc une «cour de dernier recours», puisqu'elle laisse aux États la responsabilité première de poursuivre les auteurs de crimes présumés.

En l'absence de tout mécanisme coercitif, la CPI ne peut fonctionner qu'avec la coopération des États, dont certains – et parfois pas des moindres – n'ont

pas ratifié le Statut de Rome. Or, son rôle consiste à entrer en action précisément là où il est généralement illusoire d'espérer une véritable coopération de la part de l'État concerné, soit parce que ce dernier n'a pas la volonté de poursuivre les criminels en cause, soit parce qu'il est dans un tel état de désorganisation qu'il n'en est tout simplement pas capable. Le potentiel d'échec de cette institution réside donc dans sa nature même, puisqu'elle doit intervenir justement dans les situations où il est particulièrement difficile de mener une enquête pénale digne de ce nom. La récolte de témoignages et de preuves, leur conservation en lieu sûr, puis l'arrestation des suspects ne lui sont donc possibles qu'avec la coopération et le soutien actifs des États, des Nations Unies et des acteurs non étatiques. Toutefois, ces derniers poursuivent généralement des objectifs différents, découlant de leur propre mandat. Or, ce mandat risquerait d'être compromis si leur participation active à la recherche de preuves était perçue comme contraire aux intérêts d'une partie au conflit ou à ceux de la population locale. Bien qu'il souscrive à l'objectif de traduire en justice les criminels de guerre, le CICR refuse toutefois d'apporter son soutien opérationnel aux tribunaux, afin de ne pas mettre en péril sa mission première, qui consiste à apporter protection et assistance aux victimes de conflits armés dans le monde entier, conformément aux Conventions de Genève.

Le défi – celui de faire de la CPI, envers et contre tout, un outil juridique efficace et indispensable au maintien d'un ordre mondial honorable – est gigantesque. Mais il y a de l'espoir: le procureur de la Cour pénale internationale a ouvert des enquêtes sur des affaires qui lui ont été déférées par l'Ouganda, la République démocratique du Congo et le Conseil de sécurité des Nations Unies (dans ce dernier cas, à propos de la région du Darfour au Soudan), et les premiers mandats d'arrestation ont été rendus publics. Récemment, Thomas Lubanga Dyilo, accusé d'avoir enrôlé des enfants de moins de 15 ans et de les avoir fait participer activement aux hostilités dans l'un des conflits armés les plus meurtriers – et les plus oubliés – de l'est du Congo, a été arrêté et remis à la CPI, qui a pu entamer les audiences préliminaires. Même le Libérien Charles Taylor, qui avait miraculeusement échappé aux tribunaux de son pays, a fini par être extradé pour être traduit en justice.

Toni Pfanner
Rédacteur en chef

Entretien avec Philippe Kirsch*

Le juge Philippe Kirsch (Canada) est président de la Cour pénale internationale (CPI) à La Haye et est affecté à la Section des appels. Il est membre du barreau de la province de Québec et a été nommé Queen's Counsel (Conseiller de la Reine) en 1988. En 1998, le juge Kirsch a exercé la fonction de président du Comité plénier de la Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale (la Conférence de Rome). Il a également été président de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale (1999–2002). Le juge Kirsch a une vaste expérience de l'évolution du droit pénal international, concernant notamment les questions liées au terrorisme. Son expérience en droit international humanitaire comprend les fonctions de président du comité de rédaction de la Conférence internationale sur la protection des victimes de la guerre (1993), du comité de rédaction des XXVI^e et XXVII^e Conférences internationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (1995 et 1999) et de leurs réunions connexes. Il a aussi été président du Comité national canadien sur le droit humanitaire (1998–1999) et membre du Groupe des conseillers internationaux du Comité international de la Croix-Rouge (2000–2003).

: : : : : :

Comment voyez-vous le développement des tribunaux internationaux?

D'abord, il est important de comprendre que la justice internationale est un système. Ce n'est pas une série de Cours qui agissent sans aucun lien entre elles. Mais il faut aussi rappeler que le principe fondamental demeure la responsabilité des États de poursuivre les criminels. C'est aux États qu'il appartient d'exercer leur compétence sur les crimes, tous les crimes, y compris les crimes les plus graves tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Cela dit, il est évident que l'expérience particulière du 20^e siècle, surtout dans la

* L'entretien a été mené à La Haye le 1^{er} février 2006 par Toni Pfanner, rédacteur en chef de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*.

La version anglaise de l'interview a été publiée dans: *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N^o. 861, mars 2006, pp. 9-17.

deuxième moitié du siècle, a bien montré que, dans certains cas, les juridictions nationales étaient dans l'incapacité d'exercer leurs fonctions pleinement ou correctement, et que donc, dans d'autres, la communauté internationale ne voulait pas se contenter des juridictions nationales. C'est précisément dans les situations où les crimes les plus graves ont été commis que les juridictions nationales étaient le moins efficaces.

On a commencé par comprendre la nécessité d'établir des tribunaux internationaux à Nuremberg et Tokyo, puis en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Mais il est devenu clair que l'on ne pouvait pas chaque fois recommencer à créer un nouveau tribunal parce que ces tribunaux étaient tournés vers le passé, avaient une compétence géographique limitée, et leur établissement demandait beaucoup de temps et d'argent. A chaque fois également, leur création relevait d'une décision politique de la communauté internationale. Dès le lendemain de la Seconde guerre mondiale, on s'est aperçu qu'il faudrait un jour une Cour permanente et indépendante. Ce processus, qui a été bloqué par la guerre froide, a été repris à la fin des années 80 et stimulé par la création de tribunaux *ad hoc*.

Les Nations Unies sont composées d'États et il n'y a pas de véritable pouvoir exécutif, mais un pouvoir judiciaire international dans le domaine pénal. Est-ce qu'une Cour pénale permanente ne précède pas la réalité politique?

D'abord, précisons que la Cour est indépendante des Nations Unies, ou de toute autre organisation politique. Il y a un accord entre la Cour et les Nations Unies, mais c'est un accord de coopération. C'est un accord visant à obtenir des résultats concrets, la reconnaissance mutuelle des deux organisations et la coopération à différents niveaux, qui est particulièrement importante pour la Cour parce qu'elle est une institution judiciaire que les États ont voulue forte via cette coopération, malgré l'absence d'un pouvoir exécutif. Le Statut instaure ainsi un système de coopération exigeant, mais qui n'est pas comparable à un système national. Il n'y a pas de police, pas d'armée, aucun de ces outils dont un tribunal national dispose normalement. D'autres mécanismes, nationaux et internationaux, doivent pallier cette carence.

Quant à l'essentiel de votre question, je rappellerai que les tribunaux internationaux précédents ont été des tribunaux imposés à des États tandis que la Cour est une création des États, voulue par les États. S'il y a un système de coopération exigeant, il faut souligner que c'est un système de justice qui reflète la volonté des États. Logiquement, et hormis les situations qui sont imposées aux États, telles que le Darfour, les États parties ne font qu'appliquer ce qu'ils ont voulu. Et j'ai l'impression, bien que n'étant pas en première ligne, que le niveau de coopération avec la Cour a été relativement bon jusqu'à présent, avec moins de ces secousses et de ces refus de coopération qu'on a tellement vu se produire dans les tribunaux *ad hoc*.

Les tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda cesseront dans quelques temps leurs activités, peut-être sans avoir pu juger les principaux accusés. Est-ce que la Cour pénale permanente

pourrait continuer leur travail lorsque les deux tribunaux ad hoc auront cessé d'exister ?

Non, je ne pense pas que ce soit possible pour deux raisons. D'abord, parce que leur mandat est restreint à certaines situations qui ont eu lieu pendant une période donnée. Les deux tribunaux s'acheminent vers leurs conclusions dans quelques années. De plus, nous ne faisons pas partie du même système. Les tribunaux *ad hoc* appartiennent aux Nations Unies. Nous sommes indépendants. Des deux cotés de la barrière, au sein des Nations Unies, comme à l'intérieur des États parties au Statut de la Cour pénale internationale, je peux voir des gens qui seraient très réticents à mélanger les deux systèmes.

Les États ont recherché une Cour différente des tribunaux ad hoc ?

Oui, et une Cour permanente offre plusieurs avantages. D'abord, elle pallie les inconvénients des tribunaux *ad hoc*, ceux que j'ai précédemment mentionnés. C'est une Cour qui est immédiatement disponible. Mais aussi, une des différences majeures entre la Cour permanente et les autres tribunaux internationaux en pratique – et il s'agit d'une difficulté – est que ces tribunaux s'occupaient de crimes qui avaient été commis dans le passé au cours de conflits qui étaient terminés. Les choses n'ont pas toujours été aisées, mais ils n'ont pas connu les énormes problèmes pratiques auxquels la Cour pénale internationale est confrontée, qui, elle, fait face à des crimes qui continuent d'être commis au cours de conflits qui perdurent, dans des situations et des régions extrêmement fragiles et troublées.

La Cour s'appuie principalement sur la coopération des États, et notamment de ceux où les actes ont été commis. Un manque de coopération de la part d'un État ne remet-il pas en cause le bon fonctionnement de la Cour ?

S'il s'agit d'un État partie dans le cadre d'un renvoi par l'État qui dispose de la compétence territoriale ou nationale, la Cour va saisir l'Assemblée des États parties et voir ce qu'elle décide de faire.

Et si le Conseil de sécurité défère une situation à la Cour comme dans le cas du Soudan ?

S'il s'agit d'un renvoi par le Conseil de sécurité, à ce moment-là, la Cour peut en référer au Conseil de sécurité afin qu'il demande directement à un État de coopérer, et, en cas de non coopération, prenne les mesures nécessaires. C'est un peu hypothétique, parce que la Cour est toujours une institution extrêmement jeune. Il y a deux ans et demi, elle n'existait pas et elle est encore en train de se bâtir. Il y a beaucoup d'expériences concrètes que nous n'avons pas encore faites.

Ce sont des situations évidemment beaucoup plus compliquées, notamment si l'État n'est pas encore partie au Statut de la Cour et qu'une situation le concernant a été déférée à la Cour. Le procureur a sa propre stratégie là-dessus et il doit faire rapport tous les quelques mois au Conseil de sécurité. C'est vraiment lui et lui seul, qui, pour l'instant, peut évaluer la nature de la coopération.

Par exemple, le procureur a annoncé publiquement qu'il n'opérait pas à partir de l'intérieur du Soudan et que les témoignages avaient été recueillis dans de nombreux pays. Manifestement, il y a différentes manières de parvenir à un résultat.

Plusieurs États importants ne sont pas partie au Statut, dont la Chine, les États-Unis, l'Inde et la Russie. Cette situation donne une impression de deux poids deux mesures. Comment confrontez-vous cette problématique, comment affirmez-vous la perception d'impartialité que la Cour devrait avoir pour être crédible?

Les ressortissants d'un État non partie n'échappent pas nécessairement à la compétence de la Cour. Dans une situation internationale, quand un État intervient dans un autre État par exemple, et que des crimes sont commis par les ressortissants du premier État, la Cour est compétente même si le premier État n'est pas partie et que seul le second l'est.

Mais il est évident que l'universalité, ou en tout cas une situation proche de l'universalité, est un objectif essentiel pour la Cour, au moins pour deux raisons, une raison de principe et une raison pratique. La raison de principe étant que c'est le seul tribunal international jamais créé par un traité, qui doit donc démocratiquement viser à refléter l'universalité de la communauté internationale. Concernant les raisons plus pratiques, le Statut impose, à l'exception du cas où une situation est déférée par le Conseil de sécurité, des contraintes relatives au consentement de certains États. Pour que la Cour puisse exercer sa compétence, il lui faut soit le consentement de l'État de l'accusé, soit le consentement de l'État du territoire sur lequel le crime a été commis. Ce qui laisse encore un certain nombre de situations en dehors de la compétence de la Cour si le nombre de ratifications n'est pas suffisant.

Un phénomène encourageant que j'observe dans ce contexte, c'est un accroissement très net de la connaissance et de la compréhension de la Cour un peu partout – même par les États non parties au Statut. J'ai été positivement surpris lors de mes récents déplacements: à chaque fois, je constate que la Cour est de mieux en mieux connue et que, par conséquent, elle suscite davantage de sympathie et d'intérêt. En effet, l'un des pires ennemis de la Cour, c'est l'ignorance. Tant que l'on perçoit la Cour d'une façon abstraite, comme une menace vague, une institution qui pourrait se livrer à des activités qui ne sont pas très bien comprises, il va y avoir beaucoup de réticences. Une fois ce stade dépassé, la sympathie et l'intérêt augmentent, non seulement la sympathie et l'intérêt des populations, mais également l'intérêt que certains États peuvent avoir à faire partie du système. C'est une question de temps, il faut donner le temps à la Cour de se faire connaître, de conduire ses premières procédures et voir où cela mène.

Il faut rappeler que la Cour est une institution extrêmement jeune. Prenez par exemple la Convention sur le Droit de la Mer. Celle-ci était loin de toucher d'aussi près les intérêts internes des États et il lui a fallu une douzaine d'années avant d'entrer en vigueur. Le Statut de la Cour, lui, n'a mis que quatre ans après son adoption à la Conférence de Rome de 1998 pour entrer en

vigueur. C'est quand même, relativement parlant, un succès marqué, et je pense que d'avoir 100 ratifications après deux ans et demi d'existence n'est pas mauvais non plus.

La Conférence des États qui s'est déroulée en novembre 2005 a soulevé la question de la stratégie générale de la Cour.

Nous vivons toujours avec l'héritage des tribunaux spéciaux qui se sont développés en fonction des événements. Les États parties n'ont aucune envie que la Cour se développe de façon trop accidentelle, sous la pression des événements. Nous sommes donc amenés à travailler sur un plan stratégique pour les prochaines années, dans lequel nous essayons de définir la mission de la Cour, ses objectifs et ses activités clés.

Combien d'affaires la Cour pourra-t-elle absorber?

Cela dépendra des ressources – qui elles-mêmes dépendront essentiellement du procureur et de l'Assemblée des États parties –, de ce que le procureur va présenter et ce que l'Assemblée des États va accepter. Mais on étudie quand même des cas de figures. Avec certaines ressources, nous allons pouvoir relever certains défis, avec plus de ressources nous pouvons en faire plus, avec moins de ressources nous pouvons en faire moins. Nous examinons aussi l'organisation et l'amélioration des structures internes. Il y a deux ans et demi, nous avions 50 personnes alors qu'aujourd'hui, tous employés confondus, nous sommes environ 600. Cette évolution dynamique et extrêmement rapide a évidemment suscité des chocs de culture, des confrontations non seulement entre les organes mais également au sein de certains d'entre eux. Il est évident que quelqu'un sorti de l'ONU n'aura pas les mêmes réactions qu'une personne issue du secteur privé ou de la diplomatie conventionnelle. Tout cela a dû évoluer avec le temps. Je pense que nous avons fait beaucoup de progrès, car nous voulons avoir des structures qui peuvent visiblement nous mener au succès.

Les relations avec l'extérieur sont extrêmement importantes à différents égards. Dans nos relations avec les États parties, nous avons besoin qu'ils comprennent ce que nous faisons pour qu'ils nous donnent ce dont nous avons besoin. Concernant les relations sur le terrain, il faut que la Cour soit comprise et que les conditions soient créées pour que les populations, les victimes et les témoins soient les plus disposés possibles à coopérer avec elle. Nous avons aussi les relations extérieures en général, dont la mission est effectivement de faire comprendre ce qu'est la Cour. Notre politique est de ne pas faire de promotion, laquelle doit relever des États et des organisations non gouvernementales. Mais nous considérons qu'il est de notre responsabilité d'expliquer la Cour quand on nous le demande.

Les tribunaux internationaux sont souvent critiqués pour leur lenteur. Est-ce que la Cour pénale permanente pourra fonctionner efficacement?

Nous sommes en train de développer une stratégie judiciaire dans le cadre de laquelle nous essayons de mettre en place des mécanismes de procédure

judiciaire aussi efficaces que possible, d'évaluer le temps que pourraient prendre un procès, une phase préliminaire, une phase d'appel. Nous essayons aussi d'organiser la Cour au niveau interne d'une façon économique et de gérer pareillement les relations extérieures. Pour tout cela, une stratégie de la Cour est en développement.

Du côté de l'efficacité de la Cour, nous avons tenu compte de l'expérience des tribunaux *ad hoc*. Nous avons adopté un règlement de la Cour qui essaie d'en tirer les leçons nécessaires. Nous voyons déjà dans le Statut que certaines leçons ont été tirées. La plus évidente, c'est la création de la Chambre préliminaire qui vise à évacuer du procès lui-même toutes les questions qui auraient dû être traitées au préalable, telles que les questions de compétence, les mandats d'arrêt, les confirmations des charges, ainsi que certaines questions relatives aux témoins et aux victimes. Dans tous ces cas, les leçons tirées des tribunaux *ad hoc* vont amener à une situation où la tenue du procès lui-même va être beaucoup plus nette, beaucoup moins encombrée.

Le Statut de la Cour permanente a donc amélioré le fonctionnement de la justice internationale?

Oui, le Statut a apporté certaines améliorations, dont une qui ne se situe pas sur le plan de l'efficacité, mais qui concerne la place accordée aux victimes. Dans les autres tribunaux internationaux, les victimes servaient essentiellement de témoins, alors qu'elles ont une existence propre en tant que victimes dans le système de la Cour. On peut donc dire que sur le plan de son fonctionnement et de son efficacité, la Cour essaie de faire ce qu'elle peut. Mais quoiqu'elle fasse, quoiqu'elle essaie, le fait est, dès que l'on sort du judiciaire et de l'administratif, il est essentiel pour la Cour d'obtenir la coopération des États visés par le Statut et la coopération des organisations internationales.

Actuellement, il y a quatre situations (Congo, Ouganda, Soudan et République centrafricaine) dans lesquelles la Cour est active.

Il y a quatre situations, mais trois enquêtes. Le procureur n'a pas encore pris de décision sur la quatrième, la République centrafricaine.

Ces quatre situations concernent toujours l'Afrique. Dans le cas du Soudan – quoique exceptionnel car déféré par le Conseil de sécurité – il a même été dit que la Cour était un instrument de colonisation ou de néo-colonisation. Comment affrontez-vous cette perception, qu'on s'occupe du continent qui est déjà le plus pauvre tandis qu'on ne peut pas toucher d'autres pays et situations?

Il y a trois points. D'abord, et c'est mon premier point, je souhaiterais évoquer le soutien que l'Afrique a apporté à la Cour. J'ai été à une époque diplomate, et j'ai présidé le comité plénier de la Conférence de Rome. Les déclarations les plus significatives qui ont été faites à propos de la Cour venaient de l'Afrique, parce que l'Afrique disait, « Vous Européens, vous avez des valeurs humanitaires, vous voulez promouvoir des valeurs humanitaires, vous voulez améliorer le sort des

gens, vous voulez aussi que cette Cour apporte une contribution sur le plan du maintien de la paix, sur la stabilité de la paix régionale. Mais nous, nous savons les conséquences de la commission de ces crimes sur notre propre territoire et nous voulons utiliser la Cour comme protection préventive contre des crimes que d'autres États, nos voisins ou d'autres, pourraient songer à commettre sur notre territoire». J'ai toujours été convaincu et je reste convaincu maintenant, que sans l'appui de l'Afrique, le Statut de Rome n'aurait pas été adopté. Il ne s'agit donc pas d'un partenaire réticent, il s'agit d'un partenaire, qui d'une certaine manière, avait peut-être le plus grand intérêt, ou en tout cas un très grand intérêt dans la Cour.

Deuxième point, il faut savoir que, contrairement à ce que les gens pensent souvent, le groupe régional le plus représenté au sein des États parties n'est pas l'Europe de l'ouest, mais l'Afrique.

Enfin, et c'est mon troisième point, trois requêtes viennent des États africains eux-mêmes. Ce n'est pas la Cour qui est allée les chercher. Ce sont les États africains qui ont amené des situations à la Cour. Même dans le cas du Darfour, l'aspect de la néo-colonisation est un argument qui m'échappe. C'est le Conseil de sécurité, au sujet d'une situation manifestement tragique et qui semblait avoir donné lieu à la commission de crimes nombreux et graves, qui a décidé de déférer cette situation à la Cour. Et le Conseil de sécurité n'est pas composé exclusivement d'occidentaux.

Par ailleurs, je noterai qu'alors que nous avons jusqu'à présent reçu quatre situations de l'extérieur, le procureur a aussi la capacité de saisir la Cour de sa propre initiative. Il peut ouvrir une enquête, pourvu qu'il ait reçu l'autorisation d'une Chambre préliminaire. C'est une compétence dont il ne s'est pas encore prévalu mais, depuis juillet 2002, il a reçu plus de 1700 communications de différentes sources, essentiellement d'organisations non gouvernementales. Je pense que près de 80 %, voire plus, de ces communications ne sont pas recevables, soit parce qu'elles concernent des crimes qui ne sont pas inscrits dans le Statut de la Cour, soit parce qu'elles portent sur des faits qui ont eu lieu avant juillet 2002, date à partir de laquelle la Cour est devenue compétente, ou soit parce que les crimes concernent des situations où il n'y a aucun État partie au Statut. Cela dit, le procureur a déclaré qu'il suivait cinq autres situations. Je ne les connais pas, ça c'est vraiment la compétence exclusive du Bureau du Procureur, mais je crois comprendre qu'elles concernent plus d'un continent.

L'Afrique n'est donc pas le seul continent où la Cour a reçu un appui important. Elle a en effet été largement soutenue dans la plupart des régions du monde. Il n'y a guère qu'en Asie et au Moyen Orient que la Cour fait encore l'objet de réticences. Ce n'est en tout cas pas une Cour qui se concentre a priori sur l'Afrique.

Actuellement, s'il y a un problème, c'est vraiment un problème de pure présentation, ce n'est pas un problème réel. Naturellement, si dans 15 ans la situation demeurerait la même, là probablement il y aurait effectivement un problème, mais encore une fois, il faut rappeler la jeunesse de la Cour.

Malgré l'indépendance de la Cour par rapport à l'ONU, la Cour compte sur la coopération de cette organisation. L'ONU et ses agences spécialisées ont cependant des mandats souvent complètement différents. Certains ont des mandats qui prônent la justice et les droits de l'homme, d'autres sont plutôt orientés vers l'humanitaire, et encore d'autres sont plutôt actifs dans des domaines politiques. Y a-t-il une coopération différenciée de la part de la Cour avec les différentes sous-entités?

Oui, certainement. J'ai déjà souligné que la coopération des États est essentielle, mais la coopération des organisations internationales et en particulier de l'Organisation des Nations Unies l'est également. Il faut nécessairement qu'une organisation comme l'ONU, qui a des opérations déjà établies sur le terrain, nous appuie. Nous avons réuni un certain nombre d'organisations internationales à la Cour et le but essentiel était de voir dans quelle mesure une organisation se sent à même de coopérer avec la Cour, et dans quelle mesure il peut y avoir des problèmes et s'il y a des problèmes, de réfléchir aux façons de les résoudre.

Entre autres, la Cour est compétente quand un État n'est pas en mesure de poursuivre les criminels de guerre. Actuellement, et les cas de l'est de la RDC et du nord de l'Ouganda l'illustrent bien, les structures étatiques font souvent défaut. Dans certains endroits, il n'y a pratiquement pas de policiers locaux pour coopérer avec la Cour. Le procureur de la Cour quant à lui doit constituer son dossier et chercher des preuves là où il peut les obtenir. Il s'adressera ainsi à tout acteur possible dans ces contextes, y compris les acteurs humanitaires. Cela pose des problèmes pour le CICR, mais potentiellement aussi pour d'autres organismes humanitaires, voire même pour les Nations Unies. Est-ce qu'on peut apporter de l'assistance et en même temps récolter des informations qui peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure pénale? Est-ce que les intérêts de la justice priment sur les besoins immédiats des victimes ou l'inverse?

C'est extrêmement difficile de répondre. D'abord, c'est une question qui se pose entre le procureur et les organisations en question, à la rigueur aussi, avec le Greffier. Ensuite, il est évident que les intérêts de la justice jouent un grand rôle et vont devoir être définis. C'est une des grandes questions: Que va-t-on faire avec les intérêts de la justice? Je trouve très difficile de spéculer sur ce genre de question, non seulement en tant que président de la Cour, mais également en tant que juge à la Chambre d'appel. Un jour, je risque de devoir contribuer à un jugement sur cette question. Mais il est clair qu'il y a un problème, puisque pour que la Cour puisse fonctionner, il faut absolument qu'elle puisse compter sur des acteurs présents sur le terrain.

Une tension peut également exister entre les intérêts de la justice et les intérêts politiques. Des poursuites pénales peuvent empêcher ou retarder un cessez-le-feu ou un règlement pacifique du conflit. D'autres considèrent que des procédures pénales ne sont guère conciliables avec une réconciliation. L'accusation des responsables en Ouganda aurait même provoqué des

attaques contre des témoins possibles et ravivé les combats. Est-ce qu'il y a une position qu'on peut dégager pour voir comment la Cour réagira vis-à-vis de telles situations?

Il y a deux dispositions qui sont directement ou indirectement pertinentes dans le Statut. La première disposition est que le Conseil de sécurité peut non seulement référer une situation à la Cour, mais également suspendre l'action de la Cour pendant douze mois. Rien dans le Statut ne dit que cette suspension n'est pas susceptible d'être renouvelée par le Conseil, dans la mesure où le Conseil prend cette décision sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, relatif à la paix et à la sécurité internationales. L'autre disposition concerne les intérêts de la justice. Le procureur peut décider de ne pas poursuivre s'il estime que c'est dans l'intérêt de la justice. Il est très difficile de prédire comment cela va s'appliquer. Il est évident que, et j'en reviens presque à la case départ de mon raisonnement, si l'on accepte que la Cour fasse partie d'un système de justice internationale global, ce système n'est pas exclusivement un système juridique. C'est un système qui comprend des mécanismes comme les Commissions de Vérité et de Réconciliation. Je pense qu'il est tout à fait possible que tous ces mécanismes puissent co-exister dans la mesure où la Cour n'a jamais été créée pour se substituer aux mécanismes nationaux. La Cour ne fait que suppléer aux mécanismes nationaux, lorsque les États n'ont pas la volonté ou la capacité de juger les auteurs des crimes mentionnés dans le Statut.

Mais personne ne devrait d'avance échapper à la justice?

La Cour a été créée afin de poursuivre n'importe quel auteur de crimes relevant de sa compétence et je pense que c'est vraiment un postulat très largement partagé. La Cour a donc aussi une fonction préventive. Sa compétence ne peut s'exercer que dans la mesure où elle s'adresse, s'en prend aux gens les plus hauts placés, ceux qui ordonnent les crimes. Lié à ça est le fait que la capacité de la Cour ne va jamais dépasser quelques situations à la fois, et donc d'après ce que je viens de dire, quelques personnes. Cela laisse de nombreuses personnes coupables qui ne seront pas, soit pour des raisons de principes, soit pour des raisons pratiques, amenées devant la Cour. Pourtant ces gens vont devoir être jugés, et là on en vient aux systèmes nationaux, qui peuvent en partie appliquer les mécanismes judiciaires nationaux et en partie appliquer les mécanismes non judiciaires.

Les mécanismes non-judiciaires – accompagnés d'amnisties – ne risquent-ils pas de vider de sa substance l'obligation de poursuivre les criminels de guerre?

Le critère fondamental pour la Cour pénale internationale, c'est ce que la situation entraîne. Est-ce qu'une action quelconque d'un État, ou l'emploi d'un certain mécanisme, entraîne pour conséquence, délibérée ou non, que les juridictions nationales n'ont pas la capacité ou la volonté de mener véritablement à bien les enquêtes ou les poursuites nécessaires? Juridiquement, je pense que c'est la façon dont la Cour va devoir aborder ces situations, parce que pour le

reste, il est évident que le système va devoir fonctionner dans son ensemble et de façon assez souple quand même.

Malgré son jeune âge, il y a une attente de succès qui pèse sur la Cour. Est-ce que vous sentez cette pression?

Oui, pour l'instant, nous avons énormément de travail avec les quatre situations qui nous ont été déferées. Il est évident que la Cour reconnaît sa responsabilité dans l'établissement de sa propre crédibilité. D'abord sur le plan judiciaire, et ceci ne m'inquiète pas. Nous allons devoir apprendre, bien sûr, mais il est évident que chacun à la Cour n'a qu'un seul intérêt – administrer la justice correctement. Il n'y a aucun agenda. Avec le temps, je pense qu'il est inévitable qu'on en arrive à la conclusion que la Cour est bien ce qu'elle doit être, et ce qu'elle dit qu'elle est, c'est-à-dire une institution purement judiciaire qui exerce une fonction purement judiciaire, sans mener des poursuites politiquement motivées. Nous avons attendu cette Cour pendant 50 ans et maintenant il faut qu'elle fonctionne parce que nous n'aurons pas de deuxième chance. C'est vraiment important, parce que son succès pourrait à terme favoriser une réduction de cette culture d'impunité qui a toujours prévalu, et nous mener vers un système garantissant une meilleure application du principe de responsabilité individuelle.

Mesurer l'impact des politiques de châtement et de pardon: plaidoyer pour l'évaluation de la justice transitionnelle

Pierre Hazan*

Pierre Hazan est attaché supérieur de recherches, *United States Institute of Peace*, Washington, DC.

Résumé

Commissions de vérité, tribunaux pénaux internationaux, réparations, excuses publiques..., les mécanismes de justice transitionnelle sont devenus les nouveaux mantras de l'après-guerre froide. Ces mécanismes visent à réconcilier des sociétés victimes de violations massives des droits de l'homme et à promouvoir des dynamiques de réformes et de démocratisation avec, pour objectif ultime, de stabiliser les foyers de tension. Mais dans quelle mesure ces instruments soutenus financièrement et politiquement par la communauté internationale et les ONG, sont-ils véritablement efficaces? Leur impact est, en réalité, peu connu. Cet article participe à combler cette lacune. Il décrypte les hypothèses de la justice transitionnelle, son fonctionnement et propose une série d'indicateurs pour en évaluer les résultats.

⋮⋮⋮⋮⋮

Depuis la fin de la guerre froide, la justice transitionnelle est devenue le nouveau mantra des relations internationales. En l'espace de deux décennies, les commissions vérité se sont multipliées partout dans le monde, la justice internationale

* Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre «Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, March 2006, pp. 19-47.

L'auteur tient à remercier de leur soutien *The United States Institute of Peace*, le Fonds national suisse de la recherche scientifique, réf 100.012-102025 (octobre 2003-septembre 2005), ainsi que le *Human Rights Program* de la *Harvard Law School* (janvier-juillet 2005) et les facultés de sciences économiques et sociales (SES) et de droit de l'Université de Genève.

pénale a connu un développement sans précédent, les paroles de repentir et les réparations aux victimes de violations des droits humains n'ont jamais été aussi nombreuses. Quant au processus de mise en mémoire des crimes passés, il connaît depuis 1989 une intensité inégalée.

La justice transitionnelle porte les marques contradictoires des années 1990, celles de l'espoir et du tragique. Face lumineuse: l'effondrement des dictatures communistes dans l'ex-empire soviétique, la fin du régime d'apartheid en Afrique du Sud et l'affermissement des démocraties en Amérique latine. Face sombre: le génocide du Rwanda et les politiques de nettoyage ethnique dans les Balkans, dans le Caucase et en Afrique. Dans toutes ces régions, la gestion des crimes passés et parfois présents a provoqué un foisonnement d'initiatives et moult passions. Emblématisé par la création quasi simultanée de la Commission Vérité et Réconciliation sud-africaine et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, un vigoureux débat a opposé dans le milieu des années 1990 partisans d'une politique de pardon et partisans d'une politique de châtement, les uns comme les autres affirmant mieux servir l'objectif de la «réconciliation»¹.

Aujourd'hui, la communauté internationale met l'accent à la fois sur les mécanismes extrajudiciaires tournés vers la reconstruction sociale et sur la dimension stigmatisatrice du châtement pénal. Au sein même du champ de la justice transitionnelle, justice réparatrice et justice pénale sont toutes deux perçues comme nécessaires, car complémentaires². Dans le monde de l'après-guerre froide, marqué par la résurgence d'une philosophie morale des relations internationales, la complémentarité entre justice pénale et justice réparatrice joue donc un rôle essentiel. Elle est à la fois défense d'un socle de civilisation et fragile espoir d'un monde meilleur³.

Pour les États menacés de fragmentation, où les valeurs traditionnelles et le tissu social se délitent, la justice transitionnelle se présente comme une

1 Voir les écrits de Desmond Tutu. En particulier, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, Albin Michel, 2000. La résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU qui fonde le TPIR en 1994, donne explicitement pour objectif au Tribunal «la réconciliation» entre Rwandais: «Convaincu que, dans les circonstances particulières qui règnent au Rwanda, des poursuites contre les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire (...) contribueraient au processus de réconciliation nationale ainsi qu'au rétablissement et au maintien de la paix (...)».

2 Voir notamment le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur le Rétablissement de l'état de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, 3 août 2004, S/2004/616. Cette approche combinée a été testée par l'ONU en Sierra Leone avec la mise en place d'un Tribunal spécial et d'une commission vérité. Symptomatiquement, Desmond Tutu demande aujourd'hui que des poursuites judiciaires soient engagées en Afrique du Sud contre les auteurs de crimes politiques qui n'ont pas demandé l'amnistie à la CVR. Voir «Tutu urges apartheid prosecutions», <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4534196.stm>>, (dernière visite en janvier 2006). Quant au TPIY, il s'est déclaré favorable à l'instauration de commissions de la vérité dans les pays de l'ex-Yougoslavie.

3 Voir notamment Eleazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, W.W. Norton and Company, New York, 2000; Alex Boraine, *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2000; Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths, Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, New York and London, 2001; Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1998.

alternative pour échapper à l'escalade de la violence et de la vengeance. Attentive à la demande des victimes et des sociétés, la justice transitionnelle cherche à contribuer à la réparation des dommages subis. Mais elle veut être davantage que cela. Elle vise à mobiliser les forces vives de ces sociétés pour les aider à affronter un passé fait de violations massives des droits de l'homme et à se diriger ensuite vers une aube démocratique. En ce sens, la justice transitionnelle apparaît comme une nouvelle Jérusalem: elle indique la voie vers des réformes institutionnelles et politiques qui contribueront progressivement à l'établissement puis à la consolidation de la paix et de l'État de droit. Il y a là une dimension eschatologique dans la justice transitionnelle – la volonté de s'extraire du tragique de l'histoire, de déjouer la fatalité d'un monde.

La justice transitionnelle est une utopie, au sens positif du terme, qui, selon ses présupposés, permet aux sociétés de se mobiliser et d'agir, sachant qu'elles sont confrontées à des défis vertigineux, comme le relève le rapport des Nations Unies sur «Le Rétablissement de l'état de droit et l'administration de la justice dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit⁴» :

«(...) aider des sociétés déchirées par la guerre à rétablir l'état de droit et à réparer les exactions massives commises dans le passé, alors même que les institutions sont dévastées, les ressources épuisées, la sécurité compromise et la population traumatisée et divisée, est une tâche formidable, souvent écrasante. Il faut prêter attention à d'innombrables déficiences, parmi lesquelles l'absence de volonté politique en faveur d'une réforme, le manque d'indépendance des institutions judiciaires, des capacités techniques nationales inadéquates, des ressources matérielles et financières insuffisantes, un gouvernement qui n'a pas la confiance du public, une administration bafouant les droits de l'homme et, de manière plus générale, une situation où la paix et la sécurité font défaut.»

Ce programme qui vise à améliorer la sécurité dans les foyers de tension est herculéen. On le voit, la justice transitionnelle suppose des choix fondamentaux de société. Elle participe à l'établissement des normes sur lesquelles repose le fonctionnement du système international. Au carrefour des normes morales, du politique, du droit, de l'histoire et de la psychologie, la justice transitionnelle a circonscrit étroitement la souveraineté nationale en limitant la définition des immunités diplomatiques et le champ permisible des amnisties. Cela, du coup, a influencé la dynamique du règlement des conflits et rendu plus problématique le travail des médiateurs dans leurs négociations avec les parties belligérantes: quelle assurance peuvent-ils offrir à des responsables politiques et militaires ou des seigneurs de guerre, qui demain peuvent être inculpés pour leurs crimes odieux?

La justice transitionnelle est devenue l'un des traits dominants de l'après-guerre froide. La communauté internationale a massivement investi

4 Rapport du Secrétaire général sur le Rétablissement de l'état de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, voir note 2 ci-dessus.

financièrement, politiquement et symboliquement les politiques et les mécanismes de pardon et de châtement. Les Nations Unies ont joué un rôle essentiel dans certaines commissions de vérité, comme à El Salvador et en Haïti. Le Conseil de sécurité a créé les deux tribunaux *ad hoc*, l'un pour l'ex-Yougoslavie l'autre pour le Rwanda, dont les coûts de fonctionnement représentent plus de 15 % du budget ordinaire des Nations Unies. Depuis leur création en 1993-1994, ces deux tribunaux ont coûté à eux seuls aux Nations Unies plus de 1,6 milliard de dollars américains; ensemble, ils coûtent aujourd'hui plus de 250 millions de dollars par an⁵.

En l'espace d'une quinzaine d'années, la justice transitionnelle est devenue une discipline d'étude, avec ses propres systèmes, ses pratiques, ses institutions, ses spécialistes, ses chercheurs, ses publications, ses débats. Depuis 2000, elle est enseignée dans certaines universités. Elle occupe une large place dans les médias, car elle affirme les nouvelles valeurs des sociétés et de la communauté internationale, suscitant ainsi un débat passionné.

Si la littérature consacrée à la justice transitionnelle est considérable, les ouvrages qui décryptent son mode de fonctionnement et évaluent empiriquement ses effets sont en revanche très peu nombreux. Il y a deux raisons majeures à cela: les obstacles méthodologiques (voir plus loin), et le fait que les débats sur la justice transitionnelle, et en particulier sur la justice internationale, sont hautement idéologiques. Ils sont aussi polarisés que ritualisés, et en dernière analyse, s'avèrent souvent frustrants. Traditionnellement, ils opposent les promoteurs de la justice transitionnelle, qui voient en elle un processus chaotique, mais indispensable, pour moraliser la vie politique en libérant les forces vives de la société, à ceux qui en font une critique radicale, que ce soit dans sa globalité ou du moins dans certains de ses aspects. Ainsi, parmi bien d'autres, le général Gallois estime que la justice pénale internationale n'est ni plus ni moins qu'une justice sélective et politique, voie royale à la mise en place «d'un apartheid judiciaire» entre un occident tout-puissant et des pays faibles:

«Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est une arme de guerre, comme peut l'être un bombardement ou un blocus économique. Aujourd'hui, les guerres comportent un certain nombre de phases [...], une phase de désinformation destinée à sataniser l'adversaire [...], un procès des «vaincus» qui achèvent de justifier la guerre. Le droit d'ingérence humanitaire, militaire est maintenant complété par le droit d'ingérence pénal⁶.»

D'autres, comme l'anthropologue indienne Nandini Sundar, y voient le signe d'une politique hypocrite de l'occident, qui soutient des institutions pénales internationales lorsqu'elles frappent ses ennemis, mais se réserve le droit d'émettre de timides repentirs pour ses propres crimes⁷.

5 *Op. cit.*, p. 14.

6 Pierre Marie Gallois, Jacques Vergès, *L'apartheid judiciaire, le Tribunal pénal international, arme de guerre*, L'Âge d'Homme, 2002, p. 11.

7 Nandini Sundar, «Toward an anthropology of culpability», *American Ethnologist*, Vol. 31, No. 2, pp. 145-163.

En fait, de nombreux observateurs et acteurs de la justice transitionnelle soulignent à juste titre que nous savons peu de choses sur ses effets. Des dizaines d'États ont mis en place des mécanismes de la justice transitionnelle avec le soutien de la communauté internationale et de nombreuses organisations non gouvernementales (ONG). Mais quel a été le rendement de cet investissement tant financier que symbolique et politique? Qu'ont rapporté ces procédures judiciaires et extrajudiciaires? Dans quelle mesure les promesses de la justice transitionnelle ont-elles été effectivement tenues (réconciliation, stabilité, démocratisation,...)? Comment la communauté internationale peut-elle mieux cibler son soutien pour donner aux sociétés civiles les moyens d'agir et les aider à surmonter les divisions nées de conflits internes?

Le rapport de l'ONU mentionné plus haut avait déjà tiré des enseignements⁸. Cet article veut contribuer modestement, avec d'autres, à poursuivre dans cette voie et à mieux saisir les effets de la justice transitionnelle⁹. Il propose ici de décrypter le fonctionnement de la justice transitionnelle et d'en évaluer certains résultats. Pour ce faire, il faut d'abord définir les mécanismes de la justice transitionnelle, puis analyser la logique qui sous-tend la justice transitionnelle, et enfin examiner les dix défis qu'entend relever la justice transitionnelle.

La justice transitionnelle: un ensemble de mécanismes

Comme cela est indiqué plus haut, les promoteurs de la justice transitionnelle affirment que les politiques de pardon et/ou de châtement sont un moyen de redonner leur dignité aux victimes, de contribuer à la réconciliation nationale par un travail de vérité et de justice, qu'elle soit symbolique ou pénale, de prévenir de nouveaux crimes, de participer au rétablissement et au maintien de la paix, d'établir, sinon de renforcer l'État de droit, par l'introduction de réformes institutionnelles et politiques.

Ce sont à la fois des objectifs individuels et sociétaux, puisqu'ils vont du rétablissement psychologique de la victime à la «réconciliation nationale» par la formation d'une nouvelle identité collective.

Pour atteindre ces buts, la justice transitionnelle utilise un certain nombre de pratiques: les poursuites judiciaires, les commissions de vérité, les lois de lustration et d'épuration¹⁰, les réparations, les excuses publiques, la définition d'une vision commune de l'histoire. Ces pratiques sont utilisées sélectivement,

8 Note 2 ci-dessus.

9 Citons notamment et de manière non exhaustive, Eric Stover and Harvey M. Weinstein (eds.), *My Neighbor, My Enemy, Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, 2004, Eric Brahm, «Getting to the Bottom of Truth: evaluating the contribution of truth commissions to post-conflict societies», Paper presented at the International Studies Association Annual Meeting, Honolulu, Hawaii, 1-5 mars 2005; *Forgotten Voices, A Population-Based Survey on Attitudes About Peace and Justice in Northern Uganda*, ICTJ and the Human Rights Center, University of California, Berkeley, juillet 2005; *A Call for Justice, A National Consultation on past Human Rights Violations in Afghanistan*, <<http://www.aihrc.org.af>> (dernière visite en janvier 2006); Hayner, note 3 ci-dessus.

10 C'est la voie qu'ont choisie la plupart des ex-régimes communistes du bloc soviétique. Il n'en sera pas question dans cet article.

simultanément, voire chronologiquement selon les situations. Ainsi, des pays ont fait le choix de ne pas engager de poursuites judiciaires, d'autres ont mené de front des commissions de vérité et des poursuites pénales. D'autres ont commencé par des politiques de pardon, puis ont mis en place des politiques de châtement. En contrepoint à cette tendance d'extension de la justice transitionnelle, le Mozambique a décidé d'accorder une amnistie générale à la fin, en 1992, d'une guerre civile atroce et l'Algérie a pratiquement fait de même à l'automne 2005¹¹.

Les principaux mécanismes de la justice transitionnelle

Les procédures judiciaires

Ces procédures constituent l'ensemble des politiques de châtement dont l'acte fondateur fut la création du Tribunal militaire international de Nuremberg: tribunaux pénaux internationaux, tribunaux semi-internationaux, Cour pénale internationale et tribunaux nationaux. Leur objet est la répression des crimes internationaux (crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide), et, également selon leur mandat, des violations graves des droits de l'homme.

Les commissions de vérité

Les commissions de vérité (parfois appelées commissions vérité et réconciliation) sont orientées vers les victimes. Elles sont un processus extrajudiciaire qui, selon le contexte, complète des poursuites pénales ou s'y substitue.

Les réparations

Les réparations sont aussi vieilles que la guerre. Mais au sens où nous l'entendons ici, il s'agit d'un phénomène relativement nouveau qui s'adresse aux victimes ou aux ayant droits de personnes qui ont été persécutées en raison de leur origine ou de leur engagement. Les premières réparations de ce type sont celles que la République fédérale allemande a accordées à partir de 1952 aux rescapés des camps d'extermination et de concentration nazis. Ces réparations payées volontairement par un État à des individus ou à des groupes, à des fins morales et politiques¹². À cela s'ajoutent désormais les réparations qui peuvent être ordonnées par des tribunaux pénaux.

Les excuses publiques

L'expression du repentir par un chef d'État ou par de hauts responsables de l'État n'a rien de nouveau. Mais depuis la fin de la guerre froide, les actes de repentir ont

11 Les autorités algériennes ont organisé un référendum où une majorité populaire, sous forte pression des autorités, s'est prononcée en faveur d'une loi d'amnistie très large des auteurs de crimes commis durant la guerre civile. Les résultats de ce référendum ont été contestés par les observateurs internationaux.

12 Cette définition est largement inspirée d'Eric Posner et d'Adrian Vermule, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, Vol. 103, pp. 689-748, 2003, spécialement p. 694.

pris une extension inédite. À la fin des années 1990, tous les dirigeants occidentaux se sont publiquement excusés pour des crimes passés, parfois pluriséculaires. Ainsi, Tony Blair a présenté des excuses pour la responsabilité de la Grande-Bretagne dans la famine du XVII^e siècle en Irlande, Jacques Chirac pour la responsabilité de la France dans la déportation des juifs, Gerhard Schröder pour le passé nazi de l'Allemagne, Bill Clinton pour l'attitude de son pays pendant le génocide rwandais, la traite des esclaves et l'esclavage, et le soutien à des régimes dictatoriaux en Amérique latine.

La définition d'une vision commune de l'histoire

Les poursuites judiciaires, les commissions de vérité (et réconciliation), l'expression publique du repentir, l'octroi de réparation jouent tous un rôle dans la manière dont une nation interprète son histoire en affirmant son identité et ses nouvelles valeurs. Ce travail de sensibilisation historique s'accompagne d'un processus plus large, marqué par l'ouverture des archives, la réécriture des manuels d'histoire, la construction de mémoriaux et de musées du souvenir, et l'institution de journées du souvenir.

Les présupposés de la justice transitionnelle

Très peu de travaux théoriques sont consacrés aux présupposés de la justice transitionnelle. À y regarder de plus près, la justice transitionnelle repose sur deux axiomes de base qui se complètent. Le premier est que l'établissement de normes, appuyé par une politique du bâton et de la carotte, socialise «les mauvais élèves» en leur inculquant le respect des droits de l'homme. C'est une pédagogie normative qui s'adresse aux élites politiques et aux militaires, autrement dit un processus descendant. Le second axiome est, au contraire, un processus dit ascendant. Il part de l'idée que les sociétés ensanglantées par des guerres civiles ou les peuples victimes de régimes dictatoriaux doivent se purifier afin d'exorciser ce passé traumatique. Ce processus de «catharsis nationale» vise à libérer les membres de la société concernée de leurs émotions, en canalisant celles-ci vers la recomposition de l'identité nationale.

La paix par l'instauration des normes

Le développement de la justice transitionnelle repose sur l'idée que l'établissement de nouvelles normes socialise progressivement, par exemple, les «nettoyeurs ethniques» et les seigneurs de guerre, permettant à terme de stabiliser le système international. Deux auteurs, Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, ont expliqué avec beaucoup de conviction que les normes jouent le rôle d'un corset auprès des États, dont elles limitent progressivement la marge de manœuvre¹³.

13 Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, «International Norm Dynamics and Political Change», *International Organization*, Vol. 52, No. 4 (Autumn 1998), pp. 887-917. Voir aussi, Jack Snyder and Lesli Vinjamuri, «Trials and Errors, Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice», *International Security*, Vol. 28, No. 3 (Winter 2003/04), pp. 5-44.

Elles réglementent le comportement des acteurs, redéfinissent leurs identités, insufflent de nouvelles valeurs, qui vont progressivement imprégner les institutions nationales.

Selon Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, ce changement normatif fonctionne comme une fusée à trois étages: dans un premier temps, les «entrepreneurs de normes» – les ONG – utilisent leur pouvoir de dénonciation pour délégitimer et isoler ceux qui violent les droits de l'homme. C'est la loi du tapage. À cette fin, les ONG nouent des alliances avec les États qui ont développé un marché de niche dans les relations internationales: celui de gardiens des valeurs morales, d'arbitres, de médiateurs, comme la Suisse, la Suède, la Norvège, le Canada. Ce sont généralement des pays de culture protestante, qui ne sont pas des grandes puissances et qui ne traînent derrière eux aucun boulet de passé colonial et n'ont donc pas de chasse gardée à protéger comme la France et le Royaume-Uni, par exemple.

Dans un deuxième temps, les ONG travaillent à la reconnaissance universelle de ces normes, avec l'appui des organisations internationales et des États. Ces derniers perçoivent l'intérêt politique d'adopter une position morale. Enfin, selon cette approche, tous les États adoptent progressivement ces normes.

Les acteurs récalcitrants sont soumis à un «marchandage stratégique». S'ils acceptent les règles de la communauté internationale, ils auront droit aux avantages qu'offre la respectabilité (accès à des prêts de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international, demande d'adhésion à l'Union européenne). S'ils les refusent, ils paient le prix de leur isolement. La coopération des pays de l'ex-Yougoslavie avec le tribunal de La Haye illustre parfaitement cette approche: la Serbie n'a livré Slobodan Milošević au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) que parce que les occidentaux avaient conditionné l'octroi d'un prêt de 10 milliards de dollars au transfert de l'ex-président serbe dans la prison du TPIY. À cette diplomatie du chèque s'est ajouté par la suite le fait que les pays de l'Union européenne avaient fait de la coopération avec le TPIY un préalable de l'ouverture de négociations en vue de l'adhésion de la Serbie et de la Croatie à l'UE. C'est cette pression qui explique le fait que la quasi-totalité des inculpés ont été arrêtés. Ce marchandage stratégique oblige les États récalcitrants à mettre en place à l'intérieur même de leurs structures des procédures qui satisfassent les bailleurs de fonds occidentaux. Dans une dernière étape, ces contraintes extérieures finissent par être internalisées au point de faire partie de la culture intégrative de ces institutions. Au terme de ce processus de socialisation, les pressions se manifestent depuis l'intérieur pour permettre la naissance d'un véritable État de droit.

La paix par la catharsis populaire

À cette approche normative s'ajoute une approche psychologisante, reposant sur le concept de la métamorphose de l'identité nationale. Son objectif est «la réconciliation nationale», un processus par lequel des groupes jadis ennemis parviennent à coexister sans violence. Cela nécessite l'élaboration d'un

nouveau pacte sociétal qui casse «le cycle de la violence et de la vengeance» – l'un des axiomes fondamentaux de la justice transitionnelle. Il s'appuie sur la conception rédemptrice de la narration: en décrivant leurs souffrances dans le cadre solennel d'un tribunal pénal ou d'une commission de vérité les victimes peuvent «regagner» leur dignité.

Par cette vérité, un processus de catharsis nationale se produit, qui permet l'écriture d'une histoire commune en lieu et place des mémoires et des identités closes, dressées les unes contre les autres. L'identité nationale devient autre. Le cas le plus emblématique est celui de l'Afrique du Sud: avec la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) et le changement de drapeau et d'hymne national, la mobilisation des symboles a très efficacement participé à la métamorphose de l'identité nationale autour de l'idée de la nation arc-en-ciel, the New South Africa.

L'évaluation des résultats

Jusqu'ici, nous avons défini à la fois les mécanismes et les présupposés de la justice transitionnelle, mais dans quelle mesure ces mécanismes sont-ils efficaces? Soulignons d'abord les difficultés à surmonter. Difficultés méthodologiques, tout d'abord. Comment évaluer la rentabilité politique et symbolique d'un tribunal pénal international ou d'une commission de vérité auprès de l'opinion publique? Cela implique d'isoler l'effet spécifique de ces institutions d'autres facteurs dans lesquels ils jouent un rôle, tels que l'évolution politique d'un pays. À cette première difficulté s'ajoute l'utilisation de concepts moraux aux frontières vagues, tels que la vérité, le pardon, la réconciliation. Prenons le seul exemple de la réconciliation: la définit-on par l'absence de vengeance? Par la coexistence pacifique entre groupes jadis ennemis? Ou par une réalité sociale marquée par l'interaction étroite entre différents groupes? Certains auteurs se méfient du reste de ce terme et préfèrent celui de «reconstruction sociale¹⁴». Troisième difficulté: quel étalon faut-il prendre pour mesurer l'effet de prévention de nouveaux crimes, dont la justice transitionnelle se prévaut? Par définition, la dissuasion se laisse difficilement appréhender, et oblige à construire des raisonnements hypothétiques basés sur le «*what if?*»

Bref, la difficulté d'isoler les variables, l'utilisation de concepts ambigus, les raisonnements fondés sur des constructions hypothétiques, sont autant d'éléments qui rendent la tâche ardue. En dépit de toutes ces difficultés, tentons d'y voir plus clair compte tenu de l'importance des questions sociétales en jeu.

Les dimensions temporelles de la justice transitionnelle

Il convient de noter, tout d'abord, que la justice transitionnelle déploie ses effets sur des temporalités différentes. L'exemple allemand est particulièrement frappant. Ainsi, jusque dans les années 1960, les analyses montrent que la plupart des

14 Voir par exemple, Ed. Eric Stover et Harvey M. Weinstein (eds), note 9 ci-dessus, pp. 13-15. Pour notre part, nous nous sommes conformés à l'usage général, en employant le terme de «réconciliation».

Allemands ne voyaient dans le Tribunal de Nuremberg qu'une justice de vainqueurs. Ils jugeaient au demeurant que les tapis de bombes déversés par l'aviation anglo-américaine sur Dresde, Hambourg et Berlin étaient le prix que la société allemande avait déjà payé pour les crimes nazis. Ce n'est que dans les années 1970 que le Tribunal de Nuremberg est devenu partie intégrante du référent allemand et a participé à la mise en cause par la jeune génération de l'attitude de ses prédécesseurs durant la guerre, mise en cause qui a favorisé l'essor rapide du pacifisme.

Pour examiner l'impact de la justice transitionnelle après-guerre froide, il faut prendre en compte des variables temporelles plus fines. Contrairement au Tribunal de Nuremberg, la justice internationale s'exerce parfois avant même la fin des hostilités. Le TPIY établi en plein conflit en ex-Yougoslavie, et la Cour pénale internationale (CPI), que le Conseil de sécurité de l'ONU a saisie pendant la crise du Darfour (Soudan), en sont des exemples.

Il est d'autant plus essentiel de prendre en compte la dimension temporelle que les mécanismes de justice transitionnelle reflètent les rapports de force, mais aussi participent à les modifier. Un axe temporel rend compte de cette réalité dynamique. Souvent, dans la période initiale, les dirigeants vaincus ou en position de faiblesse conservent un pouvoir d'influence (et parfois de nuisance) qui peut leur permettre de négocier l'élaboration du nouvel ordre interne. Cependant, à terme, leur force et leur capacité de mobiliser autour d'eux tendent à s'estomper, notamment du fait de l'efficacité des mécanismes de la justice transitionnelle. C'est ce qui s'est passé au Chili, où la commission de vérité a eu pour effet de réduire la popularité du général Pinochet, favorisant de nouveaux équilibres et ouvrant la voie, des années plus tard, à des poursuites judiciaires jadis impossibles.

Nous pouvons distinguer, selon les situations, quatre périodes dans l'action de la justice transitionnelle:

1. La phase de conflit armé ou de répression, durant laquelle les chefs de guerre détiennent une partie ou la totalité du pouvoir, rendant particulièrement difficile le travail des tribunaux internationaux (les seuls mécanismes de la justice transitionnelle pouvant intervenir dans cette période). Les populations sont en effet mobilisées par l'effort de guerre et la propagande¹⁵.
2. La phase de l'immédiat après-conflit (les cinq premières années), où les chefs de guerre peuvent user (mais ne le font pas nécessairement) de leur capacité de nuisance et mobiliser les médias et les réseaux qui leur sont fidèles.
3. Le moyen terme (cinq à vingt ans), où la société en voie de reconstruction sociale et politique élabore de nouveaux repères. Les inculpés et les réseaux qui les soutiennent sont affaiblis dans le nouvel environnement politique. Ainsi, les arrestations se sont succédé dans l'ex-Yougoslavie, puisque plus de 80 % des inculpés – hormis les deux fugitifs les plus célèbres – ont été appréhendés durant cette période.
4. Le long terme, avec la montée d'une nouvelle génération beaucoup plus réceptive devant la nécessité de dépasser les anciens clivages.

15 Les mécanismes de la justice transitionnelle sont mis en place aussi hors des situations de guerre et/ou de conflit interne, comme en Afrique du Sud.

C'est à l'aune de ces différentes temporalités que les mécanismes de justice transitionnelle doivent être évalués.

Les dix indicateurs d'évaluation de la justice transitionnelle

Nous avons sélectionné dix indicateurs pour évaluer l'efficacité de la justice transitionnelle à réaliser les objectifs que la communauté internationale lui a assignés, à savoir, participer à la réconciliation nationale, à la stabilité régionale et à la sécurité internationale.

Ces indicateurs sont autant de marqueurs des effets de la justice transitionnelle. Certains s'appliquent uniquement aux politiques de châtement, d'autres aux politiques de pardon, d'autres encore aux deux. Ces indicateurs reflètent aussi les promesses faites aux sociétés et, en particulier, aux victimes de violations graves des droits de l'homme. Ils sont le cahier des charges de la justice transitionnelle.

Indicateurs pour la justice pénale internationale (et semi-internationale)

1. L'efficacité pénale des tribunaux pénaux internationaux et hybrides
2. L'impact de la justice spectacle
3. La dissuasion

Indicateurs pour les commissions de vérité

4. La production de la «vérité»
5. La présentation de la «vérité»
6. Les recommandations pour des réformes institutionnelles et leur mise en œuvre

Indicateurs communs

7. L'impact thérapeutique
8. L'efficacité des excuses publiques
9. L'efficacité des réparations
10. Le processus d'écriture d'une narration commune

Indicateurs pour la justice pénale internationale

L'efficacité pénale de la justice internationale

Selon les promoteurs de la justice pénale internationale, l'établissement de la vérité et le châtement des criminels constituent l'indispensable préalable de la réconciliation ainsi que du rétablissement et du maintien de la paix¹⁶.

16 Voir notamment les résolutions 808, 827 et 955 du Conseil de sécurité, qui ont établi les deux tribunaux *ad hoc* des Nations Unies.

Nous ne verrons ici que la question de l'efficacité de la justice pénale. Quelles sont les conditions propices à cette efficacité? Un examen sommaire montre que l'efficacité pénale des tribunaux internationaux est dépendante de deux catégories de paramètres: les paramètres externes, liés à la coopération des États, et les paramètres internes liés au fonctionnement de ces institutions judiciaires. Deux limites à la justice internationale sont évoquées ci-dessous. L'une montre clairement que, sans la coopération des États, la capacité d'action d'un tribunal est très réduite. L'autre souligne l'ambiguïté des normes existantes en matière de poursuite des principaux auteurs de crimes de masse en période de conflit ou d'immédiat après-conflit.

Les paramètres externes. La capacité des tribunaux internationaux de rendre la justice dépend largement de ceux qui détiennent le pouvoir politique et militaire. Schématiquement, ces derniers peuvent être divisés en deux groupes: les États puissants, en particulier les membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies, et les acteurs étatiques ou sub-étatiques (armée, milices, guérilla, etc.), sur lesquels l'autorité de la justice internationale est censée s'exercer.

Dans le cas des deux tribunaux *ad hoc* de l'ONU, ce sont les grandes puissances qui contribuent à en déterminer l'efficacité pénale par une variété d'actions: elles ont défini le mandat, choisi les juges et le procureur, décident d'apporter ou non un soutien politique et financier, régulent leur coopération en fonction de leur intérêt national, détiennent des moyens de suivi sophistiqués qui contribuent à remonter les chaînes de commandement et à aider le procureur à établir des preuves, arrêtent les inculpés, souvent lors d'opérations musclées de commando, et font (ou non) pression sur les belligérants pour qu'ils collaborent avec le procureur.

Chacun de ces facteurs est essentiel pour que la justice internationale soit efficace. À l'inverse, si la volonté politique des grandes puissances fait défaut, la capacité d'action de la justice internationale est très réduite, comme le démontre l'exemple du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR).

En adoptant la résolution 955 qui établit le Tribunal international pour le Rwanda, le Conseil de sécurité a fixé comme objectif «la réconciliation nationale». La résolution donne au tribunal le pouvoir de sanctionner les principaux auteurs du génocide de 800 000 Tutsis ainsi que les auteurs des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis en représailles par l'Armée patriotique rwandaise. La justice était considérée comme l'indispensable préalable de la réconciliation entre Rwandais.

Or, que s'est-il passé? Le gouvernement rwandais a collaboré avec le TPIR dans la période initiale pour prouver la réalité du génocide à ceux qui doutaient encore et contrer les thèses négationnistes. Une fois cet objectif rempli et voyant que certaines personnalités du régime étaient menacées d'inculpation pour les crimes qu'elles auraient commis, le gouvernement a mené une politique d'obstruction active. Cette politique a été couronnée de succès: dix ans après sa création, le TPIR n'a pas dressé un seul acte d'accusation pour les crimes commis en représailles du génocide. Lorsque la procureure du TPIR, Carla Del Ponte, a annoncé publiquement son intention d'inculper des personnes proches du régime, le gouvernement de Kigali a demandé sa révocation et a fini par l'obtenir, même si les conventions diplomatiques de son départ ont été respectées.

La capacité d'obstruction de la justice internationale par le gouvernement rwandais a d'autant mieux fonctionné que les graves dysfonctionnements qui ont entaché les premières années du TPIR avaient nui à sa crédibilité. Il est vrai aussi que, pour des raisons à la fois politiques et géostratégiques, le Rwanda n'a jamais subi les mêmes pressions que la Serbie pour coopérer avec la justice pénale internationale¹⁷.

Comment, dès lors, la vérité produite pourra-t-elle satisfaire l'objectif de réconciliation nationale, si seule une partie des crimes internationaux fait l'objet de poursuites judiciaires? Cette justice internationale a-t-elle contribué à unifier ou à diviser encore davantage la population? s'interroge Alison Desforges, une des meilleures spécialistes de la région des Grands Lacs et experte auprès du TPIR¹⁸. Le scepticisme est ici de mise, même s'il faut mettre au crédit du Tribunal le fait que le génocide des Tutsis est une réalité désormais reconnue, ce qui n'était pas le cas il y a une dizaine d'années. Les 700 millions de dollars qu'a coûté à ce jour le TPIR auraient sans doute été mieux investis dans la reconstruction du système judiciaire et l'État de droit au Rwanda, ce qui aurait freiné la dérive autoritaire du gouvernement.

Les paramètres internes. Ces paramètres concernent le fonctionnement de la machine judiciaire proprement dite, qui comprend, à la fois, le respect des droits de la défense, la sécurité des avocats et des témoins, la stratégie pénale du procureur, la détermination des preuves, la fixation de la peine.

Arrêtons-nous ici sur le seul exemple de la stratégie pénale des procureurs dans la phase de conflit ou celle de l'immédiat après-conflit. C'est la période la plus délicate à gérer pour la justice internationale, car elle met en concurrence deux systèmes des relations internationales. L'un privilégie la recherche de la justice, l'autre met la priorité sur la recherche de la paix. Il y a des arbitrages à rendre sur l'opportunité d'engager des poursuites contre des chefs d'État ou des personnalités de premier plan, soupçonnés de crimes internationaux, mais qui sont les seuls à pouvoir signer des accords de paix. Quelle norme adopter? L'ambiguïté prévaut, y compris à la CPI, dont le Statut donne la capacité au procureur de ne pas poursuivre des criminels de guerre, «dans l'intérêt des victimes¹⁹». La réalité internationale montre aussi des décisions contradictoires: contre l'avis de Mary

17 Le Conseil de sécurité n'a pas étendu le mandat du tribunal lorsque 200 000 réfugiés hutus ont été assassinés en 1996-1997 dans l'est de l'ex-Zaïre. Cette sélectivité dans la répression des crimes s'explique essentiellement par la mauvaise conscience occidentale: il était difficile pour Washington, Paris ou Londres d'accuser les autorités rwandaises de crimes internationaux, alors que ce sont les forces de l'Armée patriotique rwandaise, dominée par les Tutsis, qui avaient mis un terme au génocide de 1994, commis sous l'œil indifférent de l'occident. De surcroît, le gouvernement rwandais est un allié précieux des États-Unis et du Royaume-Uni dans cette partie de l'Afrique.

18 Alison Desforges, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999, p. 41.

19 Notons l'évolution de la communauté internationale. Conformément aux statuts du TPIY de 1993, le procureur Richard Goldstone affirmait qu'une «paix sans justice paraphée par des criminels de guerre ne valait pas plus cher que l'encre et le papier utilisés», car elle serait illusoire. Les médiateurs de l'ex-Yougoslavie estimaient, eux, que la recherche d'une paix juste entraînerait une poursuite de la guerre et la mort et la souffrance de populations entières. Les statuts de la CPI laissent une marge d'appréciation plus grande au procureur que ceux du TPIY.

Robinson, le haut commissaire aux droits de l'homme, Lakhdar Brahimi, l'administrateur de l'ONU en Afghanistan, était hostile à l'idée d'entreprendre des poursuites contre des ministres suspectés de crimes de guerre au sein du gouvernement soutenu par les Nations Unies. Brahimi estimait que la recherche de la paix et de la stabilité en pâtiraient²⁰.

En revanche, le procureur du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a rendu publique l'inculpation du président libérien, le jour même où celui-ci se rendait à des négociations de paix; il a ainsi torpillé les négociations, mais ce faisant il a reconfiguré la donne politique²¹. Nous avons là, deux modèles différents. La discussion sur la tension entre paix et justice justifierait une réflexion qui dépasse largement notre cadre, mais qu'il est essentiel de mener sur les effets de la justice transitionnelle. Les facteurs à prendre en compte sont nombreux, car le procureur n'agit pas dans une situation de vide, mais dans un contexte spécifique défini par le rapport des forces internes au sein du conflit, la capacité de pression de la communauté internationale, la perte de la légitimité politique à une éventuelle inculpation et la chronologie à observer dans les séquences de négociation et de justice.

L'impact de la justice spectacle

Les grands procès sont des «monuments didactiques», selon la formule de Mark Osiel²². Ils visent à dire la barbarie à une société, à rappeler les normes fondamentales, à signifier le nouvel ordre national et international. La sentence n'est, d'une certaine manière, qu'accessoire: face à l'épouvante des crimes, aucun châtement n'est à la hauteur de la tragédie. Ces grands procès ne valent donc que par leur efficacité pédagogique. C'est leur seule valeur. Critiquer les tribunaux internationaux au prétexte qu'ils sont une justice spectacle, c'est faire fausse route, puisque cette justice a justement pour fonction d'être un spectacle. Comme le dit l'adage anglais, *Justice must not only be done, but seen to be done*. Il s'agit dès lors de connaître la nature de ce spectacle et d'en mesurer l'efficacité.

Là encore, il est nécessaire d'affiner les indicateurs. Cette justice spectacle se joue sur plusieurs scènes simultanément. Il faut donc segmenter les différents publics pour en apprécier l'efficacité. Il y a les sociétés le plus directement concernées, celles à qui ce théâtre de la vérité et du châtement est destiné en premier. C'est, en théorie, le public cible, comme les populations de l'ex-Yougoslavie, du Rwanda, de la Sierra Leone, du Soudan, de l'Ouganda... Puis, il y a le public mondial. Pour parler comme le procureur de la CPI, les

20 John F. Burns, «Political Realities Impeding Full Inquiry into Afghan Atrocity», *New York Times*, 29 août 2002.

21 Notons que si les négociations de paix ont pris fin avant même de commencer, le président libérien a été délégitimé par cette inculpation, qui l'a aussitôt transformé en criminel de guerre. Elle a donc affaibli sa position et, sous la pression internationale, il a quitté le pouvoir et trouvé asile au Nigéria... qui refuse cependant de le livrer à ses juges.

22 Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transactions Publishers, New Brunswick, 1999, p. 4.

deux publics sont clients de la justice internationale, mais leurs attentes, leurs réactions, leurs perceptions sont radicalement différentes. Aucun des deux n'est homogène. Toute la difficulté pour la justice internationale est de tenir un discours qui soit recevable par toutes les parties, en particulier par le public cible: les victimes, les forces de police, l'armée, les milices...

Le cas du TPIY est riche d'enseignements. Quoi qu'en dise son mandat, son rôle – du moins, lorsque des atrocités continuaient à être commises dans l'ex-Yougoslavie – était de calmer la mauvaise conscience de l'opinion occidentale. Les concepteurs du TPIY lui avaient assigné une mission basée sur une logique de triangulation. Cette logique fonctionne selon le principe de la boule de billard: le joueur vise une première boule afin d'atteindre celle qui est son véritable objectif. En l'espèce, le TPIY avait pour mandat de s'adresser aux populations de l'ex-Yougoslavie, mais son public cible se trouvait en occident, du moins pendant que la guerre faisait encore rage. Reprenons nos catégories temporelles pour mieux observer les effets de ce hiatus entre le public cible réel et le public cible supposé. Dans la période de justice à chaud et dans l'immédiat après-conflit, nous observons que le Tribunal a connu un formidable succès auprès des opinions occidentales, du moins jusqu'à la guerre du Kosovo²³. Le TPIY a constitué le grand déclencheur du processus de lutte contre l'impunité et de judiciarisation du système international, provoquant à sa suite la création de nombreux tribunaux – TPIR, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, CPI –, ainsi que le développement de la compétence universelle, qui s'est traduite par l'inculpation, par des juges espagnol et belge, des ex-dictateurs Augusto Pinochet et Hissène Habré (Tchad). Le succès du TPIY est essentiellement institutionnel et symbolique, puisque pratiquement aucun procès de hauts responsables n'a eu lieu à cette époque. À moyen terme, lorsque les inculpés doivent répondre de leurs actes, la technicité roborative des débats et la longueur des procès (en moyenne, 18 mois) font que les médias et les opinions occidentales se lassent. Le procès Milošević, dont les gouvernements occidentaux espéraient qu'il allait diaboliser l'ancien maître des Balkans et justifier l'intervention de l'OTAN, fut, de ce point de vue, totalement inefficace.

En revanche, sur la scène balkanique, c'est un scénario très différent qui se déroule. Dans la période du conflit et de l'immédiat après-conflit, le Tribunal est tenu par les Bosniaques pour un alibi de la non-intervention, ou perçu comme instrument occidental par une forte majorité de Serbes et de Croates. Sa légitimité est largement mise en question. La communauté internationale et le TPIY ont leur part de responsabilité: l'interdiction pour les ressortissants de l'ex-Yougoslavie d'accéder à des postes importants au TPIY, le fait que l'Assemblée générale de l'ONU ait écarté, dans la configuration initiale, tout juge de confession musulmane ou orthodoxe, sa location géographique à La Haye, à des centaines de kilomètres de

23 La perception du TPIY au sein des opinions publiques occidentales a été largement favorable, même si l'inculpation de Slobodan Milošević, en pleine guerre du Kosovo, a provoqué des débats sur la capacité d'indépendance du tribunal face à ses principaux bailleurs de fonds et soutiens politiques occidentaux. Nombre de raisons expliquent ce soutien.

l'ex-Yougoslavie, l'absence de toute politique ambitieuse de communication dans l'espace ex-yougoslave ainsi que l'hostilité des médias nationalistes serbes et croates envers le tribunal, ont contribué à creuser ce fossé entre le tribunal et les populations de l'ex-Yougoslavie auxquelles il était en principe destiné. L'empressement des États membres de l'OTAN à accroître leur coopération avec le TPIY en pleine guerre du Kosovo a renforcé, auprès d'une large majorité de Serbes, la perception que ce tribunal était le bras juridique de l'Alliance atlantique.

Ainsi, dans les périodes de guerre, de l'immédiat après-conflit et même à moyen terme, le tribunal n'a jamais réussi à s'imposer, sauf en Bosnie²⁴. L'arrestation en décembre 2005 du général croate Gotovina, accusé d'être responsable de la mort de civils serbes, en particulier de vieillards, a provoqué une énorme manifestation à Split, où 40 000 personnes ont loué le « héros » et « le libérateur » et brocardé le TPIY. En Serbie, l'hostilité de l'opinion à l'égard du TPIY est massive et a conduit probablement à l'assassinat du premier ministre, Zoran Djindjić, en mars 2003, et à une tentative d'assassinat perpétrée contre la procureure du TPIY, Carla Del Ponte.

Une raison supplémentaire a accru l'hostilité de nombre de Serbes et de Croates envers le TPIY : ce que nous appellerons le poids de la méta-norme. Pourquoi les ex-Yougoslaves devraient-ils se soumettre à la justice internationale, alors que les Américains cherchent à s'en émanciper ? Cette politique de deux poids, deux mesures a contribué, avec d'autres facteurs, à noircir la perception du tribunal dans les Balkans. Comment pouvait-il en être autrement alors que les États-Unis menaçaient les républiques de l'ex-Yougoslavie, en particulier, la Serbie et la Croatie, de représailles économiques si elles refusaient de collaborer avec le TPIY, mais les menaçaient aussi de représailles économiques si elles ratifiaient les statuts de la CPI ?

Pour le moment, nous avons observé la perception que les différents groupes avaient du tribunal dans la guerre, puis à court et à moyen terme. La question clef est celle de l'impact du tribunal à long terme. Dans quelle mesure, le travail du TPIY va-t-il contribuer à poser la base, dans dix ou vingt ans, d'un consensus sur les crimes qui se sont produits dans cette région dans les années 1990 ? Si le TPIY s'avère un frein au négationnisme – et certains facteurs semblent aller dans ce sens, tels le jugement par la Croatie, la Serbie et la Bosnie de leur propres criminels de guerre, la reconnaissance par les Serbes des massacres de Srebrenica, les excuses exprimées par les autorités de la Republika Srpska –, alors l'action de la justice internationale aura porté des fruits.

La dissuasion

L'un des principaux objectifs de la justice internationale est la dissuasion de nouveaux crimes. C'est notamment ce qu'affirment les résolutions 808 et 827

24 Dans un sondage réalisé en avril 2002, seuls 20% des Serbes s'affirment convaincus que la coopération avec le TPIY est « moralement juste », et seulement 10% estiment que le TPIY est « la meilleure manière de servir la justice », « Serbia: Reform Constituency Shrinks », résultats de l'enquête à l'échelle nationale réalisée par Greenberg Quilán Rosner Research, NDI, juin 2002, p. 2.

du Conseil de sécurité de l'ONU qui ont établi le TPIY. Cette dimension dissuasive est aussi au cœur de la justification que donnent les ONG de défense des droits de l'homme dans le combat contre l'impunité. Ainsi, le site Internet de Human Rights Watch affirme: «*Justice for yesterday's crimes supplies the legal foundation needed to deter atrocities tomorrow*²⁵.»

À première vue, l'analyse empirique est rapidement faite. Deux ans après la création du TPIY, les forces bosno-serbes ont commis à Srebrenica, dans la «zone de sécurité» de l'ONU, le plus grand massacre en Europe depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Le Conseil de sécurité de l'ONU a fondé le TPIR en 1994. En 1996-1997, les forces de l'Armée patriotique rwandaise ont participé à des crimes de masse au Kivu. À l'échelon régional, la dissuasion fut un plus grand échec encore: diverses organisations estiment que plus de trois millions de personnes (civiles dans leur immense majorité) sont mortes en République démocratique du Congo entre 1998 et 2003 des conséquences soit directes soit indirectes de la guerre. Un échec plus total est difficilement imaginable.

La capacité dissuasive du Tribunal est-elle forcément nulle? La vraie question est de savoir comment les belligérants perçoivent le risque judiciaire. Selon des observations empiriques, qu'il faudrait corroborer par des recherches plus approfondies, les belligérants sont conscients du risque judiciaire et agissent en conséquence lorsque celui-ci est identifié comme une menace personnelle à court terme. Les forces de maintien de la paix de l'ONU présentes en ex-Yougoslavie ont rapporté que, pendant les quelques semaines qui ont suivi la création du TPIY en 1993, les belligérants avaient pris en compte le risque judiciaire. Par la suite, ils ont réalisé la faiblesse du tribunal et, assurés de leur impunité, ont commis les massacres de Srebrenica. De même, au Darfour, des témoignages attestent que les miliciens ont réduit la portée de leurs exactions lorsqu'ils ont eu le sentiment que ces actes risquaient de leur nuire. Ces deux exemples tendent à démontrer que les belligérants prennent en compte le risque judiciaire pour autant que le tribunal soit perçu comme déterminé et comme bénéficiant de l'appui politique et militaire des grandes puissances. Ils montrent *a contrario* que l'impact de la dissuasion s'émousse rapidement si des inculpations et des arrestations n'interviennent pas dans le court terme.

À ces paramètres, qui jouent un rôle dans la manière dont les belligérants entendent le risque judiciaire, s'ajoute l'influence de la «méta-norme», c'est-à-dire l'échelle des valeurs de la communauté internationale à un moment donné. La «guerre contre le terrorisme» marquée notamment par la remise en cause de certains pans du droit international humanitaire par la super-puissance américaine, par la remise en cause, aux États-Unis, de l'interdiction et de la définition de la torture, et par la farouche hostilité de l'administration Bush envers la CPI, modifient sans doute la perception du risque judiciaire. Là encore, un travail de recherche serait nécessaire pour vérifier ces hypothèses.

25 <<http://www.hrw.org/justice/about.php>> (dernière visite en janvier 2006).

Les indicateurs pour les commissions de vérité

La production de vérité

Les promoteurs de la justice transitionnelle affirment que l'expression de la vérité permet de déboucher sur un processus de catharsis nationale, canalisant les énergies vers une réconciliation nationale. L'une des questions clefs est la nature de la « vérité » qui va émerger.

Le terme même de vérité a donné lieu à de nombreux débats. Adoptons l'approche d'Alex Boraine, le vice-président de la Commission Vérité et Réconciliation sud-africaine. Il distingue trois niveaux de vérité – la vérité factuelle, la vérité personnelle et la vérité sociale ou dialogique –, même si toutes ont pour objet de « documenter et d'analyser tant les violations effectives des droits de l'homme que les structures qui les ont permises ou facilitées²⁶ ». La vérité factuelle donne à une famille des informations concrètes sur la dépouille d'un proche disparu. La vérité personnelle, en théorie, permet qu'un effet de catharsis se produise pour celui qui l'énonce²⁷. Enfin, la « vérité dialogique » est, selon la formulation du juge sud-africain Albie Sachs, la vérité que la société fait sienne : « *Dialogical truth is social truth, truth of experience that is established through interaction, discussion and debate*²⁸. » Ce sont les vérités factuelles et dialogiques qui nous intéressent ici (pour la vérité personnelle, voir indicateur 7). Quelles conditions doivent être réunies pour que ces deux niveaux de vérité émergent ? Il s'avère que la vérité factuelle et la vérité dialogique sont déterminées, chacune, par des paramètres spécifiques.

La capacité d'établir la vérité factuelle dépend largement de la coopération des ex-organes de répression : ministère de l'intérieur, armée, police, service de renseignement, milice... Au-delà, elle dépend aussi d'un réseau d'institutions, d'hôpitaux, de morgues et cimetières, dont les registres s'avèrent souvent essentiels.

L'État détient une carte maîtresse pour éclairer la vérité factuelle. Il peut décider d'accorder à la commission des pouvoirs d'injonction (*subpoena powers*) permettant d'obtenir des documents et d'obliger des témoins, notamment les auteurs de crimes, à comparaître. Ce fut le cas en Afrique du Sud. De même, la décision sud-africaine de faire comparaître des centaines d'agents de la répression a contribué à mettre en lumière le fonctionnement de cette criminalité politique. En d'autres termes, plus la commission a un mandat fort, plus ses moyens d'établir une vérité factuelle et, partant, une vérité personnelle et dialogique, sont importants.

La vérité dialogique vise à éclairer les responsabilités politiques quant aux crimes qui ont été commis. Pour le pouvoir, c'est un exercice historico-

26 Alex Boraine, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2000, p. 287.

27 *Ibid.*, p. 290.

28 *Ibid.*

politique qui présente un potentiel légitimateur, mais qui comprend aussi des risques de dérapage, car c'est le débat au sein de la société qui va faire émerger un nouveau consensus sur le passé et modifier les équilibres politiques présents. C'est ce qui explique l'âpreté des négociations menées entre anciennes et nouvelles élites pour orienter le champ dans lequel va surgir la vérité dialogique. Des facteurs tels que la définition du mandat de la commission et des victimes²⁹, la comparution ou non des bourreaux, l'éventualité de poursuites judiciaires contre certains responsables de haut rang, la présentation de la commission (indicateur 5), les recommandations du rapport (indicateur 6) et leur suivi, peuvent donc être cruciaux.

Chacun de ces facteurs va déterminer, en partie, l'impact de la commission. L'autre dimension essentielle tient à la capacité d'une société de prendre acte du travail de la commission et de s'y identifier. L'influence des victimes, l'attitude des partis politiques, des églises, des syndicats et des anciens belligérants, le rapport de forces entre les différents acteurs et la nature spécifique de la transition vont tous conditionner le degré d'émergence de la vérité dialogique. Les ONG jouent un rôle déterminant. Puissantes en Afrique du Sud, elles ont contribué à «porter» la Commission Vérité et Réconciliation, quitte à la critiquer. Faibles en Sierra Leone, mais bien connectées avec le monde occidental, elles ont décidé la communauté internationale à créer, puis à soutenir une commission vérité, mais elles n'avaient pas de réelles capacités mobilisatrices dans leur propre pays, et cela s'est fait sentir³⁰.

Prenons ici deux exemples très différents, le Chili et El Salvador, qui soulignent la capacité d'une société de s'identifier avec le travail d'une commission pour changer les équilibres internes – ou de ne pas s'y identifier, suivant le cas.

La vérité produite est en partie conditionnée par le rapport de forces entre l'ancien et le nouveau pouvoir. Au Chili, par exemple, la composition de la Commission reflétait un équilibre entre les anciens partisans de Pinochet et les démocrates. Le résultat a entériné une vision du passé qui avalisait «la théorie des deux démons», renvoyant pratiquement dos à dos la répression exercée par des agents de l'État et les actes de violence (limités, faute de capacité) commis par des groupes d'extrême gauche, alors que les crimes avaient été perpétrés, dans l'immense majorité des cas, par la junta militaire. Cette lecture consensuelle, mais historiquement critiquable, a néanmoins discrédité la vision pinochétiste de l'histoire sous la pression des associations de victimes, des syndicats, des ONG et de certains partis politiques. En dépit de ses limitations, le travail de la commission a donc changé les équilibres internes de la société chilienne et fait surgir, dans le moyen terme, une vérité dialogique qui

29 Ainsi, la Commission chilienne a eu pour mandat de faire la vérité sur la mort de milliers de personnes, mais pas de prendre en compte les tortures infligées à des milliers d'anciens détenus politiques. Une partie de la population a estimé qu'elle était exclue de cet exercice de vérité, puisqu'il ne lui reconnaissait pas la qualité de victime de la dictature.

30 Rosalind Shaw, *Rethinking Truth and Reconciliation Commissions: Lessons from Sierra Leone*, USIP Special Report No. 130, 2005.

recoupe désormais la vérité historique. Cette évolution a du coup relancé des poursuites judiciaires, alors que la raison d'être de la commission avait été, au contraire, de se substituer à celles-ci du fait de l'opposition des tenants de la junte militaire.

La Commission salvadorienne (composée exclusivement de commissaires étrangers) disposait, dans son travail d'établissement des faits et d'interprétation, d'une marge de manœuvre supérieure à celle du Chili, mais la vérité dialogique a été fortement limitée par les anciens belligérants. Leurs représentants, loin de suivre les recommandations de la Commission d'engager des poursuites judiciaires contre une cinquantaine de responsables de l'État et de la guérilla, se sont entendus pour que le parlement proclame une amnistie générale.

La présentation de la «vérité»

Les commissions de vérité, comme les procès dans les tribunaux internationaux, ne valent que par leur résonance dans l'espace public. C'est cette pédagogie de la politique du pardon qui vise à réconcilier une société divisée.

La question clef est ici la manière dont les autorités et la commission organisent le message de la stigmatisation du passé: quelle mise en scène faut-il adopter pour ce théâtre de la cruauté humaine? Minimaliste? Ou faut-il, au contraire, tenir des auditions publiques qui évoquent la sacralité de l'univers judiciaire? Et si oui, les criminels doivent-ils aussi comparaître? La télévision doit-elle retransmettre ces auditions publiques?

Le choix est souvent dicté par la nature du message à transmettre et par le rapport des forces entre les militants des droits de l'homme et ceux qui incarnent la répression exercée jadis. Plus la volonté de rupture avec le passé est forte, plus la tentation est forte de mobiliser une symbolique pour transmettre ce message. Les cas de l'Afrique du Sud et du Maroc illustrent ces différences de message. En Afrique du Sud, l'objectif était double: démontrer la nature criminelle de l'ancien régime (et des abus du Congrès national africain – ANC), tout en légitimant le marché conclu entre F. W. De Klerk et Nelson Mandela: la vérité en échange de l'amnistie. Au Maroc, l'objectif de la Commission était d'accroître l'espace démocratique sans remettre en cause la continuité du régime. Dans tous les cas de figure, les membres de la commission sont des entrepreneurs identitaires, car ils contribuent à créer de nouveaux rituels pour la nation.

De fait, la mise en scène dévoile l'intentionnalité du projet politique dont la commission est porteuse. En Afrique du Sud, le fait de commencer les auditions publiques par des prières envoyait un message politique clair: les plus hautes autorités religieuses bénissaient cet exercice de vérité, et à travers lui, la transaction vérité-amnistie. L'intensité dramatique du face-à-face entre victimes et bourreaux reflétait ce qui était attendu dans l'espace public: l'opprobre jeté sur les criminels, mais aussi l'abandon de la justice au nom de l'intérêt supérieur de la nouvelle nation.

Le maniement des symboles religieux et culturels ainsi que la célébration de la «supériorité» de la justice réparatrice africaine sur la justice pénale occidentale par l'archevêque Desmond Tutu, le président de la Commission, visaient à légitimer le nouvel équilibre politique atteint. Ils ont aussi transformé l'amnistie en pardon.

Au Maroc, les victimes ont témoigné à la Commission Vérité en 2005 devant les portraits de l'actuel roi Mohammed VI et de son père défunt et prédécesseur, le roi Hassan II, sous le règne duquel elles avaient été torturées par les services de sécurité. Contrairement à ce qui s'était passé en Afrique du Sud, ceux qui avaient torturé, enlevé et parfois tué n'ont pas comparu. Le message envoyé par le palais royal visait à la fois à condamner la répression des années de plomb et à poursuivre le processus de démocratisation, tout en protégeant la continuité monarchique et les organes de répression.

Ces deux commissions ont parfaitement respecté les objectifs qui leur avaient été assignés. Elles n'ont pas été des commissions alibi, même si elles ont indéniablement contribué à légitimer le nouveau pouvoir. C'est à la lumière de leurs objectifs spécifiques que doivent être évaluées les commissions vérité.

Les recommandations pour des réformes institutionnelles et leur mise en œuvre

L'un des impacts potentiels des commissions vérité tient aux recommandations formulées dans le rapport qu'elles publient, car ces recommandations, tirant les leçons des crimes passés, fixent les réformes indispensables pour bâtir un véritable État de droit.

Eric Brahm recense une vingtaine de commissions de vérité et relève que trois ont tenu des audiences publiques et publié des rapports, huit ont rendu des rapports publics (sans avoir tenu d'audiences publiques), trois autres ont distribué leurs rapports parcimonieusement et cinq (Bolivie, Zimbabwe, Ouganda 1986, Philippines, Équateur) n'ont pas établi de rapport³¹. En Argentine, le rapport a été un succès de librairie pendant des mois. La distribution du rapport est un élément clef: elle contribue à donner à la société concernée le sentiment qu'elle est partie prenante de son destin. Les violences passées sont décrites, les responsables sont nommés et le cap à suivre pour consolider l'État de droit est fixé. Il appartient ensuite à la société de faire pression sur l'appareil d'État pour que les réformes proposées soient adoptées – réformes, qui visent typiquement à améliorer le comportement des forces de police et de l'armée, à interdire véritablement la torture et à garantir des procès équitables. L'expérience chilienne est l'une des plus positives: les recommandations du rapport furent largement appliquées. Celui-ci avait notamment préconisé des réparations et suggéré que l'on prenne appui sur les travaux de la Commission pour déterminer les droits des victimes. Ce qui fut fait. Les diverses recommandations servirent à renforcer l'État de droit et à pacifier les esprits. Dans son rapport, la Commission marocaine a annoncé l'octroi de réparations à quelque 10 000 anciens prisonniers

31 Pour une discussion plus complète, voir notamment Eric Brahm, note 9 ci-dessus.

politiques et s'est prononcée pour une vaste réforme institutionnelle et politique visant à garantir l'indépendance de la justice, à renforcer les contrôles parlementaires sur les organes de l'État et à limiter les pouvoirs de l'exécutif.

À notre connaissance, il n'existe malheureusement pas à ce jour d'analyse sur la mise en pratique, par les autorités, des recommandations contenues dans les rapports des commissions de vérité. Neil Kritz, du *United States Institute of Peace* à Washington DC, avait émis l'idée que les gouvernements établissent des rapports périodiques sur le suivi des recommandations et expliquent, le cas échéant, pourquoi ils les jugeaient inappropriées.

Il semble cependant que la plupart des recommandations n'ont pas été mises en œuvre et n'ont même pas fait l'objet d'un débat sur le fond. La question est de savoir dans quelle mesure ces recommandations, même si elles ne sont pas mises en pratique, participent néanmoins au développement démocratique de la société. En d'autres termes, le fait que ces recommandations de réformes institutionnelles aient le mérite d'exister crée-t-il un nouvel espace de débat démocratique au sein de ces sociétés, ouvrant la voie à de futures réformes?

Indicateurs communs à la justice internationale et aux commissions de vérité

L'impact thérapeutique

La justice transitionnelle accorde une place privilégiée aux victimes. C'est à travers leur rétablissement et les réparations qui leur sont accordées que le corps social est censé lui aussi guérir des cicatrices du passé et se ressouder, une fois la vérité faite et un châtement symbolique ou pénal infligé. Mais «la reconnaissance», «la justice», «la vérité» ont-elles un effet thérapeutique sur les victimes, comme l'affirment nombre de promoteurs de la justice transitionnelle³²?

Observation préliminaire: nombre de psychologues voient dans le fait de ne pas poursuivre les bourreaux une poursuite de la torture: *«Impunity generates feelings of defencelessness and abandonment, accompanied by symptoms such as nightmares, depression, insomnia, and somatizations»*³³.

A contrario, la lutte contre l'impunité est un moyen d'assouvir le besoin de vérité factuelle et de vérité personnelle de certaines victimes. Connaître les circonstances de la mort d'un parent, savoir où cette personne a été inhumée et qui est responsable de ses souffrances facilitent le travail de deuil. La vérité personnelle est liée notamment à la clarification du passé, mais aussi à la nécessité ressentie par nombre de témoins d'exprimer leur souffrance et de la voir ainsi reconnue par l'État. Ces témoins ont jugé indispensable d'affirmer leur parole dans un espace public, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire. Nous ne nous intéresserons ici qu'à ces victimes témoins. Certaines d'entre elles nous

32 Pour une recherche détaillée, voir Jamie O'Connell, «Gambling with the psyche: Does prosecuting human rights violators console their victims?», *Harvard International Law Journal* 46(2005), No. 2, pp. 295-345.

33 Diana Kordon et al., «Argentina: Psychological and clinical consequences of political repression and impunity», *Q.J. Rehab of Torture and Prevention of Torture*, Vol. 8, 1998, pp. 43-44.

ont affirmé que si les auteurs des crimes n'étaient pas châtiés, elles estimaient de leur devoir d'inculquer à leurs descendants le devoir de venger les morts³⁴.

Quelles que soient les motivations qui poussent les victimes à témoigner (que ce soit par obligation morale envers les disparus, par conviction idéologique ou par nécessité psychologique), elles ont l'espoir que leur témoignage restaurera leur dignité et les libérera en partie de ce passé traumatique. Mais ce témoignage est aussi une mise en péril et affectera le potentiel thérapeutique du témoignage, la victime étant obligée de revenir sur des épisodes éprouvants. Cette mise en péril psychologique diffère selon que la victime s'exprime dans le cadre judiciaire ou dans celui d'une commission de vérité. Nous devons donc les distinguer.

Mise en péril dans le cadre des procédures judiciaires

Le danger physique de témoigner. Au Rwanda, dans l'ex-Yougoslavie et dans le cadre d'autres procédures judiciaires, des tribunaux ont garanti l'anonymat des victimes-témoins. Malheureusement, certaines d'entre elles, en particulier au Rwanda, ont vu leur identité dévoilée et ont subi des menaces de mort sur eux-mêmes et leur famille, les contraignant parfois à la fuite. Cette mise en danger affecte la dimension thérapeutique, car elle participe à déstabiliser le témoin et le replonge dans sa souffrance passée.

Le risque de «retraumatisation». Dans le cas des deux tribunaux *ad hoc* de l'ONU, les victimes n'ont que le statut de témoin, les procédures étant inspirées du droit anglo-saxon³⁵. Elles ne sont pas là pour dire leur drame, mais pour contribuer à alimenter le dossier d'accusation du procureur. Elles sont ensuite soumises aux procédures de contre-interrogatoire, menées parfois par des avocats particulièrement agressifs. Conformément à la pratique aux États-Unis, ces avocats cherchent à désorienter les témoins pour affaiblir le dossier de l'accusation. Carla Del Ponte, alors procureure du TPIR, a déploré que, dans le cadre du tribunal d'Arusha, le contre-interrogatoire puisse devenir «un instrument de torture³⁶». Constat exagéré mais qui cependant souligne la perversion du contre-interrogatoire lorsqu'il est mené par des avocats qui veulent déstabiliser des témoins très vulnérables, tels que des femmes victimes de viols multiples. Tirant les enseignements de ces précédents, la CPI a élaboré des procédures destinées à prévenir la retraumatisation des victimes. Un autre point est le verdict: souvent, les victimes sont déçues par la sentence, jugée trop bénigne, et en ressentent durement les effets. Mais la justice n'est pas un processus thérapeutique, même si elle a des effets parfois positifs.

34 Pierre Hazan, *Justice in A Time of War, The Secret History of the International Tribunal for Former Yugoslavia*, Texas A&M, 2004, p. 160.

35 La Cour pénale internationale a tiré les «leçons» de ces dysfonctionnements du TPIY et du TPIR et a accordé pratiquement le statut de partie civile aux victimes-témoins.

36 Dans le documentaire télévisé «Rwanda: la justice prise en otage», ARTE/TSR/Article Z, réalisé par Gonzalo Arijon et Pierre Hazan, 2003.

Les disparités Nord-Sud. La justice internationale est le produit de pays riches. Elle accorde des droits élémentaires aux inculpés selon les critères des sociétés opulentes, droits dont les victimes dans les pays pauvres ne jouissent pas nécessairement. Le Rwanda est le cas le plus extrême, avec le hiatus choquant qui s'est instauré entre les génocidaires qui ont transmis le virus du SIDA à leurs victimes et qui, l'État rwandais manquant de moyens financiers, ont seuls le privilège de bénéficier d'un traitement. Cette différence (choquante) de traitement entre bourreaux et victimes peut peser sur la dimension thérapeutique du témoignage.

Nous avons souligné ici que la dimension thérapeutique du témoignage n'est jamais un acquis et doit tenir compte des conditions dans lesquelles s'inscrit le témoignage.

Mise en péril dans le cadre des commissions de vérité

Les commissions de vérité ont une dynamique qui diffère de celle des procès judiciaires. L'absence de châtement des coupables provoque chez les victimes des réactions diverses, qui vont d'un sentiment profond d'injustice à l'octroi du pardon et au retour à une certaine sérénité. Généralement parlant, le risque pris dans les commissions de vérité semble psychologiquement moindre pour les victimes que dans les poursuites pénales. Les victimes ne sont pas confrontées à leurs bourreaux (sauf en Afrique du Sud). Elles ne sont pas non plus «une balle de ping-pong» que se renvoient l'accusation et la défense. Elles incarnent même le sujet actif, le rôle principal sur cette scène. À première vue, tous ces facteurs confortent l'idée que cette justice réparatrice est positive pour les victimes, en particulier pour celles qui témoignent.

Pourtant, le *Trauma Centre for Victims of Violence and Torture* du Cap (Afrique du Sud) estime que 50 à 60 % des centaines de personnes avec qui il a travaillé ont connu de sérieuses difficultés psychologiques après avoir témoigné ou ont déclaré qu'elles regrettaient d'avoir pris part aux auditions de la CVR³⁷. Certaines ont été «retraumatisées³⁸» au point que Trudy de Ridder, l'une des psychologues qui a travaillé avec des victimes ayant témoigné devant la CVR, se demande si le bénéfice politique que retire la société justifie les souffrances causées aux victimes par les auditions de la Commission³⁹.

Il ne s'agit pas d'affirmer ici que les témoins sont systématiquement maltraités, mais de souligner que le témoignage n'est pas forcément une thérapie pour les victimes. Certaines victimes tirent effectivement satisfaction d'affirmer publiquement leur part de la vérité. Elles obtiennent parfois des informations précieuses sur les conditions de la mort de leurs proches et le lieu où se trouve leur dépouille, ce qui facilite le processus de deuil. Elles peuvent aussi

37 P. Hayner, voir note 3 ci-dessus, p. 144.

38 Trudy de Ridder, *The Trauma of Testifying, Deponents' difficult healing process*, Track Two, Vol. 6 Nos. 3 & 4, décembre 1997, <http://ccrweb.ccr.uct.ac.za/archive/two/6_34/p30_deridder.html>, octobre 2004.

39 Shaw, voir note 30 ci-dessus.

être satisfaites de voir la société châtier pénalement ou, au moins symboliquement, leurs bourreaux. Certaines ont été apaisées par les remords exprimés par leurs tortionnaires ou l'assassin de leur proche. En revanche, pour d'autres victimes, le dévoilement des souffrances subies (dont, souvent, leurs proches ne savaient rien) et le fait de se remémorer ce passé n'apportent guère de soulagement, engendrant au contraire de sérieuses difficultés psychologiques. Les tribunaux et les commissions de vérité reconnaissent implicitement cette réalité, puisque ceux qui en ont les moyens offrent un soutien psychologique aux victimes pour éviter qu'elles ne s'effondrent durant leur témoignage.

Le repentir

La justice transitionnelle attache une place privilégiée aux excuses. La raison en est simple: lorsque les procédures judiciaires sont exclues, ou que ceux qui sont au pouvoir n'ont pas eu de responsabilité dans les crimes commis, l'expression publique du repentir vise à ce que l'État reconnaisse sa responsabilité, prévenant ainsi le retour de ces pratiques criminelles.

Le cas le plus emblématique est celui du chancelier allemand Willy Brandt qui, le 9 décembre 1970, s'est agenouillé et recueilli devant le monument dédié au ghetto de Varsovie, préfigurant ainsi une ère de repentir public. La nouveauté et la force de l'acte d'un ancien combattant antinazi inauguraient un cercle vertueux: par son geste de repentance, il prenait sur lui les crimes commis par d'autres pour s'en excuser. Ce faisant, il participait à un processus de normalisation des relations entre les victimes et l'Allemagne et par-delà à la réintégration symbolique de l'Allemagne dans le concert des nations civilisées. C'est un processus de triangulation vertueuse, où l'expression du repentir modifie les relations entre celui qui exprime son repentir, les victimes et le public, en l'espèce, la communauté internationale. Cet acte d'humilité générerait aussi un bénéfice symbolique pour l'auteur des excuses: sa position sacrificielle (puisque'il présente des excuses pour des actes qu'il n'a pas commis) le rehausse moralement.

Inspirées par ce précédent et encouragées par l'idéologie moralisatrice qui prévaut dans l'après-guerre froide, les expressions de repentir se sont multipliées ces dernières années. Elles sont si nombreuses qu'il n'est plus possible de faire le compte des chefs d'État et hautes personnalités qui ont demandé pardon pour des crimes survenus récemment ou des siècles plus tôt.

Ces demandes de pardon sont désormais exigées par les ONG⁴⁰. Celles-ci estiment que l'expression du repentir contribue à consolider l'État de droit et à accroître la confiance des citoyens dans les institutions en marquant une frontière claire entre les «années de plomb» et le présent. L'efficacité des demandes

40 À titre d'exemple, l'organisation américaine *Human Rights Watch* a demandé aux autorités marocaines de «Acknowledge that grave human rights abuses in the period under study by the ERC (truth Commission) were systematic and ordered at the highest levels of the state, and offer official statements of regret to the victims and their families». «Morocco's Truth Commission, Honoring Past Victims during an Uncertain Present» <<http://hrw.org/reports/2005/morocco1105/>> (dernière visite en janvier 2006).

de pardon est cependant toute relative. La dimension purificatrice de l'excuse fonctionne pour autant que celle-ci ne soit pas perçue par la société concernée comme un geste routinier, banalisé, vidé de sa substance. Là est le critère fondamental qui sépare une expression sincère de regret d'un repentir perçu dans l'espace public comme chargé symboliquement et politiquement. Les excuses du président Chirac reconnaissant pour la première fois la responsabilité de l'État français dans les rafles de juifs durant la Seconde Guerre mondiale ont eu une réelle portée. En revanche, les excuses du président Bill Clinton au sujet de l'esclavage et de la traite des esclaves, présentées hors des États-Unis et, de surcroît, dans un pays africain qui historiquement n'était pas directement concerné, n'ont eu aucun impact. Les Afro-Américains et les pays africains touchés par la traite transatlantique des esclaves ont estimé qu'il s'agissait d'excuses à bon marché et n'y ont guère prêté attention. L'inadéquation du lieu (l'Ouganda) et le manque de précision quant au destinataire du message ont rendu celui-ci inopérant. Par ailleurs, selon le principe de la boule de billard, l'expression du repentir s'adresse en apparence à certaines victimes, mais vise à atteindre un autre public cible. Ce fut le cas des excuses présentées par le secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, en 1999 pour sa responsabilité dans l'abandon des populations de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Le véritable objet de ces expressions de repentir n'était pas tant de convaincre les victimes de la sincérité des excuses, que de « purifier » le système des opérations de maintien de la paix des Nations Unies aux yeux de la communauté internationale et de le relancer. Cet objectif a été atteint auprès du véritable public cible (la communauté internationale) et non auprès du public auquel les excuses étaient en théorie destinées (ex-Yougoslaves et Rwandais).

Les actes de repentance fonctionnent selon des modèles divers. Il est essentiel d'identifier le fonctionnement de cette dramaturgie du repentir. Quelle est la scène la plus appropriée? Quels sont les véritables publics cibles? Faut-il passer par des logiques de triangulation pour les atteindre? L'exemple de Willy Brandt montre que des actes de repentance peuvent participer à la pacification des sociétés.

L'efficacité des réparations

L'établissement de la vérité et la stigmatisation des criminels sont conçus comme des moyens de donner réparation aux victimes. Ces dernières années, cependant, par-delà les politiques de pardon et de châtement, l'accent a été mis sur les réparations matérielles aux victimes, qui vivent souvent dans des conditions misérables. Ainsi, contrairement aux tribunaux *ad hoc* de l'ONU, la CPI a créé un fonds volontaire d'affectation au profit des victimes.

La question de l'argent comporte une intense charge symbolique. D'abord, elle pose la question de la nature de la réparation, un mot lui-même profondément ambigu⁴¹. Que s'agit-il exactement de réparer? La perte d'un

41 Le concept de réparation est flou: il renvoie à une réalité complexe qui recoupe et souvent amalgame plusieurs opérations: la restitution, l'indemnisation, la compensation et la réparation. Il est important de clarifier la nature du paiement, pour éviter toute instrumentalisation démagogique et permettre aux opinions publiques de juger en connaissance de cause les termes de cette transaction éthico-financière.

proche? La souffrance? Les pertes de revenu subies du fait d'une détention illégale? La perte de biens matériels? Les réparations sont l'expression d'un message: celui de la reconnaissance du crime. Il y a une dimension politique et une dimension sociétale, collective et privée.

Dans le cas de l'Allemagne d'Adenauer, les réparations ont été le prix de la normalisation. Les États-Unis avaient posé comme préalable à la réintégration de l'Allemagne au sein de l'ONU et de l'OTAN l'octroi de réparations à l'État hébreu et aux rescapés des camps. Les réparations à Israël constituaient le ticket d'entrée de l'Allemagne dans la communauté internationale.

À cette dimension politique s'ajoute une dimension sociétale, qui concerne au premier chef les victimes. Certaines victimes estiment que cet argent ne peut compenser l'irréparable, qu'il est entaché du sang des morts (*blood money*) et qu'il ne peut en tant que tel être accepté. D'autres considèrent, au contraire, que les souffrances passées doivent donner lieu à une mesure de réparation, même si elle ne pourra jamais restituer les années perdues. Ainsi, pour beaucoup de Sud-Africains, la commission de vérité reposait sur une transaction: les bourreaux obtenaient l'amnistie et les victimes recevaient en échange des réparations⁴². C'est ce que, du reste, avait recommandé la CVR. Or les autorités n'ont offert que de maigres et tardives réparations⁴³. Nombre de victimes de l'apartheid ont eu le sentiment d'avoir été flouées et ont nourri du ressentiment à l'égard de la Commission, voire de l'idée même de réconciliation⁴⁴.

Au positionnement individuel des victimes s'ajoute un débat qui implique l'ensemble de la société. Les réparations sont en effet le fruit d'une négociation qui indique l'évolution des normes et les nouveaux équilibres au sein de la société. La question clef est celle de la nature de cette transaction éthico-politique pour l'ensemble de la société. Dans quelle mesure, les termes de cette transaction sont-ils acceptables? C'est une question qui intéresse donc non seulement les victimes et les gouvernements impliqués, mais aussi l'ensemble des différentes sociétés concernées.

Le cas de la Suisse montre clairement que l'acceptabilité de cette transaction ne repose pas sur les seules épaules de la société dont des membres reçoivent des réparations, mais fait aussi l'objet d'une évaluation au sein de la société qui les accorde. Ainsi, lors d'un référendum, une majorité de Suisses s'était opposée au projet gouvernemental de vendre une partie des réserves d'or de la Banque nationale suisse pour créer un fonds humanitaire qui serait

42 Sur les 7112 bourreaux qui ont demandé l'amnistie, 849 l'ont reçue. Les autres n'ont jamais été inquiétés.

43 Le gouvernement n'a commencé à verser des réparations aux victimes qu'en décembre 2003, plus de cinq ans après que la CVR eut présenté ses conclusions. Un fonds de 660 millions de rands (100 millions de dollars) a été constitué pour verser un montant forfaitaire de 30 000 rands à 22 000 victimes – un montant très inférieur au fonds de 3 milliards de rands recommandé par la CVR.

44 Le lien entre deux termes aussi ambigus que «réparation» et «réconciliation» est problématique. Les positionnements différents des mères et des grands-mères de la place de Mai à Buenos Aires l'attestent: il y a celles qui veulent que «leur haine demeure intacte», y voyant une fidélité à leur enfant assassiné. D'autres sont plus enclines à accepter des réparations, par exemple, au nom d'autres choix éthiques ou par nécessité économique.

utilisé, notamment, pour réparer la politique de refoulement des juifs durant la Seconde Guerre mondiale. Cette consultation populaire révèle une vérité générale: les réparations ne se réduisent pas à une relation binaire entre celui qui les accorde et celui qui les reçoit mais, par leur puissance symbolique, elles impliquent et mobilisent des sociétés entières. En Israël, par exemple, la crispation engendrée dans une partie de l'opinion publique par l'annonce du gouvernement Ben Gourion d'un accord portant sur des réparations allemandes s'était traduite par des manifestations violentes. À tel point que les services de sécurité avaient mis en place une garde rapprochée du premier ministre, craignant pour la première fois qu'un attentat ne soit commis contre un Israélien.

En Indonésie, un projet gouvernemental visait à octroyer des réparations aux victimes à condition qu'elles accordent leur pardon aux coupables. Cette transaction, qui plaçait les victimes dans la position moralement choquante de voir leur conscience achetée, fut ultérieurement abandonnée. En Argentine, les réparations ont été accordées aux victimes en même temps que les lois dites du *Punto Final* (amnistie) étaient adoptées. Dans ces deux cas, la contrepartie aux réparations devait être l'élargissement des bourreaux.

En dernière analyse, l'acceptabilité des termes de cette transaction éthico-financière repose sur les choix de la société et des victimes. Selon leur interprétation, l'argent des réparations contribuera à crispier les relations ou, au contraire, participera à un processus de normalisation sociale.

Le processus d'écriture d'une narration commune

Les promoteurs de la justice transitionnelle mettent en évidence la nécessité d'écrire une narration commune qui transcende les récits identitaires fermés sur eux-mêmes. Dans cette perspective, l'ouverture des archives, la création de mémoriaux et de musées, le travail des historiens, la réécriture des manuels scolaires, le travail des artistes, etc., jouent un rôle considérable.

Dans son ouvrage, «Purifier et détruire», Jacques Sémelin introduit le concept de «rationalité délirante» pour rendre compte du processus de dé-liaison et de dé-civilisation entre les groupes humains, qui crée l'environnement propice à des massacres et à des actes génocidaires⁴⁵. À l'inverse, la logique de reconstruction sociale vise, à travers un ensemble de mécanismes, à re-ritualiser, ré-humaniser, re-civiliser le rapport à l'autre. Ce processus de remise à niveau des normes ne peut être que multidimensionnel (institutionnel, politique, symbolique, artistique) et s'inscrit dans la durée. Il reflète aussi une dimension culturelle. Au Mozambique, après la guerre civile qui se termina en 1992, pratiquement aucun mémorial ne fut construit, car les mécanismes traditionnels de réintégration sociale étaient basés sur des rituels et non sur la verbalisation.

Par définition, la mise en mémoire s'exerce dans la durée. Elle participe à la justice transitionnelle, mais en même temps reflète ce que les mécanismes

45 Jacques Sémelin, *Purifier et détruire: Usages politiques des massacres et génocides*, Seuil, 2005, p. 87.

de cette justice ont déjà accompli. En ce sens, elle est à la fois un indicateur en soi et un processus qui rend compte sur la durée de l'efficacité de tous les autres mécanismes de la justice transitionnelle. La reconstruction du pont de Mostar reliant les deux communautés, la détermination des veuves et des mères de Srebrenica à inhumer leurs proches près du lieu où ils avaient péri, ou encore la rédaction d'un manuel scolaire sur le conflit israélo-palestinien par des historiens israéliens et palestiniens, tout cela peut apaiser des blessures, sans jamais les faire disparaître. L'enjeu pour ces sociétés traversées par des conflits est d'élaborer une symbolique du lien, sans nier le passé, sachant que la mémoire – et c'est heureux – est un processus dynamique fait d'oubli, et que chaque génération réinterprète les événements antérieurs.

Conclusion

Depuis la fin de la guerre froide, les gouvernements occidentaux et les ONG ont investi à la fois financièrement, politiquement et symboliquement les mécanismes de justice transitionnelle – au point que ceux-ci sont progressivement devenus des vecteurs de la mondialisation, visant à stabiliser, à pacifier et à sécuriser des populations entières.

Ces mécanismes ont une capacité «re-civilisationnelle» à long terme, pour autant qu'ils ne deviennent pas une boîte à outils utilisée automatiquement, quelle que soit la spécificité du contexte. Trop souvent, à cause de la séduction qu'ils exercent sur l'opinion occidentale, des mécanismes de justice transitionnelle ont été introduits par la communauté internationale, parfois à grands frais, sans tenir compte des dynamiques internes des populations auxquelles ils étaient destinés. Dans certains cas, les bénéfices politiques à court terme des annonces médiatiques ont pris le pas sur la réalité des besoins locaux. Les mécanismes de la justice transitionnelle peuvent jouer un rôle crucial dans des sociétés qui ont été déchirées par des conflits sanglants, mais ils doivent contribuer efficacement à la volonté des acteurs locaux de prendre en main leur destin en élaborant des garde-fous politiques et institutionnels pour prévenir la répétition de crimes de masse.

Il est essentiel de mettre en place des processus d'évaluation pour mieux déterminer le rôle de la communauté internationale, comprendre les raisons des dysfonctionnements des mécanismes de la justice transitionnelle lorsqu'ils surviennent, et identifier les potentialités de la justice sociale en matière de transformation sociale et de démocratisation. D'où notre volonté ici de créer une grille de lecture à l'aide de catégories temporelles et d'indicateurs. Sans transparence, ni procédures de vérification, les mécanismes de justice transitionnelle peuvent s'avérer inefficaces et devenir l'alibi commode de l'inaction, voire être retournés contre le but même de la réconciliation sociale pour lesquels ils avaient été forgés.

Justice pénale internationale: vers un resserrement des règles du jeu

Luc Côté*

Luc Côté a été chef des poursuites auprès du Tribunal spécial pour la Sierra Leone de 2003 à 2005. Il a également été juriste hors classe auprès du bureau du procureur du Tribunal pénal international pour le Rwanda de 1995 à 1999 et conseiller juridique à la Section des crimes de guerre du ministère de la Justice du Canada de 2001 à 2006.

Résumé

Même si beaucoup de paroles et d'écrits ont été consacrés à la création des tribunaux pénaux internationaux et à la contribution qu'ils ont apportée au développement du droit international humanitaire, en soi, l'instance de poursuite internationale a donné lieu à très peu d'études. Dans le présent article, l'auteur passe rapidement en revue l'évolution récente des institutions de justice pénale internationale, en se concentrant en particulier sur les limites imposées récemment au pouvoir discrétionnaire des procureurs internationaux.

: : : : : :

Nous avons assisté, au cours de la dernière décennie, au développement fou-droyant du droit international pénal, tant sur le plan normatif qu'institutionnel. Depuis la création des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) en 1993 et pour le Rwanda (TPIR) en 1994, en passant par la surprenante adoption à Rome du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) en 1998, jusqu'à l'expérience, plus récente, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), créé en 2002, les institutions judiciaires internationales

* Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre «International criminal justice: tightening up the rules of the game», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, March 2006, pp. 133-144.

pénales sont venues changer à jamais le paysage de cette branche du droit. Le droit international humanitaire est brusquement sorti de l'état d'hibernation où il était plongé depuis Nuremberg et Tokyo. En l'espace de dix ans, les juges des différents tribunaux pénaux internationaux ont refaçonné le droit international humanitaire, lui ont insufflé une nouvelle vie en puisant, notamment, à la source du droit international coutumier. S'il est vrai que pendant de longues années le droit international humanitaire avait été enfermé dans l'ordre diplomatique, politique et militaire, limité voire « confisqué¹ » par les États, l'ouverture de ces nouveaux couloirs judiciaires internationaux en matière pénale, accessibles aux acteurs non étatiques, constitue une véritable révolution. Depuis dix ans, on assiste à une ré-appropriation du droit international humanitaire par de nouveaux acteurs qui, grâce aux nouvelles juridictions internationales, le soumettent systématiquement au contrôle judiciaire auquel il avait trop souvent échappé.

La mise sur pied, par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, des deux premiers tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* fut spectaculaire, expéditive et, oserons-nous dire, quelque peu improvisée. Elle échappa ainsi dans une certaine mesure au contrôle direct des États, du moins à l'origine. Depuis, les États ont repris les rênes, et on assiste à un remodelage de certains des éléments déterminants des différentes institutions judiciaires internationales, notamment en ce qui a trait aux pouvoirs des procureurs internationaux. Le présent article se propose d'examiner brièvement l'évolution récente des institutions judiciaires internationales pénales en s'intéressant aux limites imposées depuis peu aux nouvelles juridictions, limites qui touchent avant tout aux pouvoirs discrétionnaires des procureurs internationaux. Ce choix n'est pas fortuit. L'exercice discrétionnaire des pouvoirs du procureur est au cœur même de la justice pénale internationale : décisions d'enquêter ou non, de mettre ou non en accusation certains individus, de choisir de quels chefs d'accusation ils devront répondre, etc. En fait, une grande partie du succès ou de l'échec des tribunaux pénaux internationaux se mesure à l'exercice judiciaire ou non des pouvoirs discrétionnaires du procureur. Les choix du procureur quant à l'identité, au nombre et au statut des personnes accusées peuvent compromettre à la fois l'efficacité et la crédibilité des tribunaux pénaux internationaux. Cette « nouvelle justice pénale internationale » est censée, selon la formule bien connue de ses défenseurs, mettre fin à l'impunité et donner aux victimes de violations graves du droit international humanitaire l'accès à la justice. Toutefois, elle ne s'exerce pas en vase clos. Elle s'inscrit plutôt dans la recherche de « la paix, la sécurité et le bien-être du monde² », l'une des raisons d'être les plus essentielles des relations internationales. On comprend mieux

1 Olivier Russbach, « ONU contre ONU, Le droit international confisqué », Éditions de la Découverte, Paris, 1994.

2 «Reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde,...», paragraphe 3 du Préambule du Statut de la Cour pénale internationale.

dès lors pourquoi les États estiment qu'il est important de mieux l'encadrer, voire, au besoin, d'en limiter l'exercice ou les abus.

Les pouvoirs du procureur international: inquiétude pour les uns, garantie pour les autres

Si beaucoup de choses ont été dites et écrites sur la création des tribunaux pénaux internationaux et leur contribution au développement du droit international humanitaire, en revanche très peu d'études ont été consacrées à l'institution du procureur international en tant que tel. Pourtant, le procureur est incontestablement l'«organe» des tribunaux pénaux internationaux le plus connu du grand public, le visage même de ce nouveau système de justice pénale internationale. C'est lui qui frappe aux portes des différents États, des différentes organisations internationales pour demander aide et assistance. C'est sa voix qui interpelle le plus souvent l'opinion publique à travers les médias. C'est lui que doivent craindre les «criminels de guerre» les plus notoires. Son pouvoir sur les individus est considérable et fait de lui, en droit international pénal, un nouvel acteur important de la scène politique internationale.

Sur la scène judiciaire internationale, le procureur joue un rôle de premier plan. Il est de tous les débats. C'est lui qui met en marche l'appareil judiciaire international en déposant un acte d'accusation à la suite des enquêtes menées sous son autorité. Et sa décision de terminer les enquêtes, de dresser les actes d'accusation, aura l'effet le plus déterminant sur l'achèvement du mandat de toute l'institution. En ce qui a trait à la CPI, la décision du procureur de déposer ou non une mise en accusation dans une situation donnée, bien qu'elle puisse être l'objet d'un contrôle judiciaire, sera généralement l'élément déclencheur ou extincteur du processus de justice pénale internationale.

Même si la source de son pouvoir est juridique et consacrée par les statuts des tribunaux pénaux internationaux, le procureur joue le rôle le plus politique de la justice pénale internationale. En déterminant qui fera l'objet d'une mise en accusation, à quel moment les procédures seront enclenchées et quels crimes seront retenus, le procureur ne peut ignorer la dimension politique de ses décisions, qui s'inscrivent au cœur même des relations internationales et, dans certains cas, du règlement pacifique des conflits. La «nomination» pour le moins laborieuse du premier procureur du TPIY par le Conseil de sécurité, qui s'éternisa sur une période de plus de dix-huit mois, privant ainsi le tribunal de son organe moteur, témoigne de l'importance politique de cette fonction³. De la même façon, la question des pouvoirs du procureur se retrouva au cœur des négociations de Rome de l'été 1998, qui ont mené à

3 Voir Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance – The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 217. Voir également Cherif Bassiouni, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, Transnational Publishers, 1996, pp. 210-213.

la création de la CPI⁴. Ce qui inquiétait certains, notamment plusieurs des États parties aux négociations de la CPI, c'était le pouvoir discrétionnaire du procureur d'entamer des enquêtes et d'engager des poursuites de son propre chef – *proprio motu* – sans contrôle des États ou des juges. Ils se méfiaient d'un procureur puissant et incontrôlable, doté d'un «*overreaching power*⁵», car ils y voyaient un danger imminent, menaçant à la fois le fragile équilibre des relations internationales et les négociations de paix, déjà suffisamment difficiles. En bref, les États craignaient l'arrivée de ce nouvel acteur «indépendant» sur qui ils ne pourraient pas exercer les pressions traditionnelles. À l'extrême opposé, ce pouvoir discrétionnaire, qui suscitait la méfiance des uns, constituait précisément pour d'autres l'élément essentiel de l'indépendance du procureur international. Selon les termes d'Amnesty International, «*the most important way to ensure that the prosecutor will be independent is to provide that the prosecutor has the power on his or her own initiative to initiate investigations and seek the approval of the appropriate judicial chamber of the court to begin a prosecution, without interference by any political body*⁶». Voilà qui illustre bien la relation entre l'indépendance du procureur et le pouvoir discrétionnaire dont il doit jouir pour en assurer l'exercice; les deux faces d'une même médaille.

Le pouvoir discrétionnaire dont il est question ici est bien connu dans les systèmes accusatoires de *common law*: il est régi par le «principe de l'opportunité des poursuites», qui laisse au procureur le choix ultime de déposer ou non une mise en accusation. Si ce principe ne pose pas trop de difficultés dans les systèmes judiciaires internes où il est surtout utilisé pour les crimes les moins graves, il soulève bien plus de problèmes sur la scène internationale. Comme le soulignait Louise Arbour, «*domestic prosecution is never really seriously called upon to be selective in the prosecution of serious crimes. In the ICTR, prosecutor has to be highly selective before committing resources to investigate and prosecute*⁷». C'est donc la transposition de ce pouvoir discrétionnaire de sélection sur la scène internationale qui pose problème et suscite des inquiétudes. L'expérience des dix dernières années a démontré que, tant dans le contexte du génocide commis au Rwanda, que dans celui des violations du droit international humanitaire

4 «The ability of the ICC Prosecutor to initiate investigations *proprio motu* was the most controversial aspect of the Court's trigger mechanism and was one of the main political/legal issues that had to be resolved before the Statute could be assured of adoption. Both opponents and proponents of the Prosecutor's *proprio motu* powers – and the chasm was very wide – agreed that their inclusion or absence of would fundamentally affect the Court's structure and functioning», M. Bergsmo et J. Pejic, dans Otto Triffterer (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 360.

5 «Let me state unequivocally at the outset that there is more to fear from an impotent than from an overreaching Prosecutor. It is trite to recognize that an institution should not be constructed on the assumption that it will be run by incompetent people, acting in bad faith for improper purposes», déclaration du procureur Louise Arbour au Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale; 8 décembre 1997, dans ICTY Yearbook, 1997, p. 229.

6 Amnesty International, *The international criminal court: Making the right choices* – Part II, p. 9, IOR 40/01/97.

7 L. Arbour, «Progress and challenges in international criminal justice», *Fordham International Law Journal*, Vol. 21, No. 2, 1997, p. 531.

perpétrées en ex-Yougoslavie et en Sierra Leone, les suspects potentiels – les personnes qui, à un degré ou un autre, sont pénalement «responsables» des atrocités commises – se comptent par milliers. Comme le disait le premier procureur du TPIY et du TPIR, le juge sud-africain Richard Goldstone, nous sommes en présence ici «des enquêtes criminelles les plus importantes jamais engagées dans l'Histoire: le nombre de suspects potentiels est considérable, les témoins se comptent par dizaines de milliers et les victimes par millions⁸». De façon pragmatique, on comprendra aisément qu'en pareil cas la règle qui s'est imposée en droit pénal international soit celle de l'opportunité des poursuites⁹. Comme l'a reconnu la Chambre d'appel du TPIY, compte tenu des ressources limitées dont dispose chacun des tribunaux pénaux internationaux, le procureur disposera nécessairement d'un large pouvoir d'appréciation sur le choix des enquêtes à mener et des personnes à accuser¹⁰.

Si le nombre de crimes commis dans le cadre de conflits internes ou internationaux et celui des personnes soupçonnées de les avoir perpétrés constituent une réalité qui exige une certaine sélection, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sur la scène internationale doit être suffisamment délimité pour éviter toute apparence d'injustice et d'impartialité. En général, le mandat d'une juridiction pénale internationale consistera à examiner des conflits de nature politique ou ethnique dans des régions où règne une profonde méfiance entre différents groupes de population, souvent eux-mêmes impliqués dans les crimes commis contre les civils. Dans ce contexte, le procureur doit exercer son pouvoir discrétionnaire de la manière la plus transparente possible afin d'établir rapidement la crédibilité et l'indépendance non seulement du bureau du procureur comme tel, mais aussi de l'institution judiciaire internationale dans son ensemble.

L'évolution des mandats des tribunaux: comment, sans nuire aux «intérêts de la justice», en est-on passé des «personnes présumées responsables» à celles qui «portent la plus lourde responsabilité»

Les tribunaux *ad hoc* (Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda): «les personnes présumées responsables»

En créant les deux premières institutions judiciaires internationales pénales depuis Nuremberg et Tokyo, le Conseil de sécurité des Nations Unies a fait œuvre

8 Voir «Le Tribunal des tragédies», *Politique Internationale*, Paris, N° 67, printemps 1995, p. 291, propos recueillis par Florence Hartmann.

9 Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (STPIY), article 18(1), et Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (STPIR), article 17(1), *in fine*: «[Le procureur] évalue les renseignements reçus ou obtenus et se prononce sur l'opportunité ou non d'engager les poursuites.»

10 Voir *Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo*, Chambre d'appel, TPIY, 20 février 2001, par. 602: «In the present context, indeed in many criminal justice systems, the entity responsible for prosecutions has finite financial and human resources and cannot realistically be expected to prosecute every offender which may fall within the strict terms of its jurisdiction. It must of necessity make decisions as to the nature of the crimes and the offenders to be prosecuted. It is beyond question that the Prosecutor has a broad discretion in relation to the initiation of investigations and in the preparation of indictments.»

de pionnier. La compétence de ces deux institutions *ad hoc* a été soigneusement limitée, dans le cas du TPIY, au conflit qui perdurait en ex-Yougoslavie depuis 1991 et, dans celui du TPIR, à tout ce qui entourait le génocide commis au Rwanda en 1994. En choisissant d'intervenir dans des situations de conflit bien spécifiques, «le Conseil de sécurité s'accorde indirectement un pouvoir de procureur – qui décidera seul de l'opportunité de créer ou non des tribunaux spéciaux. [Les TPI sont donc] entachés de ce péché originel¹¹», qui en a fait les instruments d'une justice pénale internationale sélective. S'ils ne sont pas directement les instruments des vainqueurs – comme le furent Nuremberg et Tokyo –, les tribunaux *ad hoc* n'en sont pas moins considérés comme les outils des puissants qui les utilisent pour masquer leur indifférence (Rwanda)¹² ou leur manque d'engagement (ex-Yougoslavie)¹³ et pour se donner bonne conscience¹⁴. Sous cet angle, on comprend mieux les problèmes de crédibilité qui ont entaché le mandat des premiers titulaires de la fonction de procureur. Pour restaurer la crédibilité défaillante de ces institutions judiciaires internationales naissantes, ceux-ci devaient en effet démontrer rapidement qu'il était possible de rendre justice sur la scène internationale de manière efficace et en toute indépendance. C'est peut-être ce qui explique qu'à l'origine le choix des personnes accusées semblait répondre tout autant à des considérations de survie et de crédibilité de l'institution qu'à une stratégie de poursuites clairement établie¹⁵.

Qui plus est, contrairement au Statut de Nuremberg qui prévoyait l'inculpation des «grands criminels de guerre» uniquement, les Statuts des tribunaux *ad hoc* donnent mandat au procureur d'enquêter et de poursuivre les «personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire¹⁶» sans autres limitations. Or, en droit pénal, le seul terme «responsable»

11 Voir P. Hazan, *La justice face à la guerre*, Paris, Stock, 2000, p. 69.

12 «The events in Rwanda and Burundi also confirm this pattern of indifference: only minimal efforts were made by the international community to protect the target of genocide or to punish the main perpetrators. No strategic interests were at stake», Richard Falk, *Human Rights Horizons – The Pursuit of Justice in a Globalizing World*, New York, Routledge, 2000, p. 180.

13 «Les gouvernements voulaient cacher leur impuissance politique derrière l'existence d'un tribunal.», juge Cassese, et «Le TPI a été créé comme une catharsis, comme un exécutoire moral par un Conseil de sécurité qui se refusait à intervenir à fond politiquement et militairement dans l'ex-Yougoslavie», autre juge du TPIY, cité par Hazan, *op. cit.*, (note 11), p. 89.

14 «En réalité, l'objectif est moins de «dissuader» et de «réconcilier» ...que de reconforter l'opinion publique occidentale, par le jugement de quelques criminels», Hazan, *op. cit.*, (note 11), p. 77.

15 Voir *Tadić*. «In the fall of 1994, mindful of the importance of our being able to present evidence as soon as possible in a public trial, we asked the Tribunal judges to request that German prosecution defer to our investigation.», M. Schrag, «The Yugoslav Crimes Tribunal: a Prosecutor's View», *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 6, 1995, p.192. Dans le cas de Jean Paul Akayezu, «he was arrested by the Zambian authorities following a Security Council Resolution (S/RES/978, 27 février 1995) requesting States «to arrest and detain persons ... against whom there is sufficient evidence of responsibility for acts of violence within the jurisdiction of the ICTR ». The Prosecutor was taken by surprise when he received a request for assistance by Zambia in late 1995 while his office was still not fully operational. He nevertheless decided to follow up on the Zambian demand and request the deferral of Akayezu and others much more to encourage other African States to collaborate with the ICTR than for the relative importance of the suspects in the Rwandan genocide. Two other persons arrested by the Zambian authorities were not requested by the prosecutor and were released without charges», L. Côté, «Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, 3 (2005), pp. 162-186.

16 STPIR, article 15, et STPIY, article 16.

laisse la porte grande ouverte à des milliers de cas individuels. Sans plus d'indications ou de limites dans les Statuts, les procureurs du TPIY et du TPIR ont mis en accusation plus de deux cent personnes¹⁷. Très rapidement, les procédures se sont multipliées et l'ensemble du système s'est engorgé, entraînant des retards importants qui ont soulevé des critiques de toutes parts. Le coût déjà élevé des deux institutions est monté en flèche, sans que l'on puisse entrevoir le moindre signe de fléchissement. En dix ans à peine, le budget combiné des deux tribunaux *ad hoc* allait représenter plus de 10 % du budget régulier total de l'Organisation des Nations Unies¹⁸.

C'est le président du TPIY, Claude Jorda, qui le premier tira la sonnette d'alarme, soulignant publiquement en 2000 que la justice avait un coût et qu'il lui paraissait essentiel de fixer la durée du mandat du tribunal en collaboration avec le procureur «*who initiates prosecution*¹⁹». Il aurait été plus rassurant que pareille initiative vienne du Conseil de sécurité, créateur de l'institution, ou du procureur qui, en tant que moteur de tous les actes judiciaires du tribunal, détermine seul la stratégie d'enquête et de poursuite. Il n'en fut rien, ce qui reflète en soi un certain malaise²⁰. Si le procureur a adhéré à cette proposition qui allait au fil des mois devenir une véritable stratégie d'achèvement des travaux (*completion strategy*), c'est seulement du bout des lèvres, insistant plutôt sur les dangers d'une justice au rabais et le problème de la non-coopération des États. À plusieurs égards, le procureur et les juges n'avaient pas la même vision d'une stratégie d'achèvement²¹. Finalement, le Conseil de sécurité intervint à deux reprises. Il demanda d'abord au procureur et aux juges de se concentrer sur la poursuite et le jugement «*des principaux dirigeants portant la plus lourde responsabilité*» (résolution 1503 du 23 août 2003 du Conseil de sécurité)²². Ce faisant, il proposait une interprétation restrictive de la notion, plus ouverte, de personne «responsable», sans aller toutefois jusqu'à amender le Statut. Déjà,

17 Au début de l'année 2006, plus de 150 personnes avaient été mises en accusation devant le TPIY et plus de 70 devant le TPIR.

18 «From modest beginnings in 1993 and 1994, the ICTY and ICTR have grown into enormous and extremely costly bureaucratic machines ... The total number of post exceeds 2,200 and the combined budgets exceed \$250 millions per annum and are rising, representing more than 10 per cent of the total annual regular UN budget. Zacklin, «The Failings of *Ad Hoc* International Tribunals», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2 (2004), p. 543.

19 D. Raab, «Evaluating the ICTY and its Completion Strategy», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3 (2005), p. 84.

20 Il est intéressant de noter que la première résolution du Conseil de sécurité traitant de la durée des mandats des tribunaux *ad hoc* est datée du 30 novembre 2000, et fait suite au rapport du président Jorda. D'ailleurs, elle souligne les efforts des juges du Tribunal en ces termes: «Reconnaissant des efforts déployés par les juges du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, [...], pour que les organes compétents des Nations Unies commencent à se faire une idée relativement exacte de la durée du mandat du Tribunal», UN doc. S/RES/1329/2000, 30 novembre 2000.

21 Dans son rapport au Conseil de sécurité le 10 octobre 2003, le président Meron du TPIY «noted the Prosecutor's intention to indict approximately 30 additional individuals and, acknowledging the Prosecutor's prerogative in this regard, stated that these cases could not be completed within the existing Completion Strategy time frame. He concluded that «the matter is clearly one between the Council and the Prosecutor». Raab, précité note 19, p. 87

22 UN doc. S/RES/1503 /2003, 28 août 2003.

comme nous le verrons, l'ONU avait adopté une formulation similaire dans le cas du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, où le pouvoir de sélection du procureur avait été limité aux « personnes qui portent la responsabilité la plus lourde²³».

Par la suite, devant le peu d'enthousiasme patent du procureur du TPIY, qui avait annoncé son intention de prononcer 30 nouvelles mises en accusation²⁴, le Conseil de sécurité adopta la résolution 1534 (26 mars 2004)²⁵, s'adressant directement aux juges en ces termes :

5. Demande à chaque Tribunal de veiller à ce que les nouveaux actes d'accusation qu'il examinera et confirmera visent les plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de leur compétence, comme indiqué dans la résolution 1503 (2003).

Les juges du TPIY réagirent aussitôt en introduisant un mécanisme limitant le pouvoir discrétionnaire du procureur de sélectionner les suspects à mettre en accusation. Cet amendement à l'article 28 du Règlement de procédure et de preuve charge les juges de déterminer si «l'acte d'accusation vise bien un ou plusieurs des hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de la compétence du Tribunal», faute de quoi celui-ci sera renvoyé au procureur sans être soumis à la procédure de confirmation. On reconnaît ici le langage habituel des résolutions du Conseil de sécurité, qui limitent les mises en accusation aux «plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde». L'amendement a suscité de vives objections de la part du procureur, qui a considéré qu'il était *ultra vires*²⁶. Bien que l'objectif de cet amendement soit louable et conforme au désir du Conseil de sécurité, il n'en soulève pas moins de sérieuses questions de compétence²⁷. Les juges pouvaient-ils introduire un nouveau critère de sélection des accusés non prévu par Statut? Pareil amendement ne porte-t-il pas atteinte à l'indépendance du procureur? Après tout, celui-ci voit ainsi son pouvoir discrétionnaire limité par l'action des juges qui tirent leur compétence d'une règle qu'ils ont eux-mêmes adoptée. Une chose est certaine : la démarche des juges du TPIY illustre une fois de plus leurs divergences de vues avec le procureur sur la question de la stratégie d'achèvement.

Au TPIR, le nouveau procureur s'empessa d'adopter publiquement un plan d'achèvement où il s'engageait à se concentrer sur les «chefs de files [...] et les premiers responsables du génocide» dans l'esprit de la résolution 1534. Faisant preuve d'une transparence plutôt inédite en matière de pouvoirs

23 Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, article 1 (2000), disponible sur le site Internet du TSSL, à l'adresse : <<http://www.sc-sl.org/>> (dernière visite le 20 février 2006).

24 Raab, précité note 19, p. 87.

25 UN doc. S/RES/1534/2004, 26 mars 2004.

26 See L. D. Johnson, «Closing an International Criminal Tribunal while maintaining International Human Rights Standards and Excluding Impunity», *American Journal of International Law*, Vol. 99 (2005), p. 158.

27 D. A. Mundis, «The Judicial Effect of the Completion Strategies on the *Ad Hoc* International Criminal Tribunals», *American Journal of International Law*, Vol. 99 (2005), p. 142.

discrétionnaires, le procureur du TPIR énuméra dans ce document les différents critères qu'il entendait utiliser pour déterminer qui sont «les plus hauts dirigeants» avant de se livrer à une ré-évaluation des dossiers existants et de sélectionner les accusés qui seraient traduits devant le TPIR ²⁸.

Cette évolution du mandat des TPIY et TPIR venait rappeler à tous le caractère *ad hoc* de ces institutions. Les procureurs de ces institutions, conçues à l'origine comme des instruments éphémères, devaient en tenir compte dans l'établissement de leurs stratégies, faute de quoi ils seraient rappelés à l'ordre par les juges d'abord, et le Conseil de sécurité ensuite. Les négociations visant la mise sur pied du Tribunal spécial pour la Sierra Leone allaient fortement s'inspirer de l'expérience des tribunaux *ad hoc* pour mieux encadrer et limiter l'exercice du pouvoir de sélection du procureur.

Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone: «les personnes qui portent la responsabilité la plus lourde»

Au moment même où surgissaient les questions relatives au coût et à la durée des mandats des tribunaux *ad hoc*, le Conseil de sécurité reçut une lettre du président de la Sierra Leone demandant assistance en vue de la mise sur pied d'un Tribunal spécial pour juger les crimes commis pendant le conflit armé qui avait ravagé son pays. Tirant les leçons du passé, le secrétaire général de l'ONU proposa la création d'une institution judiciaire au mandat très limité, d'une durée de trois ans, avec un budget total de moins de 60 millions de dollars des États-Unis²⁹. Il proposa également de limiter la compétence du Tribunal aux «principaux responsables», précisant que cette formule devait «guider» le procureur dans l'adoption de sa stratégie de poursuite³⁰. Finalement, le Conseil de sécurité adopta la formule «personnes qui portent la plus lourde responsabilité» dans le but déclaré de limiter «ainsi le mandat du Tribunal spécial à ceux qui ont joué un rôle dirigeant³¹». On assistait ici à un réajustement, un contrôle accru du pouvoir discrétionnaire du procureur afin d'en limiter l'exercice et de veiller à ce que le mandat de l'institution judiciaire se termine dans un délai raisonnable.

Cette nouvelle formulation n'était toutefois pas sans danger. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire dans l'affaire *Fofana*, les juges rejetèrent la motion du procureur, qui citait le rapport du secrétaire général, statuant que les

28 Voir l'annexe à UN doc. S/2004/341, 30 avril 2004, Stratégie d'achèvement du mandat du Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 14. Voir aussi H. B. Jallow, «Prosecutorial Discretion and International Justice», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3 (2005), pp. 145-161.

29 «Le 14 juin 2001, le Secrétariat a présenté au groupe des États intéressés des estimations budgétaires révisées dont le montant atteignait environ 57 millions de dollars pour les trois premières années de fonctionnement du Tribunal [...]», Voir lettre datée du 12 juillet 2001 adressée au président du Conseil de sécurité par le secrétaire général, S/2001/693.

30 Rapport du secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915 (4 octobre 2000), par. 30. Voir également note 44.

31 Lettre datée du 22 décembre 2000 adressée au secrétaire général par le président du Conseil de sécurité, S/2000/1234, par. 1.

termes «personnes qui portent la plus lourde responsabilité» n'étaient qu'une directive visant à orienter la stratégie de poursuite³². Le Tribunal y a vu au contraire l'expression d'un élément essentiel de la compétence personnelle de l'institution judiciaire soumise au contrôle judiciaire: «[*The issue of personal jurisdiction is a*] *jurisdictional requirement, and while it does of course guide the prosecutorial strategy, it does not exclusively articulate prosecutorial discretion, as the Prosecution has submitted*³³». En inscrivant explicitement les mots «portent la plus lourde responsabilité» dans l'article premier du Statut qui jette les bases de la compétence du Tribunal³⁴, il était à parier que ce libellé serait considéré comme un élément essentiel de la compétence personnelle, bien qu'il soit difficile d'en déterminer le contenu de façon précise. Cela ne revient-il pas à confier aux juges un rôle plus politique, qui sied généralement beaucoup mieux au procureur, à savoir déterminer qui sont les personnes qui portent la plus lourde responsabilité des crimes commis? Le Conseil de sécurité, en intervenant dans la stratégie d'achèvement des deux tribunaux *ad hoc*, s'est après tout gardé d'amender les Statuts constitutifs, préférant plutôt donner des directives qui relèvent avant tout et surtout du domaine politique.

La Cour pénale internationale et «l'intérêt de la justice»

La création d'une Cour pénale internationale à vocation permanente et universelle allait soulever des difficultés politiques tout autres que celles qui avaient marqué la naissance des institutions qui l'avaient précédée (lesquelles étaient limitées à des situations de conflit spécifiques). Il n'est donc guère surprenant que la question des pouvoirs du procureur de la CPI fut celle qui fit l'objet des plus âpres débats à Rome, soulevant craintes et espoirs. Les États les plus réfractaires à un procureur trop «indépendant» et puissant ont fini par céder, mais uniquement après s'être assurés qu'ils pourraient contrôler et limiter ses pouvoirs discrétionnaires, notamment en soumettant la toute première étape du processus – l'ouverture d'une enquête – à l'examen judiciaire d'une Chambre préliminaire³⁵. Malgré tout, force est d'admettre que le principe de l'opportunité des poursuites demeure, les juges ne devant s'assurer que de l'existence d'éléments de preuves constituant une «base raisonnable pour ouvrir une enquête³⁶».

32 *Decision on the Preliminary Defence Motion on the Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of Accused Fofana*, SCSL Trial Chamber, 3 mars 2004, SCSL-2004-14-PT. Voir note 44 *infra*.

33 *Idem*, par. 27.

34 Le premier paragraphe de l'article premier du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone se lit comme suit: «Le Tribunal spécial, sous réserve des dispositions du paragraphe 2, est habilité à juger les personnes qui portent la plus lourde responsabilité des violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996, y compris les dirigeants qui, en commettant ce type de crimes, ont menacé l'instauration et la mise en œuvre du processus de paix en Sierra Leone».

35 Statut de la CPI, article 15.

36 «Like in paragraph 3, the «reasonable basis» standard in paragraph 4 is purely evidentiary and not one of appropriateness», Bergsmo et Pejic, dans Otto Triffterer, *supra* note 4, pp. 360-370.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le procureur doit examiner, selon les dispositions de l'article 53 du Statut de la CPI, «s'il y a des raisons sérieuses de penser [...] qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice³⁷». De même, après enquête, le procureur peut décider de ne pas engager de poursuites parce que cela «ne servirait pas les intérêts de la justice³⁸». La notion d'«intérêt de la justice», bien connue en droit interne, fait ici une entrée remarquable dans le droit international pénal positif. Dans le contexte de la justice pénale internationale, qui est au cœur même des relations internationales, des conflits et des guerres, l'obligation de prendre en considération les intérêts de la justice confère au procureur une véritable responsabilité politique à laquelle il ne pourra pas échapper³⁹. Bien que l'article 53 énumère certains critères pour déterminer s'il y va de l'intérêt de la justice d'enquêter ou de poursuivre ou pas (à savoir, «la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou la déficience de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué»), la liste n'est pas exhaustive et ne peut soustraire le procureur, dans certains cas, au devoir «d'arbitrer entre l'impératif de justice et l'impératif de paix⁴⁰». Par contre, la manière dont le procureur aura pris en considération les intérêts de la justice pour décider de ne pas enquêter ou poursuivre sera soumise au contrôle judiciaire⁴¹, qui se verra ainsi plonger au cœur de la politique internationale. Cette solution, toute problématique qu'elle soit, a été considérée par les États comme préférable au seul exercice discrétionnaire du pouvoir de sélection du procureur.

Conclusion

Les dix dernières années ont vu s'écrire un tout nouveau chapitre du droit international pénal avec l'entrée en scène de nouvelles institutions judiciaires. Les premières expériences du Conseil de sécurité avec le TPIY et le TPIR, suivies de l'adoption du Traité de Rome créant la CPI et de l'arrivée de nouvelles institutions «hybrides», ont rapidement engendré un malaise parmi les États, connu sous le vocable anglais de «*tribunal fatigue*». Présenté à l'origine comme un malaise financier chez les principaux pays donateurs⁴², il peut être aussi interprété comme une tentative de freiner le zèle qui s'était emparé des premières institutions, notamment de leurs procureurs. C'est du moins ce qui

37 Statut de la CPI, article 53 (1) (c).

38 Ibid. article 53 (2) (c).

39 «...the term 'in the interests of justice' also requires the Prosecutor to take account of the broader interests of the international community, including the potential political ramifications of an investigation on the political environment of the state over which he is exercising jurisdiction», M. R. Brubacher, «Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2 (2004), p. 81.

40 «En effet déterminer si une enquête sert ou non les intérêts de la justice, compte tenu des intérêts des victimes et/ou de la gravité du crime, pourra le conduire à faire un choix entre la nécessité d'ouvrir une enquête et celle de ne pas compromettre des négociations sur le point d'aboutir à la signature d'un accord de paix», William Bourdon, *La Cour pénale internationale*, Paris, Seuil, 2000, p. 165.

41 Statut de la CPI, article 53, par. 3.

42 Voir Zacklin, précité note 17.

ressort de la saga des stratégies d'achèvement des deux tribunaux *ad hoc*, fortement «encouragées» par deux résolutions du Conseil de sécurité. Si ces stratégies d'achèvement concernent l'ensemble des institutions judiciaires, c'est à leurs procureurs qu'elles s'adressent avant tout, imposant une limite certaine à l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Le caractère *ad hoc* des premiers tribunaux aurait dû inciter les procureurs à adopter pareilles stratégies bien avant que le Conseil de sécurité juge opportun d'intervenir. Qui plus est, il semble souhaitable que les procureurs adoptent une stratégie transparente d'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires afin d'éviter toute apparence de partialité, particulièrement en droit international pénal, qui traite de crimes commis par des groupes organisés dans le contexte de conflits politiques ou ethniques⁴³.

Le Conseil de sécurité peut, en toute légitimité, encadrer et limiter les pouvoirs des procureurs des institutions judiciaires qu'il a mises sur pied, soit par des résolutions (TPIY/TPIR) soit par des accords bilatéraux (Tribunal spécial pour la Sierra Leone)⁴⁴. S'il l'a fait avec un certain succès dans les résolutions approuvant les stratégies d'achèvement, en revanche l'approche adoptée dans le cas du TSSL a entraîné une conclusion plutôt inattendue. En limitant directement les compétences du Tribunal dans les termes mêmes du Statut qui les définissent, il a ouvert la porte au contrôle judiciaire d'une question nettement plus politique : qui sont «les plus hauts dirigeants qui portent la responsabilité la plus lourde»? Certains auraient souhaité que ce type de question reste la prérogative du procureur, bien enfoui dans son pouvoir discrétionnaire⁴⁵.

Faute d'un contrôle plus direct du Conseil de sécurité sur le procureur, à l'image de celui qui était exercé dans le cas des tribunaux *ad hoc* et que certains souhaitaient, les États parties au Traité de Rome ont préféré confier aux juges un plus grand contrôle de l'exercice discrétionnaire des pouvoirs du procureur, et ce dès la phase initiale de l'ouverture d'une enquête. Pour sa part, le Conseil de sécurité se voyait octroyer un droit de sursis à l'égard des décisions

43 « Guidelines reduce the scope for arbitrariness...They provide a transparent standard by which prosecutors' decisions can be evaluated...They ultimately protect prosecutors, particularly those of the international tribunals, of accusations of initiating politically motivated prosecutions », D. D. N. Nsereko, «Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunals», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3 (2005), 124, p. 143. Voir également A. Marston Danner, «Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 510.

44 «The Security Council, in the exercise of its responsibility under the UN Charter for the maintenance of international peace and security, as well as being the creator of the Tribunals, can legitimately prescribe general prosecutorial policy for the Tribunals. The Prosecutor is duty bound to implement such policy but exercises independent judgment in such implementation through the cases», H. B. Jallow, «Prosecutorial Discretion and International Justice», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3 (2005), 145, p. 151.

45 Contrairement aux juges du Tribunal spécial, le secrétaire général de l'ONU affirmait dans son rapport que la qualification de «principaux responsables» ne doit pas être considérée comme un critère de vérification ou un seuil bien défini à partir duquel la compétence peut s'exercer, mais comme un point de repère pour le Procureur en vue de l'adoption d'une stratégie en matière de poursuites». Rapport du secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 4 octobre 2000, S/2000/915, par. 30.

du procureur de la CPI au nom de l'obligation «de maintenir ou de rétablir la paix⁴⁶». C'est toutefois l'arrivée sur la scène du droit international pénal de la notion d'intérêt de la justice qui nous paraît ici la plus déterminante. Cette notion, qui deviendra rapidement l'élément essentiel de la stratégie de poursuite du procureur, fera obligatoirement l'objet d'un contrôle judiciaire qui en définira rapidement sinon le contenu, du moins les limites. Si pareil contrôle judiciaire de la décision la plus «politique» du procureur devrait en renforcer la légitimité, il n'en reste pas moins un exercice juridique périlleux, qui, dépourvu de réserve, pourrait facilement menacer l'intégrité de la Cour pénale internationale dans son ensemble.

46 Voir Statut de la CPI, article 16.

Un aperçu des juridictions pénales internationales en Afrique

Jamie A. Williamson*

Jamie A. Williamson est conseiller juridique régional du CICR. Il a travaillé comme juriste auprès de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda à la Haye.

Résumé

Le continent africain a été le théâtre de nombreux conflits de notre temps avec leurs violations du droit international humanitaire, mais les activités du Tribunal pénal international pour le Rwanda, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et de la Cour pénale internationale ont témoigné de l'intention des États africains de faire répondre de leurs actes les auteurs des crimes internationaux les plus graves. À la fin 2005, le Tribunal pénal international pour le Rwanda célébrait son onzième anniversaire, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone achevait sa quatrième année d'existence, et la Cour pénale internationale existait depuis plus de trois ans et demi. Il ressort de l'examen des activités de ces instances que l'administration de la justice par les juridictions internationales est un processus à la fois complexe et souvent fort long.

.....

Le continent africain a été le théâtre de nombreux conflits de notre temps avec leurs violations du droit international humanitaire (DIH), tels les actes de génocide et les crimes contre l'humanité, mais la création en 1994 du Tribunal pénal international pour le Rwanda a délivré comme message que le continent n'auto-riserait plus la culture de l'impunité là où ont été commis des crimes qui choquent la conscience de l'humanité. Cet engagement à poursuivre les responsables

* Original anglais, «An overview of the international criminal jurisdictions operating in Africa», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 861, March 2006, pp. 111-131.

Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR.

de ces crimes a été souligné avec la création, à la demande du gouvernement de la Sierra Leone, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), une «juridiction mixte» qui associait les composantes ou caractéristiques internationales et nationales, en vue de la création d'un système hybride de justice. Enfin, les efforts renouvelés de lutte contre l'impunité des auteurs de crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et des actes de génocide ont culminé avec la création d'une juridiction pénale internationale permanente. En 1998, avec l'adoption du Statut de Rome, est née la Cour pénale internationale, une juridiction permanente qui a ouvert ses portes le 1^{er} juillet 2002.

À ce jour, la CPI a examiné des crimes commis au Soudan, en République démocratique du Congo (RDC), en Ouganda et en République centrafricaine. Il y a lieu de relever que la CPI a été saisie de ces trois dernières situations par les gouvernements respectifs de chaque pays. La plupart des développements qui interviennent dans la justice internationale par le biais des travaux de ces trois institutions, dont deux sont basées sur le continent et émanent de l'Afrique, ont prouvé l'intention des États africains de faire répondre de leurs actes les auteurs des crimes internationaux les plus graves.

Le présent article vise à donner un aperçu de certains travaux du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) et des débuts de la Cour pénale internationale (CPI), ainsi qu'à procéder à l'examen des efforts accomplis à cet égard et à mettre en lumière quelques-unes des possibles leçons qui en ont été tirées. L'article rappelle tout d'abord les principales différences et similitudes entre le TPIR, le TSSL et la CPI sous l'angle de leur création et de leurs mandats respectifs, puis examine les premiers défis juridiques qu'ils ont dû relever quant à leur compétence et les problèmes logistiques de leur mise en place et de leur fonctionnement, pour conclure sur la manière dont ces institutions prévoient d'achever leurs travaux¹.

Trois modèles de justice pénale internationale

Un organe subsidiaire des Nations Unies

Les crimes graves commis en Afrique, qui ont appelé l'attention mondiale et ont conduit à la création du TPIR, se sont produits au Rwanda en 1994. Le

1 Même si le présent article n'examine pas ce point, il y a lieu de mentionner l'existence de la Commission d'indemnisation Érythrée-Éthiopie, qui a été créée et mène ses travaux en application de l'Accord de paix signé à Alger le 12 décembre 2000 entre les Gouvernements de l'État d'Érythrée et de la République fédérale démocratique d'Éthiopie. Contrairement au TSSL, à la CPI et au TPIY, la Commission n'est pas concernée par la responsabilité pénale pour des violations du droit international humanitaire. En revanche, elle a pour mandat, en vertu de l'article 5 de l'Accord, de «prendre des décisions arbitrales ayant force obligatoire dans les litiges portant sur des demandes d'indemnisation pour pertes de biens, dommages ou préjudices corporels opposant les deux Gouvernements, ou les nationaux ... d'une partie au Gouvernement de l'autre partie ou à des entités appartenant à cette dernière ou contrôlées par elle et qui ... résultent de violations du droit international humanitaire, y compris des Conventions de Genève de 1949, ou d'autres violations du droit international». Pour les réclamations ayant abouti, des indemnités sont accordées à titre de réparation matérielle et financière et de restitution.

premier rapport officiel des Nations Unies à conclure que le génocide a eu lieu au Rwanda a été présenté le 28 juin 1994 par le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Ce rapport a non seulement constaté qu'un génocide bien planifié et systématique a été commis au Rwanda, mais il a aussi recommandé que les auteurs soient traduits en justice devant un tribunal international². À peine une semaine plus tard, le 1^{er} juillet 1994, le Conseil de sécurité des Nations Unies s'est à nouveau déclaré gravement préoccupé par les violations systématiques, généralisées et flagrantes du droit international humanitaire, y compris les actes de génocide, commis au Rwanda³. Notant que les auteurs de tels actes devraient en porter individuellement la responsabilité, le Conseil de sécurité a chargé le Secrétaire général d'établir de toute urgence une commission impartiale d'experts pour examiner les atrocités commises au Rwanda⁴. Cette Commission a estimé que, vu la gravité des infractions commises, un tribunal pénal international devrait être mis en place pour traduire en justice les auteurs de ces atrocités. De plus, il a été considéré que tout futur rôle dissuasif serait au mieux garanti par le développement d'un organe cohérent de droit pénal international, de préférence par des juridictions internationales plutôt que par des juridictions internes⁵. En parallèle, le 28 septembre 1994, le nouveau Gouvernement du Rwanda a sollicité l'assistance internationale pour enquêter sur les personnes présumées responsables du génocide, les traduire en justice et les punir⁶.

2 Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda soumis par M. René Degni-Ségui, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en application du paragraphe 20 de la résolution S-3/1, en date du 25 mai 1994, Document des Nations Unies E/CN.4/1995/7 du 28 juin 1994. Le Rapporteur spécial a été catégorique sur le fait que les massacres de Tutsis constituaient un génocide. Il a expliqué que l'intention de détruire le groupe des Tutsis ressortait clairement des messages d'incitation des médias et était facile à déduire de la nature et de l'ampleur des meurtres des Tutsis.

3 Document des Nations Unies S/RES/935 (1994) du 1^{er} juillet 1994.

4 *Ibid.* Voir également Document des Nations Unies S/1994/1125 du 4 octobre 1994. Le 26 juillet 1994, le Secrétaire général a constitué une Commission d'experts chargée d'enquêter sur la situation au Rwanda et de déterminer s'il y a eu des violations spécifiques du droit international humanitaire et des actes de génocide et d'envisager de prendre des mesures à l'encontre des auteurs présumés. Dans son rapport préliminaire, la Commission d'experts est parvenue aux conclusions qu'entre le 6 avril et le 15 juillet 1994 un conflit armé interne a eu lieu sur le territoire du Rwanda et que des preuves montrent que des actes de génocide ont été commis à l'encontre du groupe tutsi et des crimes contre l'humanité ont été commis de manière concertée, planifiée, systématique et méthodique. La Commission d'experts considère qu'un tribunal international serait mieux à même qu'un tribunal national de poursuivre les personnes ayant commis des crimes relevant du droit international au Rwanda. Elle soutient que «les poursuites dans des affaires dont la charge émotionnelle et politique est aussi grande peuvent parfois dégénérer en vengeance pure et simple, sans que les garanties d'un procès équitable soient respectées» et «même si les procès sont menés dans un respect scrupuleux des droits des accusés, il est très vraisemblable que la condamnation ne sera pas perçue comme procédant d'un jugement équitable». *Ibid.*, par. 133-141.

5 *Ibid.* La commission avait initialement suggéré que les affaires concernant le Rwanda soient portées devant le TPIY, puisque la création d'un tribunal *ad hoc* pour le Rwanda serait non seulement moins efficace d'un point de vue administratif mais encore risquerait d'entraîner «une moindre cohérence dans l'interprétation juridique et l'application du droit pénal international».

6 Lettre datée du 28 septembre 1994 adressée au Président du Conseil de sécurité des Nations Unies par le Représentant permanent du Rwanda auprès de l'Organisation des Nations Unies, Document des Nations Unies S/1994/1115 du 29 septembre 1994.

En novembre 1994, le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, comme il l'avait fait l'année précédente lors de la mise en place du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), décide de créer le TPIR. Le TPIR est donc, comme le TPIY, un organe subsidiaire du Conseil de sécurité, et tous les États membres de l'Organisation des Nations Unies ont l'obligation, conformément au droit international, d'apporter leur pleine coopération. Au titre de l'article premier de son Statut, le TPIR est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994⁷. Il est intéressant de relever que le TPIR a été chargé de traduire en justice les auteurs de violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et du Protocole additionnel de 1977 (Protocole II)⁸.

Au cours de la discussion et de l'adoption de la résolution 955 par le Conseil de sécurité le 8 novembre 1994, l'Ambassadeur rwandais a déclaré que «le tribunal aiderait à la réconciliation nationale et à la reconstruction d'une nouvelle société fondée sur la justice sociale et le respect des droits fondamentaux de la personne, tout cela n'étant possible que si les responsables de la tragédie rwandaise sont traduits en justice». Il y avait en effet lieu d'espérer que le TPIR servirait un double objectif: d'une part, la promotion de la justice et, d'autre part, l'assistance au processus de réconciliation au Rwanda.

Un tribunal hybride

Contrairement au TPIR, le TSSL, à l'origine, ne visait pas à être le vecteur de paix et de réconciliation dans un pays déchiré par les factions internes en guerre.

Le 7 juillet 1999, les représentants du Gouvernement de la Sierra Leone et du Front révolutionnaire uni de la Sierra Leone (RUF) ont signé un accord de paix (Accord de paix de Lomé) qui devait conférer l'amnistie et l'immunité judiciaire à tous les combattants pour les atrocités commises au cours du conflit de mars 1991 à juillet 1999. Aux termes de l'article IX (grâce et amnistie) de l'Accord de paix de Lomé, le Gouvernement de la Sierra Leone devait accorder l'amnistie et la grâce sans condition et absolue à tous les combattants et à leurs collaborateurs et veiller à ce qu'aucune action officielle ou judiciaire ne soit engagée contre d'anciens membres du RUF, du Conseil révolutionnaire des forces armées (AFRC), ou des Force de défense civile (CDF) «en vue de réaliser

7 Document des Nations Unies S/RES/995 (1994) du 8 novembre 1994. Le Conseil de sécurité a accepté que certains liens organisationnels et institutionnels soient établis entre le TPIR et le TPIY pour assurer l'unité de l'approche juridique ainsi que l'économie et l'efficacité des ressources. Par conséquent, il a été décidé que le Bureau du Procureur et la Chambre d'appel seraient communs aux deux tribunaux.

8 L'inclusion de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles additionnels de 1977 dans la compétence du TPIR a été considérée comme la plus grande innovation du Statut du TPIR et un développement d'une importance normative considérable. Voir Theodor Meron, «International Criminalization of Internal atrocities», , Vol. 89, p. 55.

leurs objectifs en tant que membres de cette organisation, depuis mars 1991, jusqu'à la signature du présent Accord». De plus, la pleine immunité devait être octroyée aux anciens combattants, exilés et autres personnes en dehors de la Sierra Leone pour des raisons liées au conflit armé⁹. Il n'était pas envisagé d'établir une institution judiciaire chargée de poursuivre les auteurs des violations du DIH et des crimes contre l'humanité.

Néanmoins, le 12 juin 2000, au nom du Gouvernement et du peuple de la République de la Sierra Leone, le Président de la Sierra Leone a demandé au Président du Conseil de sécurité «d'entamer les démarches nécessaires afin que l'Organisation des Nations Unies statue sur la création d'un tribunal spécial pour la Sierra Leone» afin de traduire en justice «les membres du Front révolutionnaire uni (RUF) et leurs complices pour les crimes qu'ils ont commis contre le peuple sierra-léonais et pour avoir pris en otage des Casques bleus de l'ONU¹⁰». Or, les dirigeants du RUF auraient depuis renié l'accord et repris leurs atrocités dont les principales cibles sont depuis toujours des civils, et ils ont enlevé plus de 500 Casques bleus de l'ONU.

En août 2000, le Conseil de sécurité des Nations Unies a, par sa résolution 1315, prié le Secrétaire général de négocier un accord avec le Gouvernement de la Sierra Leone en vue de créer un tribunal spécial indépendant¹¹. De l'avis du Conseil, un système judiciaire crédible permettant de poursuivre les responsables des crimes très graves mettrait un terme au climat d'impunité et contribuerait au processus de réconciliation nationale ainsi qu'au rétablissement et au maintien de la paix. Le Conseil de sécurité a rappelé que le Représentant spécial du Secrétaire général avait assorti sa signature de l'Accord de paix de Lomé d'une déclaration selon laquelle il était entendu que les dispositions de l'Accord concernant l'amnistie ne s'appliquaient pas aux crimes internationaux de génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et autres violations graves du droit international humanitaire. L'article 10 du Statut du TSSL reflète cette position, dans le sens qu'il déclare que «la grâce accordée à une personne relevant de

9 De plus, les parties à l'Accord de Lomé ont décidé d'établir une Commission pour le renforcement de la paix, chargée de mettre en œuvre un programme post-conflit pour assurer la réconciliation et la protection de toutes les parties au conflit, en particulier les victimes de la guerre. Au titre de l'article VI (Commission pour le renforcement de la paix) de l'Accord de Lomé, il était envisagé de favoriser la réconciliation nationale et la consolidation de la paix en constituant une Commission des droits de l'homme et une Commission Vérité et réconciliation. Un rapide coup d'œil sur le troisième rapport du Secrétaire général sur la mission des Nations Unies en Sierra Leone de mars 2000 indique que ces deux Commissions étaient perçues comme des organes vitaux pour promouvoir le processus d'apaisement national, le respect de l'état de droit, les principes démocratiques et les droits de l'homme. Troisième rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies en Sierra Leone, Document des Nations Unies S/2000/186 du 7 mars 2000.

10 Annexe à la lettre datée du 9 août 2000, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la Sierra Leone auprès de l'Organisation des Nations Unies, Document des Nations Unies S/2000/786 du 10 août 2000.

11 Résolution 1315 du Conseil de sécurité, Document des Nations Unies S/2000/1315 du 14 août 2000. Le Conseil de sécurité affirme que «ceux qui commettent ou autorisent la commission de graves violations du droit international humanitaire en sont responsables et comptables à titre individuel». Il affirme en outre que la communauté internationale ne ménagera aucun effort pour qu'ils soient jugés conformément aux normes internationales de justice, d'équité et de respect de la légalité.

la compétence du Tribunal spécial pour ce qui est des crimes visés aux articles 2 à 4 du présent Statut ne fait pas obstacle à l'exercice de poursuites».

Le Secrétaire général, dans son rapport sur la mise en œuvre de la résolution 1315 d'octobre 2000, a expliqué que contrairement au TPIR et au TPIY, qui ont été établis par des résolutions du Conseil de sécurité et constitués comme organes subsidiaires des Nations Unies, le Tribunal spécial, étant établi par un accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone, est un tribunal créé par voie de traité *sui generis*, créé par traité et de composition et de juridiction mixtes qui devait être intégré dans le droit national sierra-léonais. La compétence matérielle inclut le droit international aussi bien que le droit sierra-léonais; les juges, les procureurs et le personnel auxiliaire peuvent être sierra-léonais ou étrangers¹².

Le 16 janvier 2002, l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone ont signé un accord sur la création du Tribunal spécial pour la Sierra Leone¹³. Conformément à l'article premier du Statut du Tribunal spécial, le TSSL est habilité à juger les personnes qui encourent la plus lourde responsabilité pour les violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commises sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996¹⁴.

Une juridiction permanente créée par voie de traité

La CPI, à la fois institution créée par voie de traité et juridiction permanente, est de toute évidence fondamentalement différente du TSSL, institution hybride nationale émanant des Nations Unies, et du TPIR, organe subsidiaire *ad hoc* du Conseil de sécurité des Nations Unies. Le traité constitutif est le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (Statut de Rome), adopté par 120 États lors de la Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale. Le Statut de Rome est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, 60 jours après que 60 États l'aient ratifié ou y aient adhéré¹⁵. Aussi, à moins qu'il y ait une motion du

12 Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Document des Nations Unies S/2000/915 du 4 octobre 2000, par. 9.

13 Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone du 16 janvier 2002.

14 En déterminant la compétence *ratione temporis* du TSSL, le Secrétaire général a estimé que le fait d'imposer une compétence *ratione temporis* à partir d'une date aussi lointaine que le 23 mars 1991, date à laquelle la guerre civile a débuté en Sierra Leone, entraînerait une lourde charge de travail pour le ministère public et pour le Tribunal. En revanche, c'est la date du 30 novembre 1996, date de la signature de l'Accord de paix d'Abidjan entre le Gouvernement de la Sierra Leone et le RUF, qui a été retenue, car elle «aurait l'avantage de mettre le conflit de la Sierra Leone en perspective sans pour autant prolonger inutilement la compétence *ratione temporis* du Tribunal spécial». Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Document des Nations Unies S/2000/915, par. 26-27.

15 À la fin de l'année 2005, 100 États avaient signé le Statut de Rome de la CPI. En février 2003, l'Assemblée des États parties a élu les 18 juges de la Cour pénale internationale pour des mandats de trois, six ou neuf ans. En avril 2003, l'Assemblée des États parties a élu Luis Moreno-Ocampo (Argentine) Procureur, et en juin 2003, les juges réunis en formation plénière ont élu le Greffier de la CPI.

Conseil de sécurité, comme au Darfour, seuls les États parties au traité sont liés par ces dispositions et ont demandé à coopérer avec la CPI¹⁶. La CPI a souvent été mentionnée comme une «instance de dernier ressort» comme le souligne le préambule du Statut de Rome. Bien que le TPIR et le TSSL soient concurremment compétents avec les juridictions nationales ou internes, tous deux peuvent revendiquer la primauté sur les juridictions nationales: sur les juridictions de la Sierra Leone pour le TSSL, et sur tous les tribunaux nationaux pour le TPIR. La CPI est toutefois complémentaire aux juridictions pénales nationales et ne peut assumer la juridiction que lorsque les États «ne souhaitent pas ou ne peuvent pas» poursuivre ou juger les auteurs présumés des crimes visés par le Statut de la CPI¹⁷.

En quelque trois ans et demi à peine après l'entrée en vigueur du Statut de Rome, quatre «situations» ont été déférées à la Cour. Elles concernent des crimes qui auraient été commis en République démocratique du Congo¹⁸, en Ouganda, en République centrafricaine¹⁹ et dans la région du Darfour au Soudan. Le Procureur semble être particulièrement actif en Ouganda et au Soudan. Ces deux situations sont, pour de nombreuses raisons, très différentes, notamment pour ce qui est des modalités de l'exercice de la compétence du tribunal. En effet, c'est suite à un renvoi du Président Museveni de l'Ouganda en décembre 2003 que le Procureur de la CPI a décidé, le 28 juillet 2004, d'ouvrir des enquêtes sur les crimes qui auraient été commis dans le nord de l'Ouganda.

16 Aux termes de l'article 13 du Statut de Rome, la Cour peut exercer sa compétence a) si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un État partie, comme prévu à l'article 14 ; b) si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies; ou c) si le Procureur a ouvert une enquête sur un ou plusieurs de ces crimes en vertu de l'article 15.

17 Selon le Statut de la CPI, pour déterminer s'il y a «incapacité» de l'État, la Cour considère si l'État n'est pas en mesure, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure. Pour déterminer s'il y a «manque de volonté» de l'État, la Cour considère a) si la procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale; b) si la procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, dément l'intention de traduire en justice la personne concernée; ou c) si la procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, dément l'intention de traduire en justice la personne concernée.

18 Le 19 avril 2004, le Procureur de la CPI a reçu par lettre signée par le Président de la République démocratique du Congo un renvoi de la situation dans laquelle il apparaîtrait que des crimes relevant de la compétence de la Cour sont commis sur tout le territoire de la République démocratique du Congo depuis le 1^{er} juillet 2002. Le Procureur est prié d'enquêter en vue de déterminer si une ou plusieurs personnes devraient être accusées de ces crimes. Le 21 juillet 2004, le Procureur a décidé qu'il y avait une base raisonnable pour ouvrir la première enquête de la CPI. Selon le Procureur, quelque 5 000 à 8 000 personnes auraient fait l'objet d'exécutions sommaires en RDC depuis le 1^{er} juillet 2002, et des rapports font état de pratiques de viols et autres crimes de violence sexuelle, de torture, de conscriptions illégales d'enfants soldats et de déplacements forcés.

19 En janvier 2005, la CPI a annoncé que le Procureur avait reçu une lettre au nom du Gouvernement de la République centrafricaine, lettre déferant la situation des crimes relevant de la compétence de la Cour commis sur le territoire de la République centrafricaine depuis le 1^{er} juillet 2002. Il incombe au Procureur de déterminer s'il y a lieu d'ouvrir une enquête.

Environ une année plus tard, en 2005, la CPI a établi des actes d'accusation à l'encontre de cinq hauts responsables ougandais présumés de l'Armée de résistance du Seigneur (ARS): Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominique Ongwen et Raska Lukwiya²⁰.

S'agissant du Darfour, une enquête préliminaire a été ouverte suite au renvoi adressé par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies le 31 mars 2005²¹. Invoquant le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité a constaté que la situation au Soudan continuait de faire peser une menace sur la paix et la sécurité internationales. Il a donc décidé de «déférer au Procureur de la Cour pénale internationale la situation au Darfour depuis le 1^{er} juillet 2002». La décision du Conseil de sécurité se fondait principalement sur le rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour, qui avait été précédemment établi par le Conseil de sécurité²².

Les trois méthodes différentes retenues pour établir les trois juridictions pénales internationales – un traité pour la CPI, un organe subsidiaire des Nations Unies pour le TPIR, et un tribunal hybride *sui generis* pour le TSSL, illustrent le caractère évolutif de la justice pénale internationale depuis le début des années 90. Il est clair que chaque modèle successif a été considéré comme une amélioration qui tient compte des expériences et des leçons acquises par son/ses précurseur(s).

Contestations juridiques de la compétence

Bien que le TPIR et le TSSL n'aient pas été créés selon les mêmes modalités, leur établissement et leur compétence ont été contestés de façon presque identique. Les accusés des deux institutions se sont prononcés contre le rôle du Conseil de sécurité lors de leur création et, en particulier dans le cas du TSSL, des exceptions préjudicielles ont été déposées contre l'inclusion de certains crimes dans sa compétence.

20 Voir notamment «La Lettre de la CPI» n° 6, texte consultable à l'adresse <<http://www.icc-cpi-int>> (dernière visite le 21 mars 2006).

21 Document des Nations Unies S/RES/1593 (2005) du 31 mars 2005.

22 Document des Nations Unies S/RES/1564 (2004) du 18 septembre 2004. La Commission était mandatée i) pour enquêter immédiatement sur les informations faisant état de violations du droit international humanitaire et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme par toutes les parties au Darfour ; ii) pour déterminer si des actes de génocide ont eu lieu ; iii) pour identifier les auteurs de ces violations ; et iv) de suggérer les moyens de s'assurer que les responsables aient à répondre de leurs actes. Dans son rapport, la Commission est parvenue à la conclusion que des violations graves du droit international humanitaire et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme revêtant le caractère de crime au regard du droit international ont été commis au Darfour. Bien que la Commission ait établi l'absence de politique de génocide, elle a conclu qu'on ne doit pas exclure la possibilité que des individus isolés aient commis des actes de génocide. Elle a relevé que les institutions judiciaires soudanaises n'ont ni les moyens, ni la volonté de faire face à la situation au Darfour, notamment parce que la législation pénale soudanaise ne proscriit pas comme il conviendrait les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, et elle a recommandé que le Conseil de sécurité défère la situation au Darfour à la Cour pénale internationale.

Contestations de la compétence du Tribunal pénal international pour le Rwanda

Un des premiers défis juridiques auxquels les juges du TPIR ont eu à faire face consistait à savoir si le Conseil de sécurité avait le pouvoir d'établir un organe judiciaire tel que le TPIR. Dans *Le Procureur c. Joseph Kanyabashi*, l'accusé a allégué que la souveraineté des États, notamment celle du Rwanda, a été violée parce que le TPIR n'a pas été établi en vertu d'un traité. L'accusé a également fait valoir que le Conseil de sécurité n'avait, en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, aucun pouvoir de créer un organe judiciaire international. La Chambre de première instance a renvoyé les arguments, expliquant notamment que la composition de l'Organisation des Nations Unies comporte nécessairement des limitations à la souveraineté d'un État membre, conformément en particulier à l'article 35 de la Charte des Nations Unies²³. La Chambre de première instance a noté que, bien que le Conseil de sécurité soit lié par les dispositions du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, il avait une large marge d'appréciation lorsqu'il déterminait l'existence d'une menace pesant sur la paix et la sécurité internationales, et que son autorité en la matière ne pouvait être contestée. La Chambre a ajouté que la question de savoir si le conflit au Rwanda en 1994 constituait ou non une menace pour la paix et la sécurité internationales relevait exclusivement du pouvoir du Conseil de sécurité²⁴.

Lors de l'examen de l'argument selon lequel l'établissement d'un tribunal *ad hoc* n'a jamais été une mesure visée par l'article 41 de la Charte des Nations Unies, la Chambre de première instance a raisonné dans le droit fil de la jurisprudence antérieure du TPIY dans l'appel interlocutoire *Tadić*, en indiquant que

S'il est vrai que la création d'organes judiciaires n'est pas directement mentionnée dans l'article 41 de la Charte des Nations Unies comme mesure à envisager pour le rétablissement et le maintien de la paix, elle relève clairement des mesures nécessaires pour atteindre cet objectif. La liste des actions figurant à l'article 41 n'est certes pas exhaustive mais elle indique quelques exemples des mesures que le Conseil de sécurité peut finalement décider d'imposer aux États afin de mettre terme à un conflit ou à une menace imminente à la paix et à la sécurité internationales²⁵.

23 TPIR, *Le Procureur c. Joseph Kanyabashi*, Affaire n° TPIR-96-15-T, 18 juin 1997, Décision sur l'exception d'incompétence de la Défense (Décision Kanyabashi), par.13-14.

24 *Ibid.*, par. 19 à 22. La Chambre a également noté que les événements au Rwanda avaient entraîné un afflux massif de réfugiés, dont bon nombre étaient armés, dans les pays voisins. De l'avis de la Chambre, cette vague de réfugiés risque de déstabiliser la région et du fait de la répartition de la population dans certains pays voisins du Rwanda, le conflit pourrait gagner ces pays. Cette conclusion est étayée par les rapports du Rapporteur spécial pour le Rwanda auprès de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (Document des Nations Unies S/1994/1157) et de la Commission d'experts désignée par le Secrétaire général (Document des Nations Unies S/1994/1125) qui conclut que le conflit au Rwanda et le mouvement des réfugiés rendent la situation dans la région très explosive et représentent donc une menace pour la paix et la sécurité internationales. .

25 *Ibid.*, par. 27.

La Chambre de première instance a donc confirmé que rien dans la Charte des Nations Unies n'empêcherait le Conseil de sécurité d'établir un tel organe lorsqu'il existe une menace à la paix et à la sécurité²⁶.

Contestations de la compétence du Tribunal spécial pour la Sierra Leone

Ainsi, il n'est guère étonnant que les premières contestations émises par les accusés du TSSL, portaient comme dans le TPIR sur des motifs juridictionnels, trois points étant d'une pertinence jurisprudentielle particulière: i) la validité de l'Accord de Lomé; ii) le rôle du Conseil de sécurité dans l'établissement du TSSL; et iii) l'enrôlement d'enfants soldats comme constitutif d'un crime.

Validité de l'Accord de Lomé

La Chambre d'appel du TSSL était priée de se prononcer sur la validité de l'amnistie octroyée par l'Accord de Lomé. Il lui était demandé de se prononcer sur le fait que le Gouvernement de la Sierra Leone était tenu de respecter l'amnistie octroyée au titre de l'article IX de l'Accord de Lomé, et que le Tribunal spécial n'avait pas le pouvoir d'affirmer sa primauté sur les juridictions nationales s'agissant de crimes antérieurs à juillet 1999, une fois que l'amnistie a été octroyée, et que le fait d'autoriser la poursuite des auteurs de tout crime allégué commis à une date antérieure à l'Accord de Lomé constituerait un abus de pouvoir. Dans sa décision du 13 mars 2004, la Chambre d'appel a rejeté les exceptions préjudicielles au motif qu'elles étaient dénuées de fondement²⁷. De l'avis de la Chambre, l'Accord de Lomé n'est pas un traité ou un accord au sens de traité, et, bien que contraignant pour le Gouvernement de la Sierra Leone, il ne modifie en rien l'obligation de traduire les personnes devant un tribunal international pour crimes internationaux, tels que visés par les articles 2 à 4 du Statut du TSSL. Toujours de l'avis de la Chambre, le Gouvernement de la Sierra Leone et la RUF étaient les parties contractantes à l'Accord de Lomé, alors que l'Organisation des Nations Unies, l'Organisation de l'unité africaine, la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), le Gouvernement de la République togolaise et l'Organisation du Commonwealth n'étaient que des garants moraux n'assumant aucune obligation juridique²⁸. De plus, les juges d'appel du TSSL étaient

26 Il convient de noter que le TPIR et les juridictions nationales sont concurremment compétentes pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda. Le TPIR a néanmoins la primauté sur les juridictions nationales en cas de conflit de compétence (art. 8, par. 2. du Statut). Le TPIR a compétence à l'égard des personnes physiques plutôt que des États ou organisations criminelles (article 5 du Statut). Bien que toute personne puisse être traduite en justice pour des crimes commis au Rwanda en 1994, le Tribunal ne peut poursuivre que les citoyens rwandais ayant commis des crimes sur le territoire d'États voisins pendant cette période (article 7 du Statut). Décision *Kanyabashi*, par. 35.

27 TSSL, *Le Procureur c. Morris Kallon et Brima Bazy Kamara, Décision sur l'exception d'incompétence: amnistie au titre de l'Accord de Lomé (Décision de Lomé)*, affaire n° SCSL-2004-15-AR72(E) et affaire n° SCSL-2004-16-AR72(E), 13 mars 2004.

28 *Ibid.*, par. 41.

d'avis que l'Accord de Lomé ne supprimait d'aucune manière la compétence universelle des autres États qui devaient poursuivre les personnes accusées de crimes visés par les articles 2 à 4 du Statut (crimes contre l'humanité, violation de l'article 3 commun des Conventions de Genève et du Protocole additionnel II, et d'autres violations graves du droit international humanitaire) et ne faisait aucunement obstacle à l'exercice de poursuites par le TSSL²⁹. Citant la jurisprudence et la doctrine classique, la Chambre d'appel a déclaré

[Qu']il y a lieu de penser qu'un État ne peut laisser tomber dans l'oubli et la négligence des crimes que d'autres États ont la compétence de poursuivre, l'obligation de protéger la dignité humaine constitue une norme impérative sous la forme d'une obligation *erga omnes*³⁰.

Délégation de pouvoirs par le Conseil de sécurité des Nations Unies

Un deuxième défi juridictionnel à l'encontre du TSSL faisait valoir le caractère illégal de la délégation illégale de pouvoirs par le Conseil de sécurité des Nations Unies lors de la création du Tribunal spécial³¹. Les arguments soulevés par la défense portaient sur le pouvoir du Conseil de sécurité de déléguer ses attributions au Secrétaire général pour conclure un accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone, et le pouvoir du Secrétaire général de conclure un tel accord par lui-même³². La Chambre d'appel a fait peu état de ces motifs d'appel. De son avis, aucune délégation de pouvoirs n'est requise pour le Secrétaire général lorsqu'il remplit et exécute les ordres du Conseil de sécurité. Par conséquent, lors de la conclusion de l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone, le Secrétaire général n'agissait pas par lui-même mais plutôt sur la demande du Conseil de sécurité en sa capacité d'organe exécutif³³. Les juges ont également décidé, en rejetant l'argument suivant des accusés, que la Charte des Nations Unies, notamment le paragraphe 1 de l'article 1 et l'article 42, conféraient au Conseil de sécurité compétence pour l'établissement

29 Il y a lieu de noter qu'en déterminant la compétence *ratione materiae* du TSSL, à la lumière du principe *nullum crimen sine lege*, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a déclaré que les crimes internationaux énumérés dans le Statut sont des crimes considérés comme ayant revêtu le caractère de crime au regard du droit international coutumier au moment où ils auraient été commis. Voir Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Document des Nations Unies S/2000/915 du 4 octobre 2000, par. 12.

30 *Décision de Lomé* par. 71. Toutefois, la Chambre d'appel a noté que les crimes relevant du droit sierra-léonais, tels qu'inclus dans l'article 5 du Statut, ne bénéficient pas de la compétence universelle et ne sont pas mentionnés à l'article 10 du Statut. Aussi, alors que les juges ont trouvé l'Accord de Lomé, en particulier son article IX, comme non pertinent dans les affaires déferées au TSSL, la décision se limite aux crimes visés par les articles 2 à 4 du Statut. À la lumière de l'approche ciblée de la Chambre d'appel, la compétence du TSSL pour les crimes relevant du droit sierra-léonais, tels qu'énumérés à l'article 5 du Statut, pourraient apparemment être contestables.

31 TSSL, *Le Procureur c. Moinina Fofana, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence: délégation illégale de pouvoirs par l'Organisation des Nations Unies (Décision relative à la délégation de pouvoirs)*, Affaire n° SCSL-2004-14-AR72 (E), 25 mai 2004.

32 *Ibid.*, par. 12.

33 *Ibid.*, par. 14-17.

d'une juridiction internationale. Dans un raisonnement similaire à celui-ci de la décision *Kanyabashi* précitée du TSSL, la Chambre d'appel a estimé que l'établissement d'une juridiction internationale pouvait constituer une mesure collective efficace en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix, telles que visées par le paragraphe 1 de l'article 1 de la Charte des Nations Unies³⁴. Enfin, la Chambre d'appel n'était pas convaincue du dernier argument de l'accusé selon lequel le Conseil de sécurité avait agi *ultra vires* en créant un tribunal *sui generis* tel le TSSL, sur lequel il n'exerce ni autorité ni contrôle effectif³⁵.

Enrôlement d'enfants soldats

L'accusé Sam Hinga Norman présente une exception préjudicielle selon laquelle le TSSL n'est pas compétent pour traduire en justice des personnes ayant procédé à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces ou groupes armés ou de les utiliser pour participer activement aux hostilités³⁶. Si l'accusé a fait valoir que l'enrôlement d'enfants a acquis le statut de crime au regard du droit international, il a admis que le tribunal devait établir à partir de quel moment il était devenu un crime entraînant la responsabilité pénale individuelle afin de ne pas violer le principe *nullum crimen sine lege*.

Dans sa Décision, la Chambre d'appel, mentionnant la pléthore de sources, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977, le Statut de Rome de la CPI de 1998, la doctrine du TPIR et du TPIY, la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant et son Protocole facultatif de 2000 sur la participation des enfants dans les conflits armés ainsi que la législation nationale, a conclu que le recrutement d'enfants est érigé en infraction pénale depuis novembre 1996³⁷. De l'avis de la Chambre d'appel, l'article 4 du Statut du TSSL, tel qu'il concerne l'enrôlement d'enfants, ne contrevient donc pas aux principes de légalité et de spécificité³⁸.

34 *Ibid.*, par. 18-20.

35 Décision relative à la délégation de pouvoirs, par. 22-29. Les juges d'appel ont estimé que, si le Conseil de sécurité ne pouvait exercer de contrôle judiciaire sur le TSSL, le TSSL pouvait faire l'objet d'un contrôle administratif, notamment concernant les avis et la définition des orientations générales. Ils ont noté que le Secrétaire général représentait le Conseil de sécurité au Comité de gestion du Tribunal et à chaque fois qu'il existait une menace à la paix et la sécurité internationales, le Conseil de sécurité agirait conformément à la Charte des Nations Unies, même pour prendre le pas sur l'Accord établissant le TSSL.

36 TSSL, *Le Procureur c. Sam Hinga Norman, Arrêt sur l'exception préliminaire fondée sur le défaut de compétence (enrôlement d'enfants)*, affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E) du 31 mai 2004. Le conseil de Moinina Fofana, intervenant dans le procès a soutenu que l'enrôlement d'enfants soldats ne constituait pas un crime au regard du droit coutumier international, et que la pratique de l'État indiquant une intention de l'ériger en infraction pénale n'était pas suffisante, par. 5.

37 *Ibid.*, par 30-51. La Chambre d'appel a également pris en considération les avis *amici curiae* («amis de la Cour»), déposés par l'Université de Toronto, l'International Human Rights Clinic et l'UNICEF.

38 *Ibid.*, par. 53. En parvenant à cette conclusion, la Chambre d'appel a noté que la norme interdisant l'enrôlement d'enfants, telle qu'elle figure dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, ainsi que dans la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant qui bénéficie d'une ratification presque universelle offre la preuve obligatoire que cette norme conventionnelle a acquis le statut coutumier bien avant 1996. La Chambre a également noté que l'écrasante majorité des États n'a pas pratiqué l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans et a érigé ce comportement en infraction pénale avant 1996.

Cette première jurisprudence sur l'établissement et la compétence du TPIR et du TSSL a finalement renforcé la légitimité de ces juridictions et clarifié certaines questions juridiques importantes pour promouvoir la justice pénale internationale. Outre ces contestations juridiques, le TPIR et le TSSL ont connu bon nombre de difficultés semblables lorsqu'ils ont cherché à devenir pleinement opérationnels.

Contestations logistiques lors de l'établissement des juridictions pénales internationales

Bien que le TPIR ait été en principe établi en novembre 1994, ses juges n'ont été élus qu'en mai 1995³⁹. En l'absence de véritables locaux pour le TPIR, les juges du TPIR ont tenu leur séance plénière inaugurale en juin 1995 au siège du TPIR à La Haye⁴⁰. Le premier acte d'accusation a été établi par le Procureur le 22 novembre 1995 et a été confirmé le 28 novembre 1995⁴¹. D'autres actes d'accusation à l'encontre de cinq personnes ont été confirmés en juin 1996⁴². Les premières comparutions des accusés devant le TPIR ont eu lieu le 30 et le 31 mai 1996 dans une salle d'audience de fortune du bâtiment abritant le TPIR à Arusha⁴³. Le TPR a considéré ces comparutions comme particulièrement importantes puisque c'était la première fois qu'un tribunal pénal international siégeait en Afrique. Trois procès ont commencé au début de l'année 97, celui de Jean Paul Akayesu le 9 janvier 1997, de Georges Rutaganda le 18 mars

39 Dans sa résolution 989 (1995) du 24 avril 1995, transmise au Président de l'Assemblée générale par une lettre datée du 24 avril 1995, le Conseil de sécurité a proposé une liste de candidatures aux charges de juge. Un mois plus tard, les 24 et 25 mai 1995, l'Assemblée générale, par décision 49/324, a élu les six premiers juges pour un mandat de quatre ans. Il s'agit des juges Lennart Aspegren, Laïty Kama, Tafazzal Hossain Khan, Yakov A. Ostrovsky, Navanethem Pillay et William Hussein Sekule. Conformément à l'article 15 du Statut de la CPI, le juge Richard Goldstone, alors Procureur du TPIY, devait également être Procureur du TPIR. Le 20 mars 1995, le Procureur adjoint a été désigné pour agir au nom du Procureur à Arusha et Kigali. Le premier Greffier du TPIR, chargé de l'administration du Tribunal, n'a été nommé que le 8 septembre 1995, par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Voir le premier rapport annuel du TPIR, Document des Nations Unies A/51/399 – S/1996/778 du 28 septembre 1996.

40 Ce n'est que pour leur deuxième séance plénière, en janvier 1996, que les juges se sont réunis à Arusha. Au cours de cette session, ils ont adopté le règlement sur la détention et la directive relative à la commission d'office d'un conseil. En mars 1996, conformément à l'article 23 du Règlement de procédure et de preuve, les juges ont décidé de passer un accord avec le Comité international de la Croix-Rouge, qui deviendra ainsi l'autorité indépendante responsable de l'inspection des conditions de détention. Voir le premier rapport annuel du TPIR.

41 L'acte d'accusation concernait des massacres commis dans la préfecture de Kibuye au Rwanda entre avril et juin 1994. Les accusés étaient Clément Kayishema, Charles Sikubwabo, Aloys Ndimbat, Ignace Bagilishema, Vincent Rutaganira, Muhimana Mika, Obed Ruzindana et Ryandikayo.

42 Un premier acte d'accusation concernait Elie Ndayambaje, ayant trait à des tueries en masse dans les communes de Kabuye et Gisagara, Préfecture de Kibuye, et le second acte d'accusation concernait Elizaphan Ntakirutimana, Gérard Ntakirutimana, Obed Ruzindana et Charles Sikubwabo, pour des massacres commis à la Préfecture de Kibuye. Premier rapport annuel du TPIR, par. 46.

43 Les accusés étaient Jean-Paul Akayesu, ancien bourgmestre de la Commune de Tabwa, Préfecture de Gitarama, et Georges Rutaganda, deuxième Vice-Président des milices Interahamwe du MRND, respectivement. Premier rapport annuel du TPIR, par. 39.

1997, et juste un mois plus tard, le 9 avril 1997, de Clément Kayishema et Obed Ruzindana.

N'étant que la deuxième juridiction pénale internationale de ce genre, et la toute première en Afrique, le TPIR a été confronté à un très grand nombre de problèmes de croissance. Les réalités de la justice internationale ont bientôt obscurci la communauté internationale et de nombreux obstacles tant administratifs que judiciaires ont entravé le fonctionnement du TPIR.

Sur un plan administratif, le Bureau des services de contrôle interne des Nations Unies a révélé en 1997 de graves carences dans la gestion de nombreux secteurs du TPIR⁴⁴. Dans une de ses conclusions les plus sévères, il a déclaré qu'«aucun secteur administratif du Greffe ne fonctionne de façon efficace». Par conséquent, à la fois le Greffier et le Procureur adjoint ont été remplacés, et il a été procédé à des changements structurels et à la mise en place de nouveaux fonctionnaires haut placés⁴⁵. En outre, alors que les premiers procès ont commencé rapidement, leur progrès a été entravé, notamment faute de salle d'audience. En effet, les deux Chambres de première instance ont dû partager une même salle, ce qui signifiait qu'il fallait suspendre un procès pour que l'autre puisse continuer. Une seconde salle d'audience a été enfin opérationnelle en août 1997, rendant possible le fonctionnement simultané des deux Chambres de première instance et l'accélération des procédures devant le Tribunal⁴⁶. À la demande du Président du TPIR, le Conseil de sécurité a établi une troisième Chambre de première instance en 1998, portant ainsi le nombre de juges de six à neuf⁴⁷.

Lorsque, quelques années plus tard, la communauté internationale a commencé à établir le TSSL, un large consensus s'est dégagé en faveur d'une juridiction hybride (associant droit international et droit national) comme alternative préférable à un véritable tribunal international. À la lumière de

44 Vérification des comptes et inspection du Tribunal criminel international pour le Rwanda, Document des Nations Unies A/51/798 du 6 février 1997.

45 Deuxième rapport annuel du TPIR, Document des Nations Unies A/52/582-S/1997/868 du 13 novembre 1997, par. 53-61.

46 Troisième rapport annuel du TPIR, Document des Nations Unies A/53/429-S/1998/857 du 23 septembre 1998, par. 77.

47 Le Conseil de sécurité était convaincu qu'il était essentiel d'augmenter le nombre de juges et de Chambres de première instance pour permettre au TPIR de juger sans retard le grand nombre de prévenus. Voir Document des Nations Unies S/RES/1165 (1998) du 30 avril 1998. La première semaine de septembre 1998 a été un tournant dans l'histoire du TPIR avec l'affaire Jean Kambanda, premier ministre du gouvernement intérimaire entre avril et juillet 1994. L'affaire Jean Kambanda représentait le premier jugement portant condamnation d'un ancien chef de gouvernement pour génocide, et l'arrêt rendu dans l'affaire Akayesu a été la première interprétation judiciaire du crime de génocide. Depuis lors, le volume de travail du TPIR a considérablement augmenté, les procès de plus de 26 accusés ont été menés à terme et ceux de 26 accusés sont en cours. Cinq des procès en cours sont des affaires jointes impliquant entre trois et six accusés, dont la plupart sont les principaux auteurs présumés des massacres. Les autres procès sont des procès à accusé unique. Le TPIR a créé de nombreux précédents novateurs et a établi la responsabilité de la majorité des « principaux responsables » des massacres commis au Rwanda en 1994. Le TPIR a également créé un corpus de jurisprudence fort important, notamment sur le génocide et les violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et de leurs protocoles additionnel de 1977. Voir aussi Erik Mose, « Main achievements of the ICTR », *Journal of International Criminal Justice*, Vol 3. (2005), pp. 920-943.

l'expérience du TPIR au cours de ses années initiales, le TSSL devait être une opération plus limitée et rationalisée⁴⁸.

Bien que le TSSL ait commencé à fonctionner en juillet 2002, ce n'est que sept mois après la signature de l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone sur l'établissement du Tribunal qu'il a dû, tout comme le TPIR, construire des installations de détention, un tribunal et des bureaux. Les locaux du Tribunal ont été officiellement ouverts le 10 mars 2004. Comme aucun des bâtiments identifiés par le Gouvernement de la Sierra Leone pour abriter le TSSL n'ont été considérés comme adaptés, pour des questions de sécurité et de rénovation, afin de gagner du temps et d'économiser de l'argent, des structures préfabriquées ont été érigées pour abriter les bureaux. Près de 340 experts internationaux et nationaux ont dû être recrutés.

Comme pour le TPIR, des contraintes logistiques, en particulier le financement a constitué une des principales préoccupations du TSSL. Contrairement au TPIR, financé par le budget des Nations Unies, le budget du TSSL est tributaire des contributions volontaires des États. De ce fait, sans le concours des États, les activités du TSSL peuvent subir de graves contraintes. Les problèmes financiers sont apparus dès le premier jour du TSSL. Il se peut que le coût élevé des tribunaux *ad hoc* des Nations Unies et de l'établissement de la Cour pénale internationale ont rendu les États réticents à accepter l'estimation initiale du Secrétaire général pour les opérations du TSSL pour les trois premières années, à savoir d'un montant de 30,2 millions de dollars des États-Unis pour la première année et 84,4 millions de dollars des États-Unis pour les deux années suivantes. Face à l'opposition des États, le budget des trois premières années a été ramené à 19,219 millions de dollars des États-Unis pour la période allant de juillet 2002 à juin 2003, à 32,534 millions de dollars pour la période allant de juillet 2003 à juin 2004, et à 29,9 millions de dollars pour la période allant de juillet 2004 à juin 2005⁴⁹.

De plus, le TSSL a eu du mal à obtenir tout le financement prévu, a connu un déficit de 82 millions de dollars pour son premier budget triennal, ce qui a contraint le Secrétaire général de l'ONU à chercher des subventions urgentes auprès de l'Assemblée générale, qui bien qu'elles aient été accordées, n'ont pas été matérialisées aussi rapidement que le TSSL l'avait espéré⁵⁰.

Qui plus est, et c'est un point fondamental, le TPIR et le TSSL ont rapidement réalisé que la nature et la complexité de la justice internationale les rendaient largement tributaires de la coopération des États ainsi que des procédures judiciaires nationales dans un certain nombre de domaines vitaux. Par exemple, tous les accusés déferés devant le TSSL devaient être arrêtés dans des États tiers et transférés

48 Voir Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Document des Nations Unies S/2000/915 du 4 octobre 2000.

49 Lettres identiques datées du 26 mai 2005, adressées au Président de l'Assemblée générale et à la Présidente du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, transmettant le plan final d'achèvement des travaux établi par le Tribunal spécial (Stratégie d'achèvement des travaux), Document des Nations Unies A/59/816-S/2005/350 du 27 mai 2005, par. 55-56.

50 *Ibid.*, par. 57.

dans des installations de détention du TSSL à Arusha. Avant le procès, la défense devait disposer de suffisamment de temps pour préparer son dossier, ce qui signifiait l'obligation d'identifier les témoins potentiels qui, dans le cas du TPIR, devaient être recherchés dans de nombreux pays autres que le Rwanda, souvent loin du siège du Tribunal. Comme bon nombre de témoins bénéficiaient de la protection du TPIR et du TSSL, les arrangements nécessaires à leur réinstallation et à leur transfert en toute sécurité vers le Tribunal et en provenance du Tribunal exigeaient que les États et diverses organisations leur apportent un soutien important⁵¹.

Cette dépendance vis-à-vis de l'appui des États et de la stabilité politique et de la sécurité dans ces États a été mise en lumière en mars 1997, lorsque la défense dans le procès *Rutaganda* a saisi une Chambre de première instance du TPIR d'une motion extrêmement urgente pour entendre les dépositions de 16 témoins vivant dans le camp de réfugiés de Tingi-Tingi en République démocratique du Congo (alors le Zaïre). Au moment où la motion a été entendue, le camp de réfugiés a été détruit. Les témoins avaient disparu. La Chambre de première instance, consciente de la nécessité de respecter pleinement les droits de l'accusé, a demandé la coopération des États, de l'Organisation des Nations Unies, notamment du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), ainsi que de toute autre organisation qui pourrait aider à repérer et à isoler les témoins⁵². Suite à cette décision, les conditions de sécurité pour les réfugiés rwandais en République démocratique du Congo se sont considérablement détériorées, ce qui n'a guère facilité la recherche des témoins manquants⁵³.

Quant au TSSL, sur les 11 personnes à l'encontre desquelles des actes d'accusation ont été établis, une seule n'a toujours pas été traduite devant le Tribunal, il s'agit de Johnny Paul Koroma qui est toujours en liberté⁵⁴.

51 *Ibid.*, par. 33-38.

52 TPIR, *Le Procureur c. Georges Rutaganda* (affaire n° TPIR-96-3-T), Décision sur la requête d'extrême urgence demandant que les dépositions des témoins appelés par la défense pour témoigner en faveur de l'accusé soient recueillies par téléconférence, 6 mars 1997.

53 TPIR, Deuxième rapport annuel, par. 21-24.

54 S'agissant des accusés restants, deux d'entre eux, à savoir Foday Saybana Sanko et Sam Bockarie, sont décédés. Dix accusés sont confiés actuellement à la garde du TSSL à Freetown ; il s'agit de Charles Ghankay Taylor, Alex Tamba Brima, Moinina Fofana, Augustine Gbao, Morris Kallon, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Allieu Kondewa, Samuel Hinga Norman et Issa Hassan Sesay. En janvier 2004, la Chambre de première instance a ordonné la jonction des trois instances de ces neuf détenus, sur la base de leur appartenance à l'une des parties au conflit en Sierra Leone. En tant que tels, Issa Hassan Sesay, Morris Kallon et Augustine Gbao ont été regroupés dans l'affaire concernant le Front révolutionnaire uni (affaire du RUF), Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara et Santigie Borbor Kanu seront jugés ensemble dans le procès du Conseil révolutionnaire des forces armées (affaire de l'AFRC), et Samuel Hinga Norman, et Allieu Kondewa et Moinina Fofana seront jugés ensemble dans le procès des Forces de défense civile (affaire du CDF), voir TSSL, *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay* (affaire n° SCCL-03-05), *Alex Tamba Brima* (affaire n° SCS-0-06), *Morris Kallon* (affaire n° SCCL-03-07), *Augustine Gbao* (affaire n° SCCL-03-09) *Brima Bazzy Kamara* (affaire n° SCCL-03-10) et *Santigie Borbor Kanu* (affaire n° SCCL-03-13), *Décision et ordre de jonction des instances*, 27 janvier 2004 ; *Le Procureur c. Samuel Hinga Norman* (affaire n° SCCL-03-08), *Moinina Fofana* (affaire n° SCCL-03-11) et *Allieu Kondewa* (affaire n° SCCL-03-12), *Décision et ordre de jonction des instances*, 27 janvier 2004. Tous les procès ont été ouverts, celui du RUF le 5 juillet, le procès de l'AFRC le 7 mars 2005 et le procès du CDF le 3 juin 2004. Le Procureur a terminé la présentation des moyens à charge dans les procès du CDF et de l'AFRC le 14 juillet 2005 et le 21 novembre 2005 respectivement. Texte consultable à l'adresse <<http://www.sc-sl.org>> (dernière visite le 21 mars 2006).

Contrairement au TPIR qui, en tant qu'organe subsidiaire du Conseil de sécurité des Nations Unies, peut faire rapport à ces dernières instances sur la non-coopération des États, le TSSL ne bénéficie pas de tels pouvoirs. Le TSSL dépend dans une très large mesure des États et doit compter sur leur bonne volonté pour obtenir non seulement l'arrestation et le transfèrement de tous les accusés mais aussi d'un soutien pour la circulation et le changement de lieu de résidence des témoins. L'affaire Charles Taylor a mis en lumière cette dépendance par rapport à la coopération des États. Condamné par le Tribunal spécial, Charles Taylor, l'ex-président du Libéria, s'est vu octroyer l'asile au Nigéria en août 2003. Ce n'est qu'en mars 2006, avec la fin de son asile par les autorités nigérianes, que Charles Taylor a été enfin transféré au Tribunal spécial. Cela s'est produit quelque mois après que le Conseil de sécurité eut accordé à la Mission des Nations Unies au Libéria un mandat au titre du chapitre VII pour arrêter Charles Taylor au cas où il retournerait dans son pays⁵⁵. Alors que l'arrestation et le transfèrement de Charles Taylor ont été favorablement accueillis par la communauté internationale, il est apparu clairement que l'exercice efficace du mandat du Tribunal spécial dépend pour beaucoup de l'assistance que les États choisissent d'apporter.

La CPI sera probablement confrontée, dans ses relations avec les États, à des problèmes similaires à ceux rencontrés par le TPIR et le TSSL, en particulier en ce qui concerne l'accès aux sites des crimes, la protection des témoins, la préservation des témoignages, et les arrestations des accusés. Bon nombre des affaires que la CPI aura à connaître émaneront sans doute de pays relevant d'un conflit, dont les infrastructures ont été très affaiblies par les hostilités et les ressources nationales appauvries. De plus, le lieu du siège de la CPI sera un facteur important. Le fait d'établir le siège à La Haye, à une certaine distance du contexte des crimes, ne facilitera pas les travaux de la Cour. Par souci de recherche d'avantages pratiques et pour ne pas mettre les témoins dans un environnement trop étranger en ayant à se rendre à La Haye pour témoigner, il se peut que la CPI ait à envisager de s'établir ailleurs, par exemple à Arusha, pour l'audition des témoins cités à comparaître en provenance de la République démocratique du Congo ou de l'Ouganda. Aussi, l'appui et les structures de l'État pourraient être essentielles à la CPI pour l'exercice efficace de ses fonctions. Dans une des premières situations engagées par la CPI certaines de ces considérations sont déjà d'actualité.

Au Darfour, la coopération des États a posé problème et l'insécurité qui prévaut au Darfour semble avoir entravé les enquêtes. Les rapports établis par le Procureur de la CPI à l'intention du Conseil de sécurité des Nations Unies sur les actions menées pour mettre en œuvre la résolution 1593 aident à mieux comprendre les problèmes rencontrés par le Procureur et son équipe au Darfour. Dans son premier rapport au Conseil de sécurité, en date du 29 juin 2005, le Procureur a fourni un aperçu des enquêtes préliminaires: un travail

55 Document des Nations Unies S/RES/1638 (2005) du 11 novembre 2005.

colossal sur la collecte et l'analyse, notamment les 2 500 éléments obtenus de la Commission d'enquête internationale et les plus de 3 000 documents émanant de plus d'une centaine de groupes et de personnes. Selon le Procureur de la CPI, il existe un nombre significatif d'informations crédibles faisant état de la perpétration de crimes graves relevant de la compétence de la CPI, comprenant les meurtres de milliers de civils, ce qui a abouti au déplacement d'approximativement 1,9 million de civils⁵⁶.

La protection des témoins et des victimes, qui ne pourrait pas être assurée en raison de l'insécurité qui persiste au Darfour, est au cœur des préoccupations de la CPI, ainsi que le Procureur l'a indiqué dans son rapport le plus récent adressé au Conseil de sécurité, en date du 13 décembre 2005⁵⁷. Le Procureur a estimé qu'il s'agissait d'un obstacle important non seulement pour les enquêtes menées par la CPI mais aussi aux travaux des organes judiciaires mis en place par les autorités soudanaises. Le Procureur a néanmoins indiqué que son Bureau procéderait prochainement à des enquêtes approfondies, et axera en particulier son attention sur des incidents spécifiques et sur les personnes qui portent la plus lourde responsabilité pour ces crimes. Il a souligné toutefois qu'aucune décision n'a été prise à ce stade quant aux personnes qu'il faudrait poursuivre⁵⁸.

Dans ses rapports au Conseil de sécurité sur le Darfour, le Procureur de la CPI a mis également l'accent sur la question de la complémentarité. Depuis que le Conseil de sécurité des Nations Unies a déferé la situation à la CPI pour instruction des dossiers, les autorités soudanaises semblent avoir pris les mesures qui s'imposent pour engager des poursuites au niveau national et ont établi un groupe spécial composé de juges nationaux pour enquêter sur les crimes qui auraient été commis au Darfour⁵⁹. Le Procureur de la CPI a indiqué que tout en déterminant la recevabilité de la situation du Darfour, il avait reçu des informations des autorités soudanaises concernant notamment le système judiciaire soudanais, l'administration de la justice au Darfour et les systèmes traditionnels pour d'autres modalités de règlement des différends. La CPI a également étudié les tribunaux spéciaux et les tribunaux spécialisés qui avaient été mis en place en 2004 par les autorités soudanaises, les comités contre le viol établis par ordonnance ministérielle en 2004 ainsi que la commission nationale d'enquête, et d'autres organes *ad hoc* et non judiciaires⁶⁰. Le Procureur a expliqué que si le cas du Darfour était recevable devant la CPI, «cette décision n'exprime

56 Rapport du Procureur de la Cour pénale internationale, M. Luis Moreno Campo, au Conseil de sécurité des Nations Unies conformément à la résolution 1593 (2005), p. 4. Texte consultable à l'adresse <<http://www.icc-cpi.int>> (dernière visite le 21 mars 2006).

57 Deuxième rapport du Procureur de la Cour pénale internationale, M. Luis Moreno Campo, au Conseil de sécurité des Nations Unies en application de la résolution 1593 (2005), texte consultable à l'adresse <<http://www.icc-cpi.int>> (dernière visite le 21 mars 2006).

58 *Ibid.*, p. 3.

59 Rapport du Procureur au Conseil de sécurité conformément à la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité des Nations Unies, p. 4.

60 *Ibid.*

aucune détermination sur le système juridique soudanais en tant que tel, mais est essentiellement le résultat de l'absence de procédures pénales se rapportant aux affaires sur lesquelles il se focaliserait⁶¹ ».

Il ressort de ce bref examen de quelques défis logistiques que les juridictions pénales internationales ont dû à ce jour relever pour fonctionner que bon nombre des problèmes qu'elles ont rencontrés ont été identiques. La confiance, voire la dépendance de la coopération et de la bonne volonté des États pour l'exercice de leurs mandats est, en particulier, un thème récurrent. Les tribunaux internationaux ont dû constamment solliciter le concours des États pour leur financement, pour l'arrestation et le transfèrement des accusés ainsi que pour garantir la comparution et la protection des victimes. Il semble au premier abord que la CPI devra probablement définir son rapport avec les États et établir avec chacun d'entre eux un *modus vivendi* valable.

Achèvement des travaux

En raison de leur nature *ad hoc*, le TPIR et le TSSL savaient dès leur création qu'en tant qu'institutions temporaires à compétence limitée, ils devraient clairement établir comment procéder afin d'exercer efficacement leurs mandats dans un cadre temporel donné. Par conséquent, le Procureur du TPIR avait décidé assez tôt de mener les enquêtes et d'engager les poursuites à l'encontre des personnes encourant la plus lourde responsabilité des crimes commis au Rwanda en 1994 afin de limiter le nombre d'affaires à juger à Arusha.

En 2003, le Conseil de sécurité a confirmé que le moment était venu pour le TPIR et pour le TPIY, de commencer à réduire leurs activités et à y mettre un terme. Le Conseil de sécurité a approuvé les plans qui avaient été mis en place par les tribunaux *ad hoc*, et où il était suggéré que les tribunaux devraient achever leurs enquêtes au plus tard en 2004, tous les jugements d'instance à l'horizon 2008, et les procédures d'appel en 2010⁶². Cette stratégie dite « stratégie d'achèvement des travaux » a pu paraître coercitive au regard du temps requis alors pour le déroulement des procès. Toutefois, les tribunaux semblent avoir bénéficié des moyens nécessaires pour relever ce défi. Au TPIR, la création d'un groupe de 18 juges *ad litem* en août 2002, élus en 2003⁶³, et la construction d'une quatrième salle d'audience ont augmenté la capacité judiciaire. L'arrivée des juges *ad litem* et une planification judiciaire méthodique ont permis d'accroître considérablement le nombre de jours d'audience dans les nouveaux procès, doublant pratiquement la capacité du TPIR⁶⁴.

61 *Ibid.*, et deuxième rapport du Procureur de la Cour pénale internationale au Conseil de sécurité des Nations Unies en application de la résolution 1593 (2005), pp. 5-6.

62 Documents des Nations Unies S/RES/1503 (2003) du 28 août 2003 et S/1534/2004 du 26 mars 2004. Le TPIR doit encore confirmer s'il est mesuré d'achever pour 2010 les procédures en appel. Si cette date est maintenue, le TPIR fermera ses portes près de seize ans après les événements au Rwanda en 1994, ayant mené à terme les affaires à l'encontre de 65 à 70 personnes.

63 Document des Nations Unies S/2002/1431 du 8 août 2002.

64 Mose, voir *supra* note 47.

Néanmoins, l'examen de la stratégie d'achèvement des travaux du TPIR, mise à jour et soumise au Conseil de sécurité en mai et en novembre de chaque année, montre que le TPIR devra tenir un calendrier très serré pour respecter sa date butoir de 2008 et mener à terme tous les procès. La stratégie d'achèvement des travaux doit être soigneusement planifiée en tenant compte de la disponibilité des ressources, de la durée des procès (y compris des estimations sur le nombre de jours d'audience requis pour chaque affaire) et du nombre d'affaires transférables aux juridictions nationales. Toutefois, dans les mises à jour présentées en 2005 au Conseil de sécurité, le Président du TPIR s'est montré confiant que le Tribunal respecterait son calendrier⁶⁵.

La stratégie d'achèvement a été contestée principalement parce que les affaires ayant fait l'objet d'enquêtes par des procureurs de juridictions internationales pouvaient être déférées devant des juridictions nationales. Le Procureur du TPIR entendait renvoyer 41 affaires aux juridictions nationales, dont des dossiers appelant un complément d'enquête et d'autres affaires sur lesquelles les enquêtes avaient déjà été bouclées et dans lesquelles les actes d'accusations avaient déjà été établis, les accusés/suspects quelquefois arrêtés et en attente de jugement. La décision de transférer les affaires pour lesquelles les actes d'accusation ont été confirmés relève des juges du TPIR, en vertu de l'article 11*bis* du Règlement de procédure et de preuve. Les procureurs ont déclaré qu'ils négociaient avec un certain nombre d'États, notamment le Rwanda, pour qu'ils prennent sur eux certaines affaires⁶⁶. L'acceptation au titre de la législation nationale des États de poursuivre les personnes présumées responsables de crimes relevant du Statut du TPIR, la capacité actuelle des juridictions nationales à transférer des affaires et l'existence de la peine de mort sont des questions dont le TPIR doit tenir compte lors du transfert des affaires⁶⁷. De plus, l'éventuel échec du transfert des affaires aux autorités nationales risque de compromettre la stratégie d'achèvement.

Les rédacteurs du Statut du TSSL se sont fondés sur l'expérience des tribunaux *ad hoc* et ont précisé que le mandat du Tribunal consiste à juger les personnes qui portent la plus lourde responsabilité des crimes relevant dudit mandat⁶⁸. Le TSSL devrait donc faire porter ses efforts et son attention sur quelques dirigeants principaux et ne juger qu'un nombre limité d'affaires. L'achèvement des travaux du TSSL devait donc intervenir dans un délai de trois ans⁶⁹. En

65 Stratégie d'achèvement des travaux du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Document des Nations Unies S/2005/336 du 24 mai 2005, et allocutions du Président du TPIR au Conseil de sécurité des Nations Unies, ICTR/Info-9-2-460, Arusha, 16 décembre 2005, textes consultables à l'adresse <<http://www.ictr.org>> (dernière visite le 21 mars 2006).

66 *Ibid.*, à compter de novembre 2005, les dossiers d'une trentaine de suspects ont été renvoyés devant les juridictions rwandaises et un dossier devant les juridictions belges.

67 *Ibid.*

68 Article premier (création du Tribunal spécial) du Statut du TSSL.

69 Lettres identiques datées du 26 mai 2005, adressées au Président de l'Assemblée générale et à la Présidente du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, transmettant le plan d'achèvement des travaux du TSSL (18 mai 2005) (Stratégie d'achèvement), Document des Nations Unies A/59/816-S/2005/350 du 27 mai 2005, par. 37.

avril 2004, l'Assemblée générale des Nations Unies a prié le Secrétaire général d'inviter le TSSL à adopter un plan d'achèvement de ses travaux⁷⁰. Bien que cette demande n'ait été faite que quelques années après que le TSSL ait commencé à fonctionner, elle n'a été guère surprenante compte tenu des demandes similaires qui avaient été faites au TPIR et au TPIY en 2003, lues conjointement avec la durée de vie implicite de trois ans du TSSL.

Dans la stratégie d'achèvement des travaux établie par le TSSL, ce dernier a estimé que les procès concernant les membres du CDF et de l'AFRC pourraient être achevés (au niveau de la Chambre de première instance) en 2005 ou début 2006, et les appels dans ces affaires entendues vers le milieu 2006. Le TSSL espérait également que les procès des membres du RUF, notamment en appel, se termineraient au milieu de 2007⁷¹. On peut néanmoins se demander si le TSSL sera en mesure de respecter ce calendrier⁷².

Pourtant, en donnant 2007 comme date estimative pour l'achèvement des travaux, le Greffier du TSSL a précisé que le fait que Charles Taylor et Johnny Koroma n'aient toujours pas été appréhendés, risquait encore de retarder la date d'achèvement⁷³. Il a expliqué que tant que les actes d'accusation les concernant n'auront pas été retirés, ou tant qu'ils n'auront pas été traduits devant le TSSL, il sera impossible de déterminer la date à laquelle tous les procès seront menés à bien, et donc, quand le TSSL aura terminé ses travaux⁷⁴. Il sera intéressant de voir si l'arrestation récente de Charles Taylor et son procès imminent forceront le Greffier à réviser cette date.

Bien que des doutes subsistent quant à la date exacte à laquelle le TPIR et le TSSL seront clos, il est désormais clair que leurs jours sont comptés et qu'ils fermeront dans les années à venir. D'ici là, le TPIR et le TSSL n'auront jugé qu'un petit nombre de personnes, la majorité des criminels restants devant encore être jugés par les juridictions nationales. Cela s'inscrit bien sûr de façon cohérente dans le cadre de leurs mandats limités qui sont de nature *ad hoc*, et

70 Document des Nations Unies A/58/284 du 8 avril 2004.

71 Lettres identiques datées du 26 mai 2005, adressées au Président de l'Assemblée générale et à la Présidente du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, Plan d'achèvement des travaux du TSSL (18 mai 2005) (Stratégie d'achèvement), Document des Nations Unies A/59/816-S/2005/350 du 27 mai 2005.

72 La présentation des moyens à décharge dans le procès du CDF a redémarré en janvier 2006 et le procès du RUF le 28 février 2006 ; aucune date n'a encore été fixée pour le début de la défense dans le procès de l'ARFC, aucune motion d'acquiescement ne devant être entendue avant la mi-janvier. Texte consultable à l'adresse <<http://www.sc-sl.org>> (dernière visite le 21 mars 2006). Par conséquent, si le TSSL réussit à respecter le calendrier de sa stratégie d'achèvement des travaux, il aura fallu près de cinq années au TSSL pour achever les affaires contre l'accusé déjà en détention, un peu plus que les trois ans initialement prévus par la communauté internationale.

73 Lettres identiques datées du 26 mai 2005, adressées au Président de l'Assemblée générale et à la Présidente du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, Plan d'achèvement des travaux du TSSL (18 mai 2005) (Stratégie d'achèvement), Document des Nations Unies A/59/816-S/2005/350 du 27 mai 2005.

74 *Ibid.*, par. 36. Une position similaire a été adoptée par le TPIY dans sa stratégie d'achèvement concernant les arrestations de Mladić et Karadžić. Voir communiqué de presse sur l'allocation du Président Pocar au Conseil de sécurité, 15 décembre 2005, CVO/MO/1037^e, texte consultable à l'adresse <<http://www.un.org/icty>> (dernière visite le 21 mars 2006).

avec le principe de concurrence des juridictions, affirmé dans les Statuts du TPIR et du TSSL. Ces tribunaux n'étant concernés que par la poursuite de ceux qui portent la plus lourde responsabilité des atrocités commises au Rwanda et en Sierra Leone, il importe que les travaux de ces tribunaux se poursuivent par des initiatives nationales, telles que les tribunaux nationaux et la justice communautaire sous forme de juridictions *gacaca* au Rwanda, et d'autres initiatives, telles que la Commission Vérité et Réconciliation en Sierra Leone.

Même si la CPI est une institution permanente, il n'en reste pas moins que les États parties ne ménageront aucun effort pour rationaliser ses activités. Pour chaque situation, il faudra vraisemblablement délimiter clairement les paramètres des travaux, décider du nombre de suspects à enquêter, poursuivre et juger, et envisager comment définir les personnes qui portent la «plus lourde responsabilité». La CPI – chargée uniquement de juger les personnes qui encourent la plus lourde responsabilité – devra veiller à ce que les juridictions internationales continuent à promouvoir la lutte contre l'impunité. À cet égard, la CPI pourra peut-être tirer des enseignements très précieux du TPIR et du TSSL.

Remarques de conclusion

L'examen des activités du TPIR et du TSSL montre que l'administration de la justice par les juridictions internationales est un processus complexe et souvent très long. En effet, à la fin 2005, le TPIR célébrait son onzième anniversaire, le TSSL achevait sa quatrième année d'existence, et la CPI existait depuis plus de trois ans et demi.

Alors que le TSSL a été établi avec l'intention de remédier à ce qui était perçu comme étant les faiblesses des tribunaux *ad hoc*, avec encore tant d'inconnues concernant sa durée de vie, il est difficile de dire si cette juridiction hybride est un modèle plus fiable pour apporter la justice dans un pays décimé par des violations du droit international humanitaire et d'autres crimes. Il se peut qu'il soit plus proche des victimes et donne à la Sierra Leone et, si possible, à son peuple le sentiment qu'ils sont parties prenantes. Néanmoins, le TSSL a rencontré de nombreux problèmes auxquels le TPIR a déjà eu à faire face, et qui sont peut-être tous inhérents aux efforts déployés pour administrer la justice internationale. Il semblerait donc que le fait que les institutions pénales internationales exercent avec efficacité leur mandat relève en définitive moins de la manière dont ces institutions ont été créées que du soutien qu'elles reçoivent des États. En effet, par leurs activités et leur application du droit, le TPIR et le TSSL nous ont rappelé que les juridictions pénales internationales ne fonctionnent pas dans le vide mais que leur fonctionnement est largement tributaire de la coopération des États.

Les espoirs et les attentes des victimes, des États concernés et de la communauté internationale de la CPI sont très élevés. Il est beaucoup trop tôt pour se prononcer sur le fonctionnement de cette juridiction qui n'en est qu'à

ses débuts. Seul le temps dira si les leçons tirées du fonctionnement du TPIR et du TSSL seront de quelque façon bénéfiques aux travaux de la CPI, en particulier en Afrique, puisque la CPI avance au fil de ses travaux. Les premiers rapports intérimaires de la CPI laissent entendre qu'elle risque d'être confrontée à de nombreuses difficultés similaires à celles que le TPIR et le TSSL ont rencontrées lorsqu'ils ont essayé de traduire en justice les auteurs présumés de violations graves du droit international humanitaire, d'actes de génocide et de crimes contre l'humanité.

Toutefois, grâce au concours que la plupart des États, notamment les États africains, apportent à toutes les juridictions pénales internationales, il y a lieu d'être optimiste et d'espérer que le TPIR, le TSSL et la CPI permettront à la justice pénale internationale de primer sur l'impunité en Afrique. En effet, c'est un État africain, le Sénégal, qui a été le premier pays à ratifier le Statut de la CPI, et une majorité d'États africains ont suivi. Près d'un tiers des États signataires au Statut de Rome sont africains. De plus, l'Union africaine, dans l'article 4 (Principes) de son Acte constitutif, s'est réservé le droit d'intervenir dans un État membre au sujet de circonstances graves, telles que les crimes de guerre, les actes de génocide et les crimes contre l'humanité, et a souligné son engagement à ne pas accorder l'impunité. Le continent africain n'est donc pas seulement au cœur des plus grands efforts déployés par la justice pénale internationale, il devient clairement un de ses protagonistes au fur et à mesure que les États africains la promeuvent plus activement.

Il est probablement inévitable que certaines tensions existent entre les autorités nationales et les juridictions pénales internationales lorsqu'elles administrent la justice en faveur des victimes de certains des crimes les plus abominables que l'humanité ait connus. Néanmoins, les expériences du TPIR et du TSSL, et la CPI naissante, ont montré que l'Afrique, tout en étant le continent sur lequel la majorité de ces crimes ont été commis au cours des dernières décennies, est aussi un continent qui s'est clairement engagé à traduire en justice les responsables de telles atrocités.

Organisations humanitaires et juridictions pénales internationales: la quadrature du cercle?

Anne-Marie La Rosa*

Anne-Marie La Rosa est conseillère juridique au CICR. L'auteur enseigne aussi le droit international pénal au Centre universitaire de droit international humanitaire à Genève (CUDIH).

Résumé

Cet article approfondit la question du rôle des organisations humanitaires dans le cadre de procédures judiciaires dans un environnement global modifié par l'opérationnalisation des juridictions pénales internationales. Il tente d'expliquer les tiraillements et tensions auxquelles les organisations humanitaires doivent faire face lorsqu'il est question de porter assistance et protection aux victimes de conflits et autres situations de violence, d'une part, et de contribuer à la lutte contre l'impunité en cas de violations graves du droit international humanitaire, d'autre part. Il propose quelques éléments d'un cadre d'action qui devraient contribuer à la réalisation par ces organisations humanitaires de ces deux objectifs difficiles à concilier.

.....

Il est communément entendu que les organisations humanitaires qui interviennent lors de conflits armés en vue d'assister et de protéger les populations civiles connaissent des faits qui, dans bien des cas, pourraient constituer des

* Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre «Humanitarian organizations and international criminal tribunals, or trying to square the circle», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No 861, March 2006, pp. 169-186.

Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR.

preuves pertinentes dans le cadre de procédures pénales internationales. En exécutant leurs tâches sur place, ces organisations sont à même de relater le déroulement des événements, voire d'être témoins ou victimes directs de violations graves du droit international humanitaire. Dans certains cas, ces organisations sont l'unique présence internationale tolérée sur les lieux par les parties aux conflits dans le contexte de situations particulièrement délicates donc propices à la violation du droit international humanitaire. Loin d'être théorique, cette considération s'est reflétée dans la pratique des Procureurs des tribunaux pénaux internationaux (TPI) qui ont eu recours à différents égards au témoignage volontaire de représentants d'organisations humanitaires. C'est dans cet esprit du reste que le Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) aurait souhaité en 1999 faire entendre un ex-employé du CICR, affaire qui a résulté dans l'important prononcé relatif à l'immunité testimoniale absolue du CICR, repris par la suite dans les documents constitutifs de la Cour pénale internationale (CPI).

Aujourd'hui, avec l'opérationnalisation de la CPI, la question du rôle des organisations humanitaires dans le cadre de procédures judiciaires internationales revêt une importance particulière et dépasse la compétence géographique limitée des tribunaux *ad hoc*. Elle englobe l'ensemble des situations susceptibles de faire l'objet d'une enquête par la CPI, c'est-à-dire, bien souvent, celles où des efforts humanitaires ont été ou sont déployés. Dans leur travail d'enquête, les représentants de la CPI côtoient, dans le même théâtre d'opérations, tout aussi bien des acteurs nationaux ou internationaux de l'humanitaire que des représentants d'États tiers, d'organisations internationales ou d'organisations non gouvernementales qui interviennent à différentes fins auprès des mêmes populations affectées. Certaines des organisations présentes sur le terrain travaillent aussi activement à la collecte des preuves qui pourraient être utiles au Procureur de la CPI, ce qui rend parfois la distinction entre tous ces intervenants difficile à établir. L'attaque des travailleurs humanitaires dans la période qui a suivi l'émission des premiers mandats d'arrêt de la CPI en Ouganda pourrait être révélatrice du fait que les individus susceptibles d'être jugés par la CPI voient dans les organisations actives sur le terrain des auxiliaires d'enquête, de possibles informateurs ou des témoins clefs pour ce tribunal¹. Ils pourraient être tentés de les éliminer, soit en attendant directement à leur sécurité soit en leur empêchant purement et simplement l'accès aux lieux de leurs crimes, et par voie de conséquence, aux personnes directement affectées.

Cet article propose de dresser un état des relations qui se sont tissées entre les organisations humanitaires et les juridictions pénales internationales

1 Pour des mentions de ces incidents dans la presse, voir Oxfam International, Communiqué de presse, «Recent Killings of Aid Workers Leave Hundreds of Thousands Without Help and Living in Fear in Northern Uganda», 26 octobre 2006, disponible à http://www.oxfam.org/en/news/pressreleases2005/pr051026_uganda (visité le 5 avril 2006).

depuis leur mise en place. Il tente de prendre en considération, dans la mesure du possible, l'ensemble des organisations humanitaires même si, en pratique, la diversité de leurs mandats peut avoir un impact sur la nature des liens qu'elles entretiennent avec les organes judiciaires. Il propose de présenter le cadre juridique selon lequel un rapprochement peut être établi et les incitatifs prévus pour encourager la coopération de ces importants acteurs dans le processus judiciaire. Dans ce contexte les dispositions pertinentes des textes constitutifs des tribunaux pénaux internationaux et les derniers développements de leur jurisprudence seront examinés. Dans une seconde partie, l'étude s'interroge sur les conditions qui devraient permettre la mise en œuvre dans le système global d'action humanitaire du double objectif d'assister les victimes de conflits ou situations de violence et réprimer les violations graves du droit, lorsque cette dernière composante implique une collaboration avec les juridictions pénales internationales. A cet égard, un regard sera posé sur les mesures qui pourraient être prises de manière préventive, c'est-à-dire en amont du moment où la coopération judiciaire est effectivement requise. Dans les cas où la participation judiciaire devient inévitable, différents moyens d'action et aménagements auxquels les organisations peuvent avoir recours aux fins de minimiser l'impact de leur participation dans le processus judiciaire sur leurs activités opérationnelles ou celles des autres organisations seront ensuite exposés.

État des lieux des relations des organisations humanitaires avec les juridictions pénales internationales

Le fait que les organisations humanitaires sont perçues comme possédant des informations qui pourraient constituer des preuves dans le cadre d'une procédure pénale internationale, les a obligées à évaluer, dès que les juridictions pénales internationales sont devenues opérationnelles, l'impact d'une participation judiciaire sur la réalisation de leur mandat. De manière générale, toutefois, les organisations humanitaires n'ont pas rendu publiques les politiques qu'elles auraient pu avoir adoptées aux fins de fixer le cadre de cette collaboration, sans que cette absence ne les ait empêchées, dans la pratique, de développer des liens avec les instances pénales internationales. Seul le CICR a ressenti le besoin de rappeler sa politique relative aux juridictions pénales internationales qui s'inscrit dans le cadre plus large de celle visant à préciser ses démarches en cas de violations du droit international humanitaire². Au regard de ces lignes directrices, il a choisi de ne pas participer

2 «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, N° 858, juin 2005, pp. 393-400, également disponible à : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/iwplList596/1E6DDCBB4E9E45F5C125706000349D6F> (visité le 5 avril 2006) (ci-après lignes directrices). Une version antérieure de ces lignes directrices a été publiée dans la *Revue internationale de la Croix Rouge*, N° 221, mars-avril 1981, pp. 76-83.

aux procédures judiciaires, ce qui signifie qu'il ne fournit aucun document interne ou confidentiel et ne comparaît pas en tant que témoin, même protégé. Toutefois, il est disposé à fournir les documents qu'il aurait déjà rendus publics aux parties qui lui en font la demande. Il entretient également des contacts avec les autorités judiciaires sur des questions générales d'application ou d'interprétation du droit international humanitaire³. De cette manière, le CICR entend concilier ses prérogatives opérationnelles avec ses obligations liées à la promotion du droit international humanitaire et, dans ce cadre, à la lutte contre l'impunité.

D'autres organisations humanitaires ont repoussé les limites de leur collaboration en acceptant de participer dans les procédures judiciaires internationales de différentes manières. La pratique des juridictions pénales internationales révèle que les rapports des organisations humanitaires et de celles des droits de la personne sont produits comme éléments de preuve à charge, parfois sans nécessité de faire comparaître leurs auteurs. Lorsque ces rapports sont mentionnés dans les jugements, l'on semble leur accorder une valeur probante certaine, à tout le moins pour ce qui est de fixer le contexte dans lequel les crimes spécifiques ont été perpétrés. En outre, certaines organisations humanitaires ont accepté de témoigner en faveur de l'accusation. De toute façon, il semble qu'elles auraient pu être contraintes de ce faire en raison des larges pouvoirs coercitifs dévolus aux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* en vue d'obtenir la coopération des personnes ou entités susceptibles de détenir des éléments de preuve.

En règle générale, la collaboration des organisations humanitaires, ou de bien d'autres organisations, est soigneusement circonscrite dans le cadre de négociation avec la partie qui souhaite la faire comparaître, souvent le Procureur. En outre, le témoignage peut être conditionnel à certains aménagements qui seront détaillés ci-dessous. Enfin, la jurisprudence des juridictions pénales internationales est venue compléter les textes applicables en précisant les conditions au regard desquelles certaines mesures de protection ou privilèges prévus ou non dans les documents constitutifs peuvent être octroyés et les organisations qui pourraient s'en prévaloir.

Cadre juridique du témoignage des organisations humanitaires et aménagements applicables

Il convient de distinguer trois cas de figure: les TPI pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR), le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et enfin la CPI⁴.

3 Lignes directrices, p. 398.

4 Sur cette question, voir K. Mackintosh, «Note for humanitarian organisations on co-operation with international tribunals», *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 86, N° 853, mars 2004, pp. 131-141.

Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda

Les statuts des TPI imposent expressément aux États l'obligation de collaborer avec eux⁵. Il y est notamment spécifié que les États collaborent avec les TPI et répondent sans retard à toute demande d'assistance ou ordonnance concernant la réunion des témoignages et la production des éléments de preuve. Cette obligation présente une force contraignante qui découle des dispositions du Chapitre VII et de l'article 25 de la Charte des Nations Unies⁶. Les États doivent dès lors répercuter au niveau national un système qui permette d'obtenir des personnes physiques ou morales, y compris de manière forcée, les éléments de preuve requis par les TPI. En cas de résistance, ces entités pourraient faire l'objet de procédure d'outrage au tribunal.

Dans ce contexte, lorsque les organisations humanitaires sont approchées par l'une ou l'autre des parties aux fins d'obtenir leur coopération, notamment dans le cadre d'un témoignage, elles peuvent avoir recours à différents mécanismes prévus dans les textes aux fins de minimiser l'impact de cette action sur leurs activités opérationnelles et réduire le plus possible – si tel est leur souhait et les conditions remplies – la publicité qui pourrait en résulter. Par exemple, elles peuvent fournir l'information à l'Accusation en lui demandant de préserver la confidentialité des sources, même si l'information est de nature exculpatrice, et peu importe le but recherché⁷. Également, elles peuvent demander de faire l'objet de mesures de protection qui limitent la divulgation de l'information au public en général, voire à la défense⁸. Enfin, elles peuvent proposer de fournir une déclaration écrite plutôt que de comparaître en personne dans le prétoire⁹.

Sierra Leone

La situation qui prévaut pour le Tribunal spécial pour la Sierra Leone est similaire à celle décrite pour les TPI à l'exception près que l'obligation de coopération ne concerne que la Sierra Leone. Au regard de l'entente qui lie cet État aux Nations Unies, le gouvernement s'engage à coopérer avec le Tribunal spécial¹⁰.

5 Statut du TPIY, art. 29; Statut du TPIR, art. 28. Cette obligation est réaffirmée au paragraphe 4 de la Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité pour ce qui est du TPIY et au paragraphe 2 de la Résolution 955 (1994) en ce qui concerne le TPIR. Voir aussi art. 54 des Règlements de procédure et de preuve (RPP) des TPI.

6 TPIY, *Blaskić*, Chambre d'appel, cas N° IT-95-14, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997 (29 octobre 1997), par. 26.

7 RPP des TPI, art. 68 (modifié en 2004) et 70. Pour une interprétation extensive de cette disposition qui ne prend pas en considération le but recherché par la divulgation confidentielle (par exemple l'obtention d'autres éléments de preuve), voir TPIY, *Milošević*, Chambre d'appel, cas N° IT-02-54, version publique de la décision relative à l'interprétation et à l'application de l'art. 70 du Règlement (23 octobre 2002), par. 20 et 25.

8 *Ibid.*, art. 75.

9 *Ibid.*, art. 92 bis.

10 Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, art. 17 (16 janvier 2002).

Dans cet esprit, la loi de mise en œuvre dispose que les ordonnances émises par le Tribunal porteront le même effet que celles des tribunaux nationaux, c'est-à-dire que leur est attaché un pouvoir contraignant qui pourrait permettre de forcer un témoin récalcitrant présent sur le territoire de la Sierra Leone à comparaître, y compris pour ce qui est des collaborateurs des organisations humanitaires¹¹. Toutefois, il est évident que ce pouvoir n'excède pas les frontières de la Sierra Leone et qu'il n'existe pas d'obligation similaire pesant sur les autres États.

La Cour pénale internationale

Contrairement aux TPI établis par résolution du Conseil de sécurité adoptée conformément au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, les fondements de la CPI sont consensuels. En outre, à la différence des statuts des TPI qui proclament leur primauté sur les juridictions nationales, la CPI est complémentaire des juridictions pénales nationales et tous les mécanismes de coopération prévus dépendent de cette constatation. Il n'est dès lors plus question d'obligation dont la force contraignante découle des pouvoirs dévolus au Conseil de sécurité par la Charte des Nations Unies. Pourtant l'obligation qu'ont les États parties ou non au Statut de la CPI de coopérer avec elle demeure puisque les États sont toujours liés par les exigences du droit international en général et du droit international humanitaire. Plus précisément, pour ce qui est des États parties, le Statut prévoit une obligation générale de coopération des États dans les enquêtes et les poursuites que la CPI mène¹². En outre, le Statut prévoit que les États doivent faire droit aux demandes d'assistance de la CPI concernant la comparution volontaire de témoins, ce qui laisse entendre que la CPI ne posséderait pas les pouvoirs nécessaires pour contraindre un témoin à comparaître¹³. Toutefois, il est certes possible que les lois de mise en œuvre nationales dépassent les exigences du Statut et prévoient des sanctions en cas de résistance des témoins.

Pour ce qui est des États non parties, il est évident qu'aucune obligation conventionnelle de coopération ne les lie. Or, la possibilité que donne le Statut à ces États de collaborer avec elle¹⁴ s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'obligation posée par le droit international humanitaire de réprimer les infractions graves. Il n'est pas exclu non plus qu'en collaborant, l'État non partie s'exécute alors afin de respecter son obligation d'agir pour mettre un terme aux violations graves du droit international humanitaire¹⁵.

Les documents constitutifs de la CPI offrent des mécanismes similaires à ceux des TPI pour ce qui est d'inciter les témoins à comparaître ou à fournir des éléments de preuve. Ainsi, le Procureur peut s'engager à ne divulguer à

11 The Special Court Agreement, 2002, Ratification Act, 2002, art. 20.

12 Statut de la CPI, art. 86.

13 *Ibid.*, art. 93, par. 1(e).

14 *Ibid.*, art. 87, par. 5.

15 Protocole additionnel I, art. 89.

aucun stade de la procédure les documents ou renseignements qu'il a obtenus sous la condition qu'ils demeurent confidentiels et ne servent qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve¹⁶. Également, les témoins peuvent bénéficier de différentes mesures de protection visant à limiter l'information qui pourrait être rendue publique¹⁷. A la différence des TPI, il est expressément prévu que toute décision de la CPI à cet égard ne doit pas être préjudiciable aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial et doit également tenir compte des besoins des victimes¹⁸. Enfin, les organisations humanitaires pourraient se prévaloir de la règle relative à la confidentialité en arguant que l'information qu'elles détiennent dans le cadre de leurs fonctions n'est pas sujette à divulgation judiciaire¹⁹. Bien que seul le CICR soit mentionné comme couvert par le secret professionnel, ce qui a pour conséquence que tous renseignements, documents ou autres éléments de preuve qui seraient tombés en la possession du CICR dans l'exercice de ses fonctions ne peuvent être divulgués, les textes autorisent les autres organisations humanitaires à faire la démonstration du caractère confidentiel de leurs informations²⁰.

Jurisprudence

Depuis 1999, des décisions des TPI et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, venues s'ajouter à celle prononcée dans l'affaire *Simić*, concernent les travailleurs de l'humanitaire au sens large. Certaines testent les dispositions détaillées ci-dessus et précisent les conditions de leur application. D'autres discutent de la reconnaissance de privilèges qui auraient pour conséquence de protéger ces travailleurs contre une comparution forcée en raison de la nature du travail qu'ils effectuent.

Le Comité international de la Croix-Rouge : l'affaire Simić

Cette affaire, déjà bien connue, a soulevé la question de savoir si un ancien interprète du CICR pouvait, de sa propre initiative, témoigner en qualité de

16 Statut de la CPI, art. 54, par. 3(e) et RPP de la CPI, Règle 82.

17 Statut de la CPI, art. 68.

18 *Ibid.*

19 RPP de la CPI, Règle 73.

20 Le paragraphe 2 de la règle 73 se lit: Eu égard à la disposition 5 de la règle 63, les autres communications faites dans le cadre d'une certaine catégorie de relations professionnelles ou d'autres relations confidentielles sont considérées comme couvertes par le secret professionnel, et ne peuvent donc faire l'objet d'une divulgation qu'aux mêmes conditions que celles que fixent les dispositions 1 a) et 1 b) ci-dessus, si une des Chambres détermine que : a) Ces communications relèvent d'une certaine catégorie de relations professionnelles et s'inscrivent dans des rapports confidentiels dont on pouvait raisonnablement déduire qu'elles demeureraient privées et ne seraient pas révélées; b) La confidentialité est un aspect essentiel de la nature et de la qualité des relations existant entre l'intéressé et la personne à laquelle il s'est confié; et c) La reconnaissance du secret de ces communications servirait les fins du Statut et du Règlement. Les conditions prévues aux lettres a) et b) stipulent que la divulgation ne peut être ordonnée que si: l'intéressé y consent ou que si l'intéressé a volontairement divulgué le contenu des communications confidentielles à un tiers, qui le révèle par la suite.

témoin à charge dans une affaire dont le TPIY était saisi²¹. Dans sa décision de juillet 1999, la Chambre de première instance vient à la conclusion que le CICR jouit d'un privilège absolu de non-divulgaration des informations dont il peut se prévaloir. En d'autres termes, ni au niveau international ni au niveau national peut-il être contraint à témoigner ou à fournir quelque élément de preuve que ce soit. La Chambre ajoute que ce privilège fait partie du droit international coutumier et lie de ce fait le Tribunal lui-même.

Les précautions que prend la Chambre dans la reconnaissance du privilège de non-divulgaration limite la portée de précédent qui pourrait être attaché à la décision *Simić* pour les autres organisations humanitaires. Le TPIY insiste en effet sur le statut *sui generis* du CICR parmi les organisations humanitaires et lui reconnaît une personnalité juridique internationale nécessaire pour la réalisation de la «mission fondamentale» que les États lui ont confiée au regard des textes pertinents de droit international humanitaire, «qui est de protéger et d'aider les victimes de conflits armés²²». En outre, cette immunité testimoniale se fonde en grande partie sur la pratique constante du CICR de travailler de manière discrète et strictement confidentielle avec les parties aux conflits, approche qu'il s'est imposée aux fins de respecter les principes d'impartialité, d'indépendance et de neutralité qui fondent son action. La Chambre ajoute que, d'un autre côté, «la violation de l'obligation de confidentialité [notamment par le témoignage] aurait pour effet de détruire la relation de confiance à partir de laquelle [le CICR] travaille²³». Ceci le distingue encore davantage des autres organisations humanitaires dont les chartes constitutives ou la pratique encouragent la dénonciation des violations du droit dont elles seraient témoin. Une autre décision du TPIY, prononcée en 2002 par la Chambre d'appel et concernant un correspondant de guerre, donne de meilleures indications des mesures que le Tribunal est prêt à prendre pour accommoder les acteurs humanitaires.

Correspondant de guerre: l'affaire Brdjanin

Dans cette affaire la Chambre d'appel a été saisie d'un recours concernant une injonction de comparaître décernée par une chambre de première instance en vue de contraindre un correspondant de guerre au sujet d'une entrevue qu'il avait conduite alors qu'il couvrait le conflit en ex-Yougoslavie²⁴. Plus précisément

- 21 Différents auteurs se sont intéressés à cette affaire: Rona, G., «The ICRC Privilege not to Testify: Confidentiality in Action» disponible à : <http://www.gva.icrc.priv/web/eng/siteeng0.nsf/html/5WSD9Q?OpenDocument>; Jeannet, S., «Recognition of the ICRC's Long-standing Rule of Confidentiality», *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 82, N° 838, juin 2000, pp. 403-426; Jeannet, S., «Testimony of ICRC Delegates Before the International Criminal Court», (2000) *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 82, N° 840, décembre 2000, pp. 993-1000; La Rosa, A.-M., *Juridictions pénales internationales – la procédure et la preuve*, Presses universitaires de France, Paris, 2003, pp. 157-210.
- 22 *Simić*, Cas N° IT-95-9, décision relative à la requête de l'Accusation en application de l'art. 73 du Règlement concernant la déposition d'un témoin (27 juillet 1999), par. 47 et 72.
- 23 *Ibid.*, par. 64.
- 24 *Brdjanin*, Chambre d'appel, cas N° IT-99-36, décision relative à l'appel interlocutoire (11 décembre 2002).

l'appelant Randal avait publié en février 1993 dans le *Washington Post* un article rapportant les propos d'un accusé du TPIY, propos révélateurs de son intention criminelle en ce qui concerne certains des crimes pour lesquels il était jugé. L'injonction de comparaître permettait notamment de pouvoir confronter le journaliste dans le prétoire sur l'exactitude des sources rapportées dans son article. D'emblée, il faut noter qu'il ne s'agit pas d'une décision portant sur la protection des sources d'un journaliste puisque celles-ci étaient connues de par la publication de l'entrevue. Plutôt, il s'agissait dans cette affaire de savoir si les correspondants de guerre jouissent d'un privilège qui pourrait leur permettre de ne pas avoir à témoigner dans le cadre de procédures judiciaires.

Pour trancher, la Chambre a estimé devoir répondre à trois questions. Premièrement, elle s'est interrogée quant à savoir si le travail des correspondants de guerre sert un intérêt général. Dans l'affirmative – et c'est la deuxième question – le fait de contraindre des correspondants de guerre à témoigner devant un tribunal pourrait-il porter atteinte à leur capacité à faire leur travail? Enfin, dans l'affirmative, la Chambre s'interroge sur le critère qu'il convient d'appliquer pour concilier l'intérêt général qu'il y a à faciliter le travail des correspondants de guerre et celui de mettre tous les éléments de preuve pertinents à la disposition de la Chambre, et, le cas échéant, le droit de l'accusé de contester les éléments de preuve à charge. Nous verrons ci-dessous que ces questions pourraient aussi être pertinentes dans la protection des sources d'un collaborateur du Haut Commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

Aux deux premières questions, la Chambre répond par l'affirmative. Selon elle, les correspondants de guerre jouent un rôle capital dans la mesure où ils attirent l'attention de la communauté internationale sur les horreurs et les réalités des conflits²⁵. C'est en raison de la nature particulière de leur travail d'investigation et de diffusion qui permet aux citoyens de la communauté internationale de recevoir des informations cruciales provenant des zones de conflit qu'il faut accorder une importance particulière à la sauvegarde de la capacité des correspondants de guerre à faire leur travail et non parce qu'ils appartiennent à une catégorie professionnelle particulière. Elle reconnaît toutefois qu'il est impossible de déterminer avec certitude si, et dans quelle mesure, le fait de contraindre des correspondants de guerre à témoigner devant le Tribunal international pourrait porter atteinte à leur capacité à faire leur travail mais elle refuse d'écarter à la légère une telle éventualité. Ce qui compte vraiment, selon la Chambre, c'est que les correspondants de guerre continuent à être perçus comme des observateurs indépendants et non des témoins à charge potentiels. Elle estime dès lors que

...contraindre les correspondants de guerre à témoigner *régulièrement* devant le Tribunal international pourrait entraîner de graves conséquences sur leur capacité d'obtenir des informations et donc sur leur capacité d'informer le

25 Ibid., par. 36. Elle note en outre que «[l]es information découvertes par les correspondants de guerre ont plus d'une fois fourni d'importantes pistes aux enquêteurs du Tribunal».

public des questions d'intérêt général. La Chambre d'appel ne veut pas entraver inutilement le travail de professions qui servent l'intérêt général²⁶.

Enfin, avant de forcer un correspondant de guerre à déposer devant le Tribunal, la Chambre considère que l'organe judiciaire devra arbitrer entre l'intérêt général qu'il y a à faciliter le travail des correspondants de guerre et celui à mettre tous les éléments de preuve pertinents à la disposition de la justice. Dans ces conditions, le Tribunal ne pourra délivrer une injonction de comparaître à un correspondant de guerre que si deux conditions sont réunies. Premièrement, il doit être démontré que le témoignage demandé présente un intérêt direct et revêt une importance particulière pour une question fondamentale de l'affaire concernée. Deuxièmement, il doit être prouvé que ce témoignage ne peut raisonnablement être obtenu d'une autre source²⁷.

Cette décision de la Chambre d'appel du TPIY revêt une importance particulière compte tenu de l'autorité dont elle émane et lie les chambres de première instance²⁸. En outre, faut-il rappeler que les TPI partagent les mêmes juges d'appel²⁹ et que ceux du Tribunal spécial pour la Sierra Leone doivent, au regard de ses documents constitutifs, être guidés dans leurs prononcés par les décisions de la Chambre d'appel des TPI³⁰.

Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme – l'affaire Brima

Cette affaire, encore en instance, concerne un appel par le Procureur d'une décision d'une chambre de première instance forçant un ancien membre de la Mission d'assistance des Nations Unies en Sierra Leone à révéler les sources de l'information contenue dans les rapports qu'il a produits sur la situation prévalant dans ce pays durant la période faisant l'objet de l'acte d'accusation³¹. En d'autres termes, le Procureur s'oppose à ce qu'un tel collaborateur puisse être contraint par le Tribunal à violer l'engagement de confiance qu'il avait préalablement établi avec une partie tierce aux fins d'obtenir des informations pertinentes dans le cadre de ses fonctions³².

26 *Ibid.*, par. 44 (c'est nous qui soulignons).

27 *Ibid.*, par. 50.

28 Voir à cet égard, TPIY, *Aleksovski*, Chambre d'appel, cas N° IT-95-14/1, jugement (24 mars 2000), par. 107. Voir aussi TPIR, *Semanza*, Chambre d'appel, cas N° ICTR-97-20., décision, opinion individuelle du juge Shahabuddeen (31 mai 2000).

29 Statut du TPIR, art. 13, par. 4; Statut du TPIY, art. 14, par. 4.

30 Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, art. 20, par. 3.

31 TSSL, *Brima*, cas No SCSL-04016, Decision on the Prosecution's oral application for leave to be granted to witness TF1-150 to testify without being compelled to answer any questions in cross-examination that the witness declines to answer on grounds of confidentiality pursuant to Rule 70 (B) and (D) of the Rules (16 sept. 2006). Voir *ibid.*, Dissenting opinion of Justice Doherty on the Prosecution's oral application for leave to be granted to witness TF1-150 to testify without being compelled to answer any questions in cross-examination that the witness declines to answer on grounds of confidentiality pursuant to Rule 70 (B) and (D) of the Rules (22 septembre 2005).

32 *Ibid.*, Prosecution appeal against decision on oral application for witness TF1-150 to testify without being compelled to answer question son grounds of confidentiality (19 octobre 2005), par. 50.

L'appel examine la portée des dispositions du règlement de procédure et de preuve visant à protéger les sources de l'information soumise au Tribunal et soulève la question de savoir si cette catégorie de travailleurs en raison de la nature du travail qu'ils exécutent peuvent se justifier d'un privilège qui leur permettrait de refuser de révéler les sources de leurs informations. Précédemment, cette question avait été résolue en ne forçant tout simplement pas les témoins à les divulguer sans que les chambres ne se prononcent sur l'existence ou non d'un privilège en ce sens³³. En raison de son importance, le Haut Commissaire aux Droits de l'Homme des Nations Unies, *Amnesty International* et *Human Rights Watch* ont été autorisés à intervenir dans la procédure en qualité d'*amici curia* ³⁴.

Cette affaire s'inscrit dans la lignée des affaires précédemment mentionnées mais s'en distingue nettement à différents égards. Elle concerne en effet un collaborateur des Nations Unies, faisant partie du même système que celui des tribunaux pénaux *ad hoc*, dont la fonction première est de faire rapport sur les violations des droits de la personne. En cette qualité, son travail s'inscrit dans le seul courant de la dénonciation et le collaborateur doit être incité à témoigner devant les instances pénales internationales puisque ses rapports visent à récolter une information de première main auprès des personnes qui auraient été témoins ou victimes des violations qui relèvent de la compétence de ces tribunaux. Comme plusieurs d'entre elles redoutent la publicité qui pourrait être attachée à leur témoignage, cet expert leur promet généralement que les données d'identification ne seront pas dévoilées. En d'autres termes, la confidentialité concerne les relations de confiance qu'il développe avec les personnes susceptibles de lui fournir de l'information et non avec les autorités avec lesquelles il n'a généralement pas de contact dans ce contexte. Elle se réfère davantage à la crédibilité dont il doit faire preuve aux fins d'encourager les personnes qu'il approche à se confier. Enfin, les tribunaux pénaux ont systématiquement reconnu à ces collaborateurs, en qualité de fonctionnaire des Nations Unies, une immunité juridictionnelle qui oblige les chambres à demander au Secrétaire général sa levée si elles souhaitent les entendre dans le prétoire. Le privilège de non-divulgaration des sources viendrait dès lors s'ajouter à l'immunité juridictionnelle qui, en l'espèce, avait été levée à la condition que le témoignage se fasse à huis clos, ce qui avait été accordé³⁵.

A la lumière de ce qui précède, il semble difficile de tracer des liens même analogiques avec l'affaire *Simić* qui concerne l'immunité testimoniale absolue du CICR et se fonde sur des considérations juridiques qui ne sont

33 TPIY, *Blaskić*, cas No IT-95-14, décision de la Chambre de première instance aux fins de mesures de protection en faveur du général Philippe Morillon, témoin de la Chambre (12 mai 1999); TPIR, *Bizimungu*, cas No ICTR-99-50, Decision on Defence motion for exclusion of portions of testimony of expert witness Dr. Alison Des Forges (2 septembre 2005).

34 Leurs mémoires ont été déposés les 15 et 16 décembre 2005 et la défense y a répondu le 17 janvier.

35 Il faut noter que ce même témoin a été contraint (mais a refusé) de révéler ses sources dans l'affaire *Norman* (cas No SCSL-03-14) où il a déposé à huis clos.

pas applicables en l'espèce. La nature *sui generis* du CICR, les fondements juridiques et la mission fondamentale de l'organisation auprès des victimes, qui trouvent leur source dans les textes fondamentaux du droit international humanitaire reconnus par l'ensemble de la communauté des États, les principes sur lesquels l'organisation fonde son action et les méthodes auxquelles elle a recours, empêchent de voir dans l'affaire *Simić* un précédent qui pourrait être utile dans ce cas ou dans celui d'autres acteurs humanitaires. Les méthodes de travail du CICR fondées sur la discrétion et la stricte confidentialité visent ses relations avec les autorités et les parties au conflit, aux fins d'obtenir un libre accès aux victimes pour réaliser efficacement le mandat qui lui a été dévolu et non, comme c'est le cas dans cette affaire, la collecte des preuves aux fins d'informer et de dénoncer. Au contraire, l'affaire *Brdjanin* pourrait être d'un certain secours dans une approche qui reconnaîtrait la présence d'intérêts publics divergents, tenterait de les arbitrer et proposerait une solution aux fins que justice soit rendue en respectant pleinement les règles et principes propres à une procédure équitable. C'est du reste la réflexion proposée par le juge dissident³⁶.

Volontaires des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

Il s'agit de deux affaires traitées par le TPIR qui concernent le cas particulier des volontaires œuvrant au sein des Sociétés nationales de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge sur le territoire d'un État tiers en période de conflit. Elles ont soulevé la question de savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions ces travailleurs humanitaires faisant partie d'organisations intégrées au Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, au même titre que le CICR, pourraient bénéficier d'une immunité testimoniale de la nature de celle dont il jouit lorsqu'elles accomplissent des actions internationales de secours. Dans les deux affaires, la Défense s'est objectée à la comparution d'un témoin de l'Accusation arguant notamment qu'il était nécessaire d'obtenir l'autorisation du CICR en raison de l'application du principe de l'immunité testimoniale reconnue dans l'affaire *Simić*.

Les deux décisions reconnaissent l'existence de l'immunité testimoniale absolue du CICR qui empêche la comparution de tout individu qui est ou aurait été son employé³⁷. Bien que la première décision évite de se prononcer sur cette question factuelle et se fonde sur le fait que ni le CICR ni la Société nationale concernée ne se sont opposés à la comparution du témoin, la seconde vient à la conclusion que le témoin travaillait au moment des faits pour la Société nationale et non pour le CICR³⁸. Elle considère en outre que le privilège testimonial

36 *Brima, supra*. (note 31).

37 TPIR, *Nyiramasuhuko*, cas No ICTR-97-21, Decision on Ntahobali's extremely urgent motion for inadmissibility of witness TQ's testimony (15 juillet 2004); TPIR, *Muvunyi*, cas N° ICTR-2000-55, Reasons for the Chamber's decision on the accused's motion to exclude witness TQ (15 juillet 2005).

38 *Muvunyi, ibid.*, par. 14.

du CICR n'est pas applicable aux Sociétés nationales³⁹, à l'exception des situations où leurs employés sont intégrés dans les équipes du CICR pour une période de temps limitée⁴⁰. Dans ces cas, la Chambre se réfère aux opérations internationales de secours où la direction générale et la coordination sont exercées par le CICR⁴¹. Elle ajoute toutefois qu'aucune preuve ne lui a été présentée visant à établir que les Sociétés nationales pourraient dans certaines situations bénéficier d'une immunité testimoniale qui leur serait propre. En d'autres termes, la Chambre n'exclut pas complètement la possibilité de démontrer l'existence d'une immunité testimoniale qui serait propre aux Sociétés nationales et qui ne dépendrait pas de celle du CICR. Toutefois, les conditions et les modalités d'application restent à définir. Enfin, bien que la Chambre estime que le droit international ne l'oblige pas à consulter la Société nationale concernée pour pouvoir entendre le témoin, l'on peut regretter que la partie qui a voulu faire comparaître le témoin – en l'occurrence le Procureur – n'ait pas contacté au préalable ses employeurs au moment des faits de manière à leur offrir l'opportunité d'intervenir s'ils le souhaitaient.

Assistance aux victimes et répression: concilier l'inconciliable dans le système global d'action humanitaire?

Face à la complexification de l'environnement humanitaire, il est légitime de se demander s'il est encore possible et réalisable aujourd'hui de poursuivre le double objectif de soigner et dénoncer publiquement, particulièrement lorsque la dernière composante implique une collaboration avec une juridiction pénale internationale qui est elle aussi présente sur le même théâtre d'opérations. Le rapprochement avec l'organe judiciaire sur le terrain pourrait convaincre les individus susceptibles de faire l'objet de ses futures enquêtes de l'existence d'un risque judiciaire réel et de la nécessité de neutraliser ces organisations. Ils pourraient être enclins, sans faire de distinction entre les organisations présentes sur le terrain, de cesser toute collaboration, empêchant de ce fait l'accès aux victimes. Également, la réalité révèle malheureusement que d'autres n'hésiteront pas à menacer ou porter atteinte à la sécurité des organisations

39 Plus précisément la Chambre insiste sur le fait que: «15. ... the ICRC and national Red Cross societies are entirely different organisations in law and a clear distinction between them needs to be drawn at all times. The [Belgium Red Cross Society] is a *national* organisation with a *national* statute and *national* arrangements. It is governed by means of organs set up by its statutes... 16. While international law grants the ICRC the exceptional privilege of non-disclosure of information which is in the possession of its employees and which relates to the ICRC's activities, and consequently bars the Chamber from admitting such information, it is the Chamber's view that such privilege is *not* granted to national Red Cross societies. The privilege derives from the ICRC's pivotal and unique role in the regime established by the Geneva Conventions and the first Protocol...» (citations omises).

40 *Ibid.*, par. 17.

41 *Ibid.*, par. 16. Voir, à cet égard, Accord sur l'organisation des activités internationales des composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge («Accord de Séville»), Conseil de délégués, 25-27 novembre 1997, notamment aux art. 5 et 6 (situation dans laquelle le CICR prend la direction générale et la coordination des opérations).

humanitaires, les obligeant à quitter les lieux et cesser leurs activités auprès des populations affectées. Enfin, dans ce climat de tension et d'hostilité, les organisations qui se voient encore garantir l'accès peuvent souffrir d'une détérioration du dialogue humanitaire avec les parties concernées.

Il ne s'agit aucunement ici de plaider pour l'uniformisation des moyens d'action des organisations humanitaires, de favoriser une démarche plutôt qu'une autre ou de rester inactif face à la violation de droits fondamentaux. Il nous semble que le panachage des modes d'actions s'est avéré être, dans la pratique, dans l'intérêt des victimes. Cette réflexion participe plutôt à la recherche des conditions qui pourraient permettre que les actions des organisations humanitaires soient mieux comprises par toutes les personnes concernées avec lesquelles elles sont en contact et que leurs moyens d'action soient, autant que possible, prévisibles lorsqu'il est question de collaboration avec les juridictions pénales internationales. Toutefois, si à la lumière des critères préalablement fixés, décision est prise ou obligation est faite de collaborer avec les juridictions pénales internationales, alors l'on devrait être conscient des conséquences et tirer profit de tous les moyens disponibles au regard des textes applicables aux fins de minimiser l'impact de cette démarche sur le reste des activités de l'organisation concernée et sur l'environnement global humanitaire dans son ensemble.

Meilleure prévisibilité de la politique d'action: réflexion en amont de la participation judiciaire

Dénoncer et persuader sont deux moyens d'action ou démarches visant à réagir ou à anticiper une violation du droit et à assurer, de ce fait, son meilleur respect. Pour ce faire, la persuasion vise à convaincre les autorités ayant un comportement illicite de prévenir ou mettre fin à une violation des normes. De son côté, la dénonciation vise à faire pression publique sur les autorités ou entités ayant un comportement illicite pour obtenir un changement de ce comportement. Il s'agit de modes complémentaires d'agir face à des violations de normes et il appartient à l'organisation de choisir celui qui peut, selon son évaluation, générer les meilleurs résultats. Le CICR, par exemple, face à une violation du droit international humanitaire imputable à une partie déterminée, privilégie les démarches dans le cadre d'un dialogue bilatéral et confidentiel⁴². Ce choix institutionnel reflète une approche pragmatique fondée sur des décennies d'expérience qui ont montré que la confidentialité permet de développer un dialogue franc avec les autorités et entités concernées, loin des risques de politisation inhérents à un débat public. Il s'inscrit également dans le cadre d'une

42 Au regard des lignes directrices mentionnées ci-dessus, cette approche est aussi privilégiée dans les autres situations de violence où le CICR est présent. Voir *supra*. (note 1). Consulter aussi, J. Kellenberger, «Speaking out or remaining silent in humanitarian work», *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 86, N° 855, septembre 2004, pp. 593-609. Pour une analyse des méthodes de travail du CICR dans le contexte de la détention, voir A. Aeschlimann, «Protection of detainees: ICRC action behind bars», *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 87, N° 857, mars 2005, pp. 83-122.

action à plus long terme visant à obtenir un changement de comportement durable de leur part qui devrait contribuer à une amélioration pérenne de la situation et, par voie de conséquence, se répercuter de manière positive sur les personnes affectées par les conflits ou les situations de violence.

Toutefois, dans de nombreux cas, le CICR travaille côte à côte avec d'autres organisations qui peuvent suivre des lignes plus offensives dans leurs communications publiques en ce qui concerne la dénonciation des violations du droit, tout en poursuivant le double objectif d'intervenir auprès des populations affectées. Il ne s'agit pas de défendre un mode d'action plutôt qu'un autre ou d'évaluer leur degré d'efficacité respective. Qu'il suffise de considérer ici qu'ils apparaissent comme des actions complémentaires visant à réagir à une violation du droit et enrichissent le système global de protection et d'assistance.

L'arrivée des juridictions pénales internationales compétentes pour juger les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire a modifié pourtant la donne en termes de répercussions possibles des modes d'action privilégiés par les acteurs humanitaires notamment pour ce qui est de la perception qu'en ont les parties aux conflits. Dans ce nouvel environnement où l'on imagine que les organisations humanitaires détiennent des preuves de première main, la dénonciation n'est plus seulement assimilée à des déclarations publiques mais devient aussi synonyme d'actions judiciaires. Tel que mentionné ci-dessus, cette association peut raisonnablement affecter la qualité du dialogue humanitaire et inciter les personnes qui pourraient être visées par ces tribunaux à limiter l'accès aux lieux de leurs crimes, ce qui peut avoir des conséquences désastreuses pour l'action humanitaire dans son ensemble. Aux fins de limiter cette possibilité, il semble que les conditions qui pourraient permettre aux organisations visées d'être mieux comprises par les parties concernées et assureraient une meilleure prévisibilité de leurs activités sur le terrain et de leur coopération dans le contexte de procédures pénales internationales gagneraient à être précisées. Dans tous les cas, il devrait être clairement établi que les organisations humanitaires, c'est-à-dire celles qui s'appliquent à secourir les individus à la mesure de leur souffrance, sans discrimination d'aucune sorte⁴³, n'ont pas pour but de travailler pour les juridictions pénales internationales, même si elles partagent les mêmes idéaux.

C'est dans ce contexte que le CICR a rendu publiques, en juin dernier, ses lignes directrices visant à guider ses démarches en cas de violations du droit international humanitaire ou d'autres règles fondamentales qui protègent la personne humaine en situation de violence. Tout en insistant sur le mode d'action privilégié du CICR que sont les démarches bilatérales et confidentielles, les lignes directrices précisent que la confidentialité n'est ni une fin en soi ni inconditionnelle: elle trouve en réalité «son sens et sa justification dans la

43 Repris des principes fondamentaux proclamés par la vingtième Conférence internationale de la Croix-Rouge, cités par la Cour internationale de Justice dans 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, *Cour internationale de Justice, Recueil 1986*, pp. 14 et suivant, par. 242.

qualité du dialogue que [le CICR] entretient avec ces autorités, et donc, dans l'impact humanitaire que permettent d'atteindre ses démarches bilatérales et confidentielles⁴⁴». En cas de résultats insuffisants, le CICR se réserve le droit d'avoir recours à des moyens d'action subsidiaires, y compris la dénonciation publique, dont les conditions d'application sont rigoureusement précisées dans les lignes directrices⁴⁵.

Le CICR ne déclarera publiquement des faits constituant une violation du droit international humanitaire par une partie au conflit que dans des situations exceptionnelles et si quatre conditions sont cumulativement remplies, c'est-à-dire :

- 1) ces violations sont importantes et répétées ou susceptibles de répétition;
- 2) les délégué(e) s ont été les témoins directs de ces violations, ou l'existence et l'ampleur de ces violations sont établies au moyen de sources sûres et vérifiables;
- 3) les démarches bilatérales faites à titre confidentiel et, le cas échéant, les efforts de mobilisation humanitaire n'ont pas réussi à faire cesser les violations;
- 4) une telle publicité est dans l'intérêt des personnes ou des populations atteintes ou menacées⁴⁶.

Les lignes directrices précisent que, en ayant recours à la dénonciation, le CICR espère qu'elle incitera les autorités et entités concernées à améliorer la qualité de leur dialogue avec lui et à mieux prendre en considération ses recommandations. En fixant publiquement et rigoureusement les conditions au regard desquelles le CICR peut avoir recours à cette démarche, il évite de prendre par surprise les parties concernées ce qui pourrait générer des réactions contreproductives au dialogue humanitaire.

Enfin, il ne faut pas confondre la dénonciation publique du CICR et la fourniture de preuves à une juridiction pénale internationale. Ces deux modes d'action n'entretiennent pas les mêmes buts, ne s'inscrivent pas dans la même logique et ne s'adressent pas aux mêmes autorités. La mission humanitaire consiste avant tout à secourir des vies et non à établir des responsabilités pénales. En outre, en pratique, les collaborateurs des organisations humanitaires sont généralement mal équipés pour récolter les preuves qui pourraient présenter les qualités techniques requises dans le cadre d'une procédure judiciaire pénale. C'est ce qui justifie le CICR de ne pas fournir de témoignage ou de documents confidentiels dans le cadre d'investigations ou de procédures judiciaires sur des violations spécifiques, et ce même sur une base confidentielle⁴⁷.

44 Lignes directrices, *supra*. (note 2), p. 3.

45 Outre la dénonciation, les lignes directrices mentionnent la mobilisation humanitaire et la déclaration publique portant sur la qualité du dialogue bilatéral confidentiel comme autres moyens subsidiaires qui pourraient précéder la dénonciation.

46 Les mêmes lignes directrices s'appliquent pour ce qui est des violations de règles fondamentales qui protègent la personne humaine en situation de violence.

47 Lignes directrices, *supra*. (note 2), pp. 398-399.

Développement de moyens d'action visant à minimiser l'impact de la démarche judiciaire

Différents moyens existent au regard de la pratique et des textes pertinents des juridictions pénales internationales aux fins de minimiser l'impact de la démarche judiciaire sur l'environnement humanitaire. Toutefois, il faut être conscient que ce n'est pas tant la participation judiciaire proprement dite que le risque qu'elle représente qui peut porter atteinte aux activités de protection et d'assistance auprès des populations affectées.

Argumentation fondée sur un possible privilège

A la lumière des développements jurisprudentiels mentionnés ci-dessus, l'on observe que certaines organisations internationales et non gouvernementales œuvrant surtout dans le domaine des droits de la personne s'activent à la reconnaissance d'un privilège de non-divulgence judiciaire en leur faveur en raison de la nature de leur mandat (Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme) ou des fonctions qu'elles exercent (*Amnesty International et Human Rights Watch*). S'il est reconnu, ce privilège pourrait, par analogie, s'étendre aux organisations humanitaires. Dans ce contexte, nous avons vu les limites du précédent *Simić* aux fins de fonder une telle reconnaissance mais avons noté les potentialités de l'affaire *Brdjanin* lorsqu'il est question de concilier des intérêts publics divergents et d'assurer que justice soit rendue selon une procédure équitable. C'est du reste ce que tentent de démontrer les *amici curiae* et le Procureur du Tribunal spécial pour la Sierra Leone lorsque, dans l'affaire concernant l'ancien membre de la mission d'assistance des Nations Unies en Sierra Leone, ils plaident pour la reconnaissance d'un privilège de non-divulgence des sources à la base de rapports qu'il a produits aux fins notamment de préserver les liens de confiance nécessaires à la collecte de l'information auprès des témoins et victimes directs des faits incriminés.

Évidemment, toutes ces organisations peuvent aussi faire valoir l'application d'un privilège de non-divulgence pour leurs collaborateurs faisant partie de catégories professionnelles pour lesquelles le caractère confidentiel de leur travail (avocats, médecins...) est traditionnellement reconnu.

Protection des sources

Les organisations humanitaires peuvent également, tel que mentionné ci-dessus, fournir l'information requise à la partie qui en fait la demande sous réserve que sa nature confidentielle soit préservée⁴⁸. Bien qu'il n'y ait aucune garantie que cette collaboration ou l'information qu'elle vise ne fassent l'objet de fuite et produisent les conséquences regrettables déjà discutées, ce mode d'action

48 Voir *supra.*, texte accompagnant les notes de bas de page 7 et 20.

permet à l'organisation humanitaire, au moins publiquement, de se concentrer sur ses opérations de secours visant les populations affectées. La préservation de la confidentialité peut aussi servir dans les cas où les organisations se voient contraintes de fournir les informations en leur possession.

Témoignage: mesures de protection et formes

Le témoignage est la forme la plus visible de collaboration avec les juridictions pénales internationales. Toutefois, certains aménagements existent aux fins d'en minimiser la visibilité. Par exemple, une organisation humanitaire peut demander de bénéficier d'une protection dans la mesure où les conditions requises au regard des textes – qui se déclinent souvent en termes de sécurité – sont remplies. Il peut s'agir de procédure à huis clos, de la non-divulgateion publique des procès-verbaux d'audience ou encore du fait que sont expurgées des documents publics toutes données qui pourraient permettre l'identification de l'organisation concernée. Elle pourrait aussi demander de produire une déclaration écrite plutôt qu'un témoignage dans le prétoire ou encore comparaître en qualité de témoins experts ce qui, au regard de la pratique, semble lui donner plus de latitude dans la préservation de ses sources⁴⁹.

Dans tous les cas, toutefois, l'organisation sollicitée par une des parties à la procédure devant une juridiction pénale internationale ne devrait pas attendre l'ordre contraignant de l'organe judiciaire pour négocier déjà les conditions au regard desquelles elle pourrait déposer. La pratique révèle en effet que l'organe judiciaire est généralement enclin à accorder les mesures de protection sur lesquelles les parties se seraient entendues au préalable, y compris le huis clos, même si, ce faisant, la règle de la publicité des débats est parfois mise en cause.

Remarques conclusives

La répression pénale internationale aux fins de punir, prévenir et mettre un terme aux violations graves du droit international humanitaire fait désormais partie des modes privilégiés d'action promus de manière quasi-unanime par la communauté des États et des organisations internationales. Or, l'opérationnalisation des juridictions pénales internationales a changé la configuration de l'environnement humanitaire global. Nous avons expliqué que la présence d'une composante judiciaire sur le terrain pourrait encourager les individus susceptibles de faire l'objet d'enquêtes et de poursuites – et qui sont souvent ceux en mesure d'améliorer la situation – à rompre le dialogue humanitaire, voire à empêcher l'accès aux lieux de leurs crimes, et par voie de conséquence aux victimes. Ils pourraient aussi être enclins de porter atteinte à la sécurité des collaborateurs des organisations humanitaires, voyant de possibles informateurs ou témoins à charge.

49 TPIR, *Bizimungu*, *supra*. (note 33).

Il faut reconnaître que les organisations humanitaires sont placées dans une situation paradoxale et difficilement résoluble, une véritable quadrature du cercle. D'un côté, elles ne peuvent ignorer l'importance de la répression pénale internationale dans les démarches en vue d'obtenir un meilleur respect du droit. D'un autre côté, elles réalisent le risque qu'elles courent sur le terrain en laissant percevoir toute impression de participation dans le processus judiciaire. Enfin, un refus complet de collaborer pourrait les placer dans une situation où elles y seraient contraintes, en raison des pouvoirs dévolus aux juridictions pénales internationales et de l'absence d'une immunité applicable.

Dans ce contexte, nous avons proposé qu'une réflexion soit initiée par les organisations humanitaires concernées bien en amont de l'implication judiciaire proprement dite. Celle-ci vise à intégrer dans le cadre d'une stratégie opérationnelle cohérente les termes et conditions au regard desquels les organisations humanitaires pourraient avoir recours à la dénonciation publique et dans quelle mesure elle impliquerait une participation judiciaire. L'on pourrait dès lors penser que les modes d'action de ces organisations humanitaires seront mieux compris par les parties concernées, gagneront en prévisibilité et clarté et, par voie de conséquence, éviteront la surprise et les réactions contreproductives pour l'environnement humanitaire. Des activités de sensibilisation doivent aussi continuer à être menées auprès des juridictions pénales internationales aux fins de bien faire comprendre la portée et les modalités d'une éventuelle collaboration.

Dans les cas où décision est prise ou obligation est faite de collaborer avec les juridictions pénales internationales, nous avons exploré les différents moyens pour minimiser l'impact de cette démarche judiciaire sur les activités de l'organisation concernée et sur les activités humanitaires dans leur ensemble. Nous exprimons l'espoir que cette réflexion contribuera à préciser, à travers le tiraillement dichotomique et les tensions identifiées, le point d'équilibre permettant une pleine assistance aux victimes – la mission fondamentale de l'action humanitaire – et une lutte effective contre l'impunité où juridictions nationales et internationales participent à la mise en place d'un système de répression véritablement universel.

Volume 88 Number 862 June 2006

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

Humanitarian debate: Law, policy, action

Truth and reconciliation commissions



ICRC

ÉDITORIAL

Comment amener paix et réconciliation? Comment guérir une société qui a connu génocide, viol systématique, torture et toutes ces autres souffrances physiques et psychologiques qui prolifèrent en temps de guerre? Face à ce défi, les commissions de vérité et réconciliation se sont révélées être un outil de taille afin d'aider une communauté à accepter l'héritage de son passé. Elles s'inscrivent en effet au sein des multiples projets visant à reconstruire le tissu social, économique et juridique d'une société aux sortirs d'un conflit armé ou d'un régime autoritaire. Surtout, favorisant le dialogue, les commissions de vérité offrent à la communauté de transmettre aux générations futures un témoignage articulé et cohérent des événements survenus lors du conflit afin de l'aider à avancer vers un avenir plus stable.

L'objectif de ces commissions est triple, puisque leurs principales missions sont d'établir l'identité des victimes, de faire la lumière sur les violations dont elles ont souffert et de tenter de remédier, ou tout du moins, d'apaiser ces souffrances. Dès lors, elles se détachent des tribunaux qui, au lieu de se concentrer sur la victime et son vécu individuel, s'attachent à juger de la culpabilité ou de l'innocence du coupable présumé. Lors d'un procès, toute l'attention est rivée sur la personne de l'accusé et la protection de ces droits tandis que le rôle des commissions de vérité est de faire état des violations passées en favorisant le dialogue avec la victime, lui permettant ainsi de raconter son histoire dans un cadre moins formel et conflictuel. Cette méthode offre notamment l'avantage de présenter une fonction thérapeutique, puisque les informations dévoilées lors de la procédure peuvent être appréhendées comme une forme de catharsis pour les victimes: souvent, apprenant ce qui est arrivé aux disparus, les familles peuvent entamer le travail de deuil. Ces commissions sont également un moyen d'obtenir réparation pour les torts subis et participent donc au recouvrement de sa dignité par la victime – une réparation de nature généralement symbolique (une reconnaissance officielle) et offerte principalement sous forme de prestation de services.

Sur un plan plus «collectif», les commissions de vérité participent à la mise à jour des pièces manquantes relatives aux crimes perpétrés et, pointant du

doigt les faiblesses institutionnelles, proposent des réformes afin d'éviter que ne se reproduisent les exactions passées. Par ailleurs, elles recueillent de précieuses informations sans lesquelles les différents groupes sociaux, ethniques ou politiques impliqués se montreraient certainement moins enclins à reconnaître leur propre responsabilité. En quelque sorte, ces commissions donnent corps au principe de responsabilité en remettant en cause les institutions et indirectement, les personnes qui les dirigeaient. Or, une telle prise de conscience doit favoriser le nécessaire compromis entre les anciens adversaires en permettant une acceptation des injustices et surtout, la création de nouvelles relations sociales et politiques, ainsi qu'une reconfiguration des identités de groupe. La stabilité sociale et politique qui découle d'une réconciliation réelle doit englober les relations sociales tant interpersonnelles que générales, dans et entre les communautés. Chaque société, ayant son identité propre, devra façonner le concept de commission de vérité pour trouver la « formule » apte à l'aider à surmonter au mieux la dévastation qu'elle a subie, en particulier suite à des atrocités de masse.

Ces commissions sont donc essentiellement politiques par leur origine mais également par leur résultat. La Commission Vérité chilienne est l'un des exemples les plus évidents de commission marquée par le compromis politique. Si son travail a été malgré tout de grande valeur, son mandat s'est vu limité dans certains aspects essentiels: elle ne pouvait enquêter que sur les décès et les disparitions mais non sur les cas de torture ou autres violations des droits de l'homme; toutes ses audiences se déroulaient à huis clos; et il était interdit de nommer les coupables. Il en est de même de la Commission Vérité et Réconciliation sud-africaine, fruit d'une série de compromis politiques. Mais ces compromis parfois boiteux, tel l'octroi d'amnisties à certaines personnes coupables de violations graves des droits de l'homme, sont parfois perçus comme la seule et unique alternative à la reprise d'un conflit.

Si depuis la Seconde Guerre mondiale, les horribles violations du droit humanitaire et des droits de l'homme ont fait de la lutte contre l'impunité une préoccupation universelle, les autorités choisissent pourtant d'accorder l'amnistie à des individus responsables d'effroyables violations. Elles estiment souvent qu'un tel procédé est l'unique moyen d'empêcher une résurgence du conflit et d'aider leur société à opérer une transition stable du conflit à la paix. Au lieu de chercher à engager des poursuites pénales complètes contre les criminels de guerre et les auteurs de violations, les gouvernements se tournent de plus en plus vers les commissions de vérité et réconciliations; privilégiant ainsi le processus de révélation de la vérité sur les poursuites.

Dans les cas de crimes internationaux graves ou contre l'humanité, l'amnistie peut être accordée suite à un accord négocié, ou bien encore parce qu'il est concrètement impossible d'amener les coupables devant la justice. Par conséquent, la clause d'amnistie peut avoir pour effet direct de laisser les grands coupables impunis; nuisant du même coup à la crédibilité des commissions de

vérité et réconciliation en tant que mécanisme clé du renouveau d'une société. Car le désir de voir les coupables croupir en prison provient, du moins en partie, du sentiment de satisfaction qu'engendre généralement le fonctionnement de la justice punitive, même si l'on doute de ces bienfaits.

Se pose dès lors la question fondamentale de l'équilibre à atteindre entre le désir de voir châtier les coupables, soit la dimension punitive des procédures pénales, et le besoin d'apaiser les souffrances d'une société dans son ensemble. Schématiquement, du point de vue des droits de l'homme, la justice devrait être renforcée dans les sociétés en transition tandis que du point de vue politique, les procédures pénales risquent de faire obstacle – ou du moins de retarder – la réconciliation. C'est pourquoi mieux vaut se tourner vers l'avenir que ressasser le passé. Ce dilemme s'illustre par exemple dans l'amnistie offerte par le gouvernement ougandais à l'Armée de Résistance du Seigneur pour obtenir, en juillet 2006, un cessez-le-feu, malgré les crimes ignobles qu'elle avait commis. Ce geste est à l'évidence en contradiction avec le récent mandat d'arrêt lancé par le Procureur général de la Cour pénale internationale.

Au milieu des années 1990, on a voulu replacer la justice au centre du processus de transition. Selon le rapport du Secrétaire général des Nations Unies, la notion de justice transitionnelle englobe tout l'éventail des divers processus et mécanismes mis en place par une société pour tenter de faire face aux exactions massives commises par le passé, afin surtout de parvenir à la réconciliation. Ainsi, cette forme de justice diffère de la vision courante qui veut que la justice soit liée aux notions bien établies d'ordre, de stabilité et de communauté. Le rôle de la loi dans les situations de transition semble alors être d'aider à passer d'une situation de conflit à une situation de «paix». La justice transitionnelle prend de ce fait de nombreuses formes – les sanctions pénales (par exemple, les procès et les peines prononcées) ou les sanctions non pénales (par exemple, l'épuration du secteur public), et même l'amnistie – ayant chacune des dimensions politiques, historiques, juridiques, psychologiques et morales complexes. Elle peut être répressive ou punitive, procédurale ou réparatrice mais dans chaque cas, elle reste fondamentale et nécessaire pour ouvrir les portes d'un avenir profondément différent.

Pourtant, les commissions de vérité et réconciliation ont une fonction autre que simplement judiciaire, car bien que la justice soit une composante essentielle de toute transition, elle ne suffit pas. Le processus judiciaire connaît en effet de sérieuse limitation quant à l'évaluation d'un traumatisme collectif et se concentre seulement sur quelques accusés. Si bien que dans le cas de violations systématiques, il ne peut généralement traiter que la partie visible de l'iceberg. Et c'est sans compter que le système judiciaire peut lui-même souffrir de dysfonctionnements ou avoir été complice des crimes passés. De plus, lorsqu'il s'agit de violations généralisées, le système judiciaire peut ne pas avoir la capacité de juger tous les auteurs en temps utile. Lors d'affrontements armés internes, toutes les parties concernées ont généralement commis des violations

graves ou y ont été associées. Par ailleurs, il peut être difficile de rassembler suffisamment de preuves si les événements se sont produits longtemps auparavant, si tant est qu'elles n'ont pas été détruites. Des problèmes semblables existent concernant les témoignages de témoins oculaires.

La part de la justice peut donc être sérieusement limitée dans le processus de vérité et de réconciliation et ne jouer un rôle que bien des années plus tard. Ce facteur temps, dans les mesures de justice transitionnelle, est d'une grande importance, et ceci est évident dans certaines régions de l'Amérique du Sud. Il a fallu plus de vingt ans à l'Argentine et au Chili pour amener les responsables de violations des droits de l'homme devant la justice. Car si l'Argentine avait effectivement établi des commissions de vérité au début des années 1980 afin d'enquêter sur les exactions commises sous la junte militaire, l'hypothèse de poursuites pénales avait alors provoqué la menace d'un nouveau coup d'état militaire. Une législation avait été adoptée pour bloquer toute poursuite. Ce n'est finalement qu'en 2005 que la Cour suprême a déclaré ces lois anticonstitutionnelles, ouvrant ainsi la voie aux poursuites pénales pour les crimes autrefois commis dans le pays.

Promouvoir la justice, la responsabilité, le soulagement psychologique et la réconciliation est une tâche extrêmement difficile et coûteuse qui peut prendre une décennie voire davantage, et nécessiter de multiples interventions. Les besoins des victimes au niveau individuel doivent être évalués par rapport aux objectifs généraux de la société à court ou à long terme, et il faut alors réduire au minimum les préjudices pour chaque survivant tout en consacrant le maximum d'efforts à la réalisation de ces objectifs. Ces derniers ne seront atteints que s'ils sont poursuivis parallèlement à d'autres activités de reconstruction sociale. Le lien fondamental entre la justice transitionnelle, la politique, les traumatismes physiques ou psychologiques et l'idée de commission de vérité et réconciliation se trouve dans le pressant désir des victimes de recouvrer un sentiment de dignité et d'être assurées d'un avenir meilleur.

Toni Pfanner
Rédacteur en chef

Entretien avec Salomón Lerner*

Salomón Lerner Febres a présidé, de 2001 à 2003, la Commission Vérité et Réconciliation du Pérou instituée par le gouvernement après deux décennies marquées par le conflit armé, la violence politique et les souffrances dues à un régime autoritaire; ce, afin d'analyser les facteurs qui avaient rendu possible une telle violence et mesurer les conséquences physiques et morales des souffrances dont avaient pâti surtout les groupes les plus modestes et démunis de la société péruvienne. La Commission a publié son rapport le 28 avril 2003. Salomón Lerner est aujourd'hui président de l'Institut pour la démocratie et les droits de l'homme à la Pontificia Universidad Católica del Perú, dont il a été recteur de 1994 à 2004. Il a aussi été président de l'Union des universités d'Amérique latine, après avoir été vice-président pour les universités de la région andine. Après des études de droit au Pérou et un doctorat en philosophie obtenu à l'Université catholique de Louvain (Belgique), Salomón Lerner a travaillé pour diverses institutions académiques; il est actuellement chargé de recherche associé à l'Université de Tokyo. Entre autres distinctions, il a été fait grand officier de l'Ordre du mérite du Pérou par le Ministère de l'intérieur péruvien en 2003.

: : : : : :

Que signifie pour une société, le fait de reconnaître que le pays a besoin d'une commission de vérité?

La création d'une commission de vérité pour une société est le signe qu'il existe un drame, un malheur intime, qui exige dans une certaine mesure d'être dévoilé. Elle marque ainsi et avant tout le début d'un processus de reconnaissance du fait qu'il existe dans le pays une société vivante, protagoniste de sa propre histoire; mais protagoniste d'une histoire relativement mal connue qui exigera que cette même société s'attelle à l'examen de son passé pour asseoir l'identité de la nation

* L'entretien a été mené le 10 avril 2006 à Lima par Elizabeth Salmón, membre du Comité de rédaction de la Revue internationale de la Croix-Rouge, et Philippe Gaillard, chef de la délégation du CICR au Pérou. La version anglaise de l'interview a été publiée dans: *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 862, June 2006, pp. 225-233.

et les fondements de son développement futur. On crée une commission parce qu'il y a quelque chose que notre mémoire ne peut assimiler, parce que, dans une société, il est nécessaire de revenir sur ce passé. Je dirais enfin qu'il est nécessaire d'examiner les faits, afin que l'histoire que nous sommes accoutumés à croire corresponde bien à ce qui a réellement été vécu par la société, et puisse de ce fait être acceptée.

L'efficacité d'une commission de vérité dépend de l'existence d'une exigence de justice de la part non seulement des victimes, mais de la société dans son ensemble. Dans quelle mesure une commission est-elle plus efficace si sa création fait l'objet d'un consensus social?

Il est évident que la cohérence du travail que peut réaliser une commission de vérité découle de la nécessité d'une certaine justice, ressentie par l'ensemble de la société, et concrétisée par un récit fiable des faits qui se sont produits, non pas simplement par la parole des victimes. Une commission pour la vérité n'est pas un moyen de réparer entièrement les torts subis par les victimes, mais plus une façon d'entamer le processus de réparation. C'est une démarche qui vise à rétablir la véritable identité historique et sociale d'un peuple qui s'est sans doute, à un certain moment, écarté du droit chemin. De ce point de vue, je considère que les commissions de vérité sont plus légitimes lorsque leur existence découle d'un sentiment unanime, lorsqu'elles ne sont pas uniquement une réponse aux exigences de vérité et de justice des personnes qui ont été les victimes directes de violences.

Il est difficile d'instituer une commission pour la vérité uniquement pour répondre à la demande des victimes. Les commissions de vérité voient le jour à partir d'une expérience partagée par l'ensemble de la société, lorsque les victimes ne sont pas les seules personnes directement touchées, mais lorsque l'ensemble de la société a été traumatisé et le cours de la vie normale, gravement perturbé. C'est donc un devoir pour les dirigeants du pays, pour ceux qui sont chargés du progrès de la nation, d'entendre cette demande d'examen du passé et de répondre non seulement aux victimes, mais à la société entière intrinsèquement blessée. On ne peut pas dire qu'une société vit normalement lorsque l'un de ses groupes a vu ses droits fondamentaux violés, sans que ces faits aient donné lieu à enquêtes ou sans que des conclusions pertinentes en aient été tirées.

En ce qui concerne la notion de vérité, une commission de vérité découvre-t-elle la vérité, la démontre-t-elle ou la définit-elle? Peut-on établir un rapport avec l'affirmation phénoménologique selon laquelle on ne peut jamais atteindre objectivement la vérité par des affirmations?

C'est un problème intéressant du point de vue philosophique, mais aussi sous l'angle de l'expérience vécue. Si l'on s'en tient à la notion de vérité absolue et catégorique — la notion qui est acceptée depuis plus de deux mille ans par la pensée occidentale —, en tant que concordance entre le propos tenu par une personne et ce qu'elle vise par ses paroles, une correspondance entre ce que nous croyons d'une chose et cette chose à laquelle nous pensons, alors je crois

que nous ne pourrions jamais comprendre le type de «vérité» que recherche une «commission de vérité».

Il ne s'agit pas — et la Commission Vérité et Réconciliation du Pérou l'a très clairement démontré — de simplement enquêter sur des faits objectifs, mesurables et quantifiables qui se seraient produits en un lieu donné et dont on peut établir qu'ils se sont déroulés à un moment donné. Il y a peut-être un sens plus riche de la vérité, que vous avez décrit comme une conception phénoménologique de la vérité, si nous entendons par là un processus de découverte, par lequel un voile est écarté et qui consiste donc à explorer le sens et la signification des actes humains. Il s'agit d'actes réfléchis et volontaires qui font entrer en ligne de compte les notions de valeurs et de morale.

Quel est le rôle de la morale dans les activités des commissions de vérité?

Les commissions de vérité sont instituées non pas pour juger les actes bruts de la nature, mais des actes pour lesquels il existe des motifs, des décisions et des choix éthiques qui nous placent sur le terrain du bien et du mal. De ce point de vue, une commission de vérité joue son rôle non pas tant dans le domaine des vérités scientifiques — bien qu'elles soient essentielles, elles aussi —, mais plutôt dans le domaine des actes chargés de sens, des actes qui ne peuvent être accomplis que par des êtres humains, et qui par conséquent ont une portée morale. À mes yeux, une telle commission doit avoir un point de vue éthique, permettant de juger un comportement à l'aune de principes qui ont été violés et sur lesquels repose non seulement le destin de chaque personne, mais aussi la cohérence et la santé de la société dans son ensemble. Tel est le sens de la notion de vérité (dite *alèthéia* par les Grecs) qui devrait être considérée comme fondant la raison d'être des commissions de vérité et de leur travail. C'est ainsi, tout au moins, que les membres de la Commission de Vérité du Pérou ont compris la situation.

Dans quelle mesure la vérité, telle que vous la concevez, est-elle le résultat d'une opération d'interprétation?

Vous posez là une question légitime. Nous avons parlé d'interprétation, et qui dit interprétation dit que quelqu'un ajoute quelque chose de soi-même. Je dirais que si l'interprétation est fondée sur certains critères moraux et si elle repose par ailleurs sur des faits établis, si la vérité qui est ainsi révélée est ouverte et susceptible d'être enrichie par la suite, si nous ne formulons pas, en somme, une déclaration catégorique et dogmatique, alors nous sommes en présence d'une version de la vérité que je considère satisfaisante. Elle révèle le sens des actes humains en termes d'un comportement qui doit être moral. Elle part d'une lecture ouverte de faits scientifiquement établis et d'interprétations qui peuvent compléter cette sorte de quête infinie de la vérité, dont nous savons qu'elle ne sera jamais achevée.

Quelle est la relation entre cette notion de la vérité et celle de justice?

Nous l'avons vécue comme une relation très étroite, dans la mesure où nous avons considéré que la vérité, au sens que je viens de vous décrire, était le

premier pas vers la justice. De fait, la volonté de comprendre divers comportements, l'authenticité avec laquelle les participants au processus ont témoigné, la compréhension par ailleurs, de ce qu'avaient pu être les motifs des auteurs de ces actes et de l'injustice des violations, tout cela a été le commencement de la justice pour les victimes, et je dirais aussi pour les auteurs des actes, car l'auteur d'un acte répréhensible, lui aussi – comme Hegel l'a montré – a droit à la justice, le droit à la sanction, dans le sens où une sanction juste lui donne la possibilité de se racheter. Il est donc clair pour nous que sans vérité, aucune justice – j'entends par là une justice légitimée par un examen authentique et éthique des faits – n'est possible.

Et au sens pénal?

On ne peut parler de justice au sens du droit pénal que si l'on admet que la notion repose sur certaines règles morales et que ce sont celles-ci qui, en dernière instance, lui confèrent sa validité. En matière pénale, c'est la proximité qui nous indique que des actes qui ont été accomplis par une personne consciemment et délibérément – donc en faisant usage de sa liberté – impliquent la responsabilité et méritent la sanction définie par la loi.

Des actes accomplis en toute connaissance de cause, allant à l'encontre de valeurs inhérentes à l'être humain, entraînent une responsabilité qui doit être assumée par le coupable. Puisque nous vivons dans une société au sein de laquelle il existe une autorité qui régit nos relations en termes de respect de la justice, c'est cette autorité – l'État – qui doit décider de la sanction correspondante. Ceci, comme je l'ai dit, est la manifestation non seulement du droit de la société à se défendre, mais aussi de la possibilité pour un criminel de se racheter par la sanction.

À la fin des années 1980, un ancien ministre des affaires étrangères de la Colombie a déclaré que la pire des défaites pour l'État, était de perdre la «bataille» des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Êtes-vous du même avis?

Oui. Pour l'État, perdre cette bataille signifie que sa légitimité est gravement compromise. La raison d'être de l'État est de structurer la société de manière à ce que tous les individus qui la composent puissent être considérés comme des personnes. S'il y a ne serait-ce qu'une seule personne dont la dignité, le droit à la vie et à la liberté ne sont pas reconnus, alors l'État qui tolère une telle situation sape son propre fondement. Il crée une possibilité pour des opposants de refuser de le reconnaître, et par conséquent de le combattre. Les gouvernements ont parfois du mal à comprendre ce principe, et par là ils sapent la stabilité même de la société. Curieusement, il y a des périodes où tout ceci semble très bien compris par les opposants de l'État. Prenons l'exemple du Sentier lumineux au Pérou: l'objectif principal du mouvement – et à cet égard, de son dirigeant, Guzman, qui a agi avec une intelligence maligne et perverse – était d'amener l'État à violer les droits de l'homme, car il savait que cela compromettrait la supériorité morale qui légitimait le combat contre la terreur. Les documents

du Sentier lumineux concernant l'insurrection dans les prisons montrent que l'intention était bien de pousser l'État vers un génocide : l'État est tombé dans le piège et a perdu sa supériorité morale dans la lutte contre les terroristes.

Que pensez-vous de cette phrase: «respecter les principes humanitaires signifie essentiellement avoir un comportement correct sur le plan politique et militaire»?

Je suis d'accord, pour une raison simple: il n'y a pas de contradiction entre la dimension morale et la dimension pratique. On n'entrave pas l'efficacité en agissant de manière juste. La meilleure chose que l'on puisse faire en faveur de la démocratie et de la société, c'est précisément de plaider pour le respect des valeurs sur lesquelles elles sont fondées. La fin ultime de l'État, nous le savons, c'est l'être humain. Par conséquent, le respect des principes politiques au sein du système démocratique et le respect du rôle attribué aux forces chargées de maintenir l'ordre au service de cette société – entendu comme une garantie civilisée de l'ordre interne et de la défense juste des intérêts de la nation face aux menaces des tiers – représentent la meilleure manière de respecter le précepte constitutionnel qui fait de l'être humain l'objet ultime de toute vie organisée en société.

Pendant le génocide rwandais en avril 1994, un dirigeant du Front patriotique rwandais, aujourd'hui au pouvoir, a répondu en se référant aux massacres: «C'est vrai, mais n'oubliez pas que même pendant et après l'holocauste, il y a eu des survivants.» Comment interprétez-vous ce propos?

Ces paroles me déconcertent. Je me refuse à croire que cet homme voulait dire qu'un holocauste peut être acceptable s'il y a des survivants, parce que ce serait «mieux que rien». Est-ce là ce qu'il voulait dire? Enfin, même s'il peut y avoir un holocauste, y aura-t-il toujours des survivants?

Il pensait peut-être que l'on peut exploiter même la mort de ses propres frères.

Cela paraît horrible, et ce propos me paraît aussi atroce et démesuré que les atrocités qui ont été commises. Car en dernière analyse, cette déclaration porte un jugement sur l'holocauste, un événement tragique pour l'humanité, ou sur les événements du Rwanda, formulé du point de vue purement mercantile d'une analyse coûts-bénéfices, et en évoquant des pertes qui pourraient être acceptables. Or la perte d'une seule vie humaine est un fait inadmissible – mais cet homme ne parle pas ici d'une vie humaine; il fait de la vie une marchandise, comme si la survie de quelques-uns, en fin de compte, justifiait les faits qui l'ont précédée et justifiait la mort des autres. C'est d'un cynisme absolu! Devons-nous, en d'autres termes, accepter des crimes qui peuvent être enregistrés parce que nous pouvons nous les rappeler? Je ne pense pas. Mieux vaut ne pas avoir de mémoire parce qu'il n'y a rien à se remémorer, et vivre une vie pacifique. Ce n'est pas parce que nous exalons la mémoire en tant que souvenir et compassion que nous devons payer le prix des morts: ce serait trop cher payer. On peut construire une mémoire collective sans référence à des tragédies.

De la même manière, lorsque l'armée israélienne a bombardé un camp de réfugiés au Liban, causant la mort de 106 femmes et enfants, les «frères et sœurs» des morts s'en seraient félicités parce que cette erreur politique et militaire leur aurait apporté un avantage politique.

Il y a une phrase connue, due à l'un des généraux de l'ex-président Juan Velasco Alvarado, «El Gaucho» Cineros, qui était à l'époque ministre dans le deuxième gouvernement de Fernando Belaúnde. Il a déclaré que s'il fallait tuer vingt civils afin d'éliminer deux ou trois terroristes, leur mort serait justifiée. En d'autres termes, nous sommes censés accepter l'idée d'un coût incident en vies humaines (un «dommage collatéral»), en appliquant ainsi en quelque sorte aux êtres humains la notion d'analyse coûts-bénéfices. Or, on ne peut pas quantifier la vie humaine de la sorte: il s'agit ici d'une analyse qualitative, il s'agit des notions de bien et de mal, et non pas d'efficacité.

Malheureusement, cette manière de voir s'inscrit dans une logique mondiale qui dépasse le cadre du conflit. C'est l'essence du monde technique et moderne dans lequel nous vivons, qui a érigé l'efficacité en idole et où il faut payer le prix de cette efficacité, quel qu'il soit. Nous vivons une ère de cynisme absolu, où règne en maître la logique du marché. Le règne de cette philosophie de l'utilitaire et du jetable s'étend aux êtres humains, qui deviennent eux-mêmes jetables et remplaçables. Cette façon de penser est contraire à la nature humaine. Les gens qui défendent ce point de vue oublient que chaque être humain est un univers, et que l'histoire de chaque personne est une histoire universelle.

Dans la dualité de la vérité et de la justice, quelle est la place de la notion de réconciliation?

Pour ne pas vous répondre de manière abstraite, je vais vous parler du travail au sein de la Commission Vérité et Réconciliation du Pérou. Nous avons, dans la Commission, réfléchi de manière approfondie aux aspects philosophiques. C'est ce qui nous a permis de poser un cadre théorique assurant la cohérence, l'intelligibilité et la durabilité de tout ce que nous avons à dire et proposer sous forme de recommandations, de réparations et de réformes.

Pour nous, les notions de vérité, de justice et de réconciliation étaient si étroitement liées qu'elles en étaient inséparables. Je m'explique: pour nous, la vérité – ancrée dans la morale – devait être pleinement affirmée afin de nous conduire à la justice, en termes à la fois de sanctions pour les crimes commis et de réparations pour les préjudices subis, et ceci était nécessaire pour permettre un processus de réconciliation approprié.

Par conséquent, parler de société réconciliée (ce qui n'est pas la même chose qu'une société sans conflit, parce que le conflit est une composante de la vie sociale) implique une justice ancrée dans la vérité, même si la tâche demeure nécessairement inachevée. La justice est une condition nécessaire, mais non suffisante, aux fins de la réconciliation. C'est une condition nécessaire, car sans elle, selon nous, les fractures sociales, les traumatismes et les blessures demeureraient ouverts, en dépit de l'adage fréquemment répété (mais d'une manière qui bien souvent n'est pas innocente) selon lequel le temps guérit tous les maux.

Le temps, à lui seul ne suffit pas car si les conditions qui ont conduit au conflit n'ont pas été modifiées, il est clair que le conflit pourrait reprendre – et dans cette hypothèse, tout le processus douloureux d'investigation pour établir la vérité et rendre la justice aura été vain – car les solutions trouvées ne permettront pas de régler les problèmes fondamentaux qui conduisent à la violence.

Comment avez-vous traité la question du contexte préalable qui avait conduit au conflit?

La réconciliation que nous avons proposée consistait à rétablir le pacte social sous une forme nouvelle, qui permettrait aux Péruviens de se comprendre les uns les autres, et à tous les habitants de notre pays d'être compris par l'État qui les représente, d'une manière nouvelle, plus juste et plus ouverte. Nous avons aussi exprimé cette renaissance au moyen d'une notion qui nous paraît essentielle: celle de citoyenneté complète. Nous entendons par là la reconnaissance, par l'État et par la société, des droits inhérents des personnes et des Péruviens qui ont été jusqu'ici exclus de la vie nationale, des personnes qui, pour citer le père Gustavo Gutiérrez, sont insignifiantes pour un État affaibli et chancelant et pour une société égoïste qui ne se soucie que de préserver ses privilèges. C'est pourquoi la vérité à elle seule, la punition des coupables à elle seule, la réparation à elle seule, ne suffisent pas si en définitive, la structure et le comportement de l'État ainsi que ceux de la société ne changent pas et si nous sommes condamnés à revivre les mêmes expériences atroces.

Le rapport de la Commission Vérité et Réconciliation du Pérou a été publié en août 2003, mais le sentiment au Pérou est qu'il a eu peu d'effets. Faut-il en conclure que la Commission a été un échec?

Je pense que l'on peut parler d'un échec relatif. Dans l'idéal, une commission de vérité devrait être créée pour les raisons que j'ai évoquées, c'est-à-dire en réponse à une demande émanant de l'ensemble de la société, et non d'un seul groupe de la population. Son rapport final, si elle a effectué un travail rigoureux et honnête, doit devenir une partie de l'histoire de la nation et de la population. Dans le cas du Pérou, il y avait des groupes qui estimaient inutile *a priori* de créer une commission pour la vérité. Certaines personnes se sont même farouchement opposées à la création de la Commission, estimant que le passé était mort et que plus il s'éloigne de nous, plus les blessures se cicatrisent et plus les souvenirs s'estompent. Étant donné cette hostilité qui a d'emblée marqué le processus, il n'est guère étonnant qu'une partie de la population péruvienne refuse d'accepter le contenu du rapport final. Notre plus grande déception vient des responsables politiques, à l'échelon du gouvernement, car c'est là que nous avons constaté un manque d'intérêt à l'égard du travail de la Commission – quand ce n'était pas un rejet virulent de son action. En dernière analyse, c'est là une simple résurgence des objections formulées dès le départ.

Ceci mis à part, cependant, il faut relever que de nombreuses personnes et institutions ont suivi nos activités, ont assisté aux audiences publiques et, après avoir entendu nos recommandations, ont compris l'importance de nos

efforts et la nécessité vitale d'introduire des réformes substantielles dans notre société au vu du diagnostic porté sur la situation du Pérou. C'est là, en définitive, le grand enseignement du travail que nous avons réalisé.

En 2003, la remise du rapport final au Président du Pérou, et à travers lui au peuple péruvien, a suscité une effervescence générale. Comment avez-vous personnellement vécu ce moment?

Il y a des situations dans lesquelles le temps se contracte. On dit qu'une personne qui meurt voit sa vie entière défiler devant ses yeux. Je peux vous dire, avec le recul, que lorsque j'ai lu mon discours dans le palais présidentiel, devant les plus hautes autorités du pays, j'ai vu défiler dans mon esprit près de deux ans de travail, et en particulier les expériences vécues pendant nos nombreuses visites dans l'intérieur du pays. J'ai pensé à certains des moments les plus pénibles des auditions publiques, et aux récits des personnes qui avaient tant souffert. Tout cela est résumé par les mots d'une personne qui s'exprimait d'une voix tremblante, dans un espagnol tout juste intelligible, lors de l'une des auditions publiques: «Mesdames et Messieurs les membres de la Commission pour la vérité, j'espère que vous pourrez faire justice et qu'un jour je deviendrai un Péruvien». Cette phrase résume toutes les terribles expériences du pays que j'ai vécues par procuration.

J'ai ressenti une émotion qui s'est exprimée malgré moi lorsque j'ai dit au Président: «Monsieur le Président, voici les gens qui n'ont pas pu parler». Je me sentais très proche de toutes ces personnes qui avaient tant souffert, et de ce fait j'ai eu du mal à poursuivre. Ce n'était cependant pas la première fois que les membres de la Commission étaient émus. Lors des auditions publiques, bien que les femmes aient laissé sourdre leurs émotions plus facilement, laissant couler leurs larmes en silence, nous, les hommes, ressentions aussi ce brassage d'émotions violentes. En ce qui me concerne, et pour revenir à la cérémonie dans le palais présidentiel, je ne sais pas si je cherchais, inconsciemment, à susciter la compassion du président.

Cette expérience vécue à la présidence de la Commission Vérité a-t-elle changé votre philosophie?

Totalement. Et savez-vous pourquoi? Parce que j'ai eu une occasion extraordinaire – rarement offerte aux philosophes – de confronter les théories philosophiques que je connais, dans une certaine mesure, avec la vie réelle. En philosophie, nous parlons de morale, d'Aristote, de Kant, de Hegel, de Marx, de la liberté et de la justice, de la vérité, de la connaissance et de la valeur de la science; tout cela a été en quelque sorte mis à l'épreuve de la réalité dans les faits quotidiens que nous avons dû examiner.

Les études de cas complexes et passionnantes que les philosophes et les sociologues conçoivent et traduisent en essais intellectuels ont pris corps devant nous. Des dilemmes ont opposé la morale de la conviction et la morale de la responsabilité. Comment devons-nous agir? Devions-nous dire la vérité sur ce que nous avons découvert, même si cette vérité risquait de déboucher

sur des troubles sociaux, sur la colère, voire sur un manque de confiance en la Commission elle-même, si nous découvriions des actes répréhensibles commis par les forces armées – les «bons» – et quelque chose de positif chez les supposés «méchants»? Devions-nous dire la vérité à n'importe quel prix, ou suivre la morale de la responsabilité, et, sinon dissimuler la vérité, tout au moins ne pas l'étaler dans toute son horreur pour garantir une vie plus sereine? Il y avait des arguments des deux côtés.

Comment avez-vous tranché ces dilemmes?

C'est la morale de la conviction qui l'a emporté au sein de la Commission, et nous avons parfaitement compris que notre devoir était de dire toute la vérité, même si cela devait contrarier les politiques, et même une partie de l'Église. Nous avons dû faire face à des problèmes graves. Par exemple, qui fallait-il considérer comme des victimes? Les terroristes avaient-ils pu, dans certains cas, être des victimes? Pour nous, il était clair qu'un terroriste avéré qui avait par la suite été capturé, torturé, puis avait disparu, était une victime. Nous savions cependant qu'il serait très difficile à la population de comprendre et d'accepter pareil point de vue. Si difficile que la loi sur les réparations, qui n'existe pour l'instant que sur le papier, ne considère pas les terroristes comme des victimes, même lorsqu'ils sont morts dans des circonstances autres que le combat.

Nous avons dû nous pencher sur les hypothèses de base de la morale et de l'anthropologie – des disciplines qui étudient ce qui, en définitive, nous confère une dignité en tant qu'êtres humains –, et c'est là-dessus que nous avons dû nous prononcer, sur la base des faits. Nous avons, dans une certaine mesure, dû répondre à toutes les questions décrites de manière si déchirantes par Primo Levi dans son livre *Si c'est un homme*. Nous nous sommes posé toutes ces questions. Étant donné ma formation philosophique, il était particulièrement important pour moi de procéder de la sorte. La discussion sur ces questions était essentielle pour ces philosophes et ces collègues que je rencontrais tous les mardis soirs pour débattre des incidences des travaux de la Commission. Nous avons beaucoup appris, et nous avons tous injecté une certaine dose de réalité dans nos réflexions purement théoriques.

Quelques jours avant que la capitale, Kigali, ne tombe aux mains du Front patriotique rwandais en juin 1994, un groupe de brigands s'est présenté à l'hôpital du CICR avec une jeune femme tutsie et ils ont déclaré: «Elle est malade, elle est avec nous depuis des mois. C'est une Tutsie, mais nous ne voulons pas la tuer, parce qu'elle sera plus utile en travaillant dans votre hôpital que morte.» Est-il possible, en un temps de terreur absolue, que la beauté l'emporte sur l'horreur?

De nombreuses personnes passées par les camps de concentration nazis ont relaté des expériences de ce type; on en a des preuves. Dans ces lieux d'où toute espérance a disparu, il arrive que quelques mots, une mélodie murmurée, une personne, ouvrent la porte à la paix. Le fait est que nous sommes capables, en tant qu'êtres humains, de commettre les pires actes, mais qu'en même temps

nous pouvons aussi trouver le plaisir ou le bonheur dans de toutes petites choses; nous pouvons apprécier le beau, le bien, les choses précieuses de ce monde, et nous émerveiller à leur contact.

Le fait qu'un être humain conserve son humanité, même dans un contexte d'horreur et de tragédie, est le plus grand des miracles. Ma présence, à elle seule, confère au monde une forme et un sens. Ma conscience est une lumière qui illumine les choses qui m'entourent, mais qui en même temps m'illumine moi-même. Elle me dit que malgré mon passé, malgré les limites de mon existence matérielle, je suis un être aux nombreuses potentialités, que je n'ai pas dit mon dernier mot, et qu'un avenir riche de possibilités me demeure ouvert, un avenir que je peux écrire par mon comportement, afin de devenir par là l'auteur de ma propre histoire.

Réveiller le dragon qui dort? Questions de justice transitionnelle: répression pénale ou amnistie?

Laura M. Olson*

Laura M. Olson, détentrice d'une maîtrise et d'un doctorat en droit, est actuellement conseillère juridique auprès de la délégation régionale du CICR pour les États-Unis et le Canada. Auparavant, elle a occupé, au sein du siège du CICR à Genève, les postes de conseillère juridique et de déléguée responsable du programme destiné aux cercles académiques et aux universités, à la délégation régionale du CICR à Moscou.

Résumé

Cet article s'attache à examiner quelques questions relatives à la justice transitionnelle et se demande s'il faut toujours insister sur la répression pénale des violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme, ou si dans certains cas, une autre action, comme l'amnistie, ne serait pas plus appropriée pour garantir la réconciliation nationale ou le développement pacifique d'un pays. Face à ce choix, des dilemmes existent et appellent à la recherche d'un équilibre judicieux entre d'importants intérêts concurrents et à la prise d'une décision essentielle, à savoir celle de réveiller ou non le dragon qui dort.

.....

* Original anglais, «Provoking the dragon on the patio. Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N° 862, juin 2006, pp. 275-294. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR.

Introduction

«[De nombreux gouvernements et certains individus] ont déclaré que tourner la page sur le passé est le meilleur moyen de ne pas perturber un délicat processus de transition ou de ne pas retrouver une ancienne dictature [ce qui rouvrirait les vieilles blessures des victimes]. Cette attitude est fondée sur le principe qu'un dragon dort et qu'il vaut mieux ne pas le réveiller¹.»

Lors de la transition politique qui suit une période de violences ou de répression, toute société hérite d'un passé violent difficile à gérer. Des pays aussi variés que la Bosnie-Herzégovine, la Sierra Leone, le Pérou et Timor-Leste peinent à tourner la page sur les crimes passés. Ainsi, pour promouvoir la justice, la paix et la réconciliation, les officiels du gouvernement et les partisans non gouvernementaux envisagent souvent d'apporter des réponses tant judiciaires que non judiciaires aux violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Ils peuvent notamment engager des poursuites contre les coupables individuels, accorder des réparations aux victimes de violences soutenues par l'État, mettre en œuvre des initiatives de recherche de la vérité sur les violences passées, réformer des institutions comme la police et les tribunaux, et exclure les coupables des postes d'influence. Ces approches sont de plus en plus utilisées simultanément, afin d'obtenir une justice compréhensive et étendue appelée «justice transitionnelle²».

En identifiant certains axes pertinents, l'auteur cherche à examiner quelques-unes des questions relatives à la «justice transitionnelle» et se demande s'il faut toujours insister sur la répression pénale des violations du droit humanitaire et des droits de l'homme dans toutes les situations, ou si, dans certains cas, une autre action, en particulier une amnistie, ne serait pas plus appropriée pour garantir la réconciliation nationale et le développement pacifique d'un pays. Il est intéressant que cet article – et les termes de justice réparatrice (par opposition à justice punitive) et de pardon pour les criminels – paraisse, alors que le droit international évolue dans la direction opposée (punitive) avec la création de la Cour pénale internationale, les poursuites engagées par les tribunaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et le recours à la compétence universelle.

En particulier depuis les années 1980, les dizaines d'États sur le chemin de la démocratie après une guerre civile ou la fin d'un régime répressif ont souvent eu recours à des mécanismes comme les commissions de vérités, dans l'espoir de réussir leur transition. Nombre de ces commissions de vérité, comme au Chili ou en Argentine, avaient pour principale priorité de révéler des vérités sur le passé et surtout de faire la lumière sur le sort des milliers de

1 Neil J. Kritz (ed.), *Transitional justice: How emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. 1, United States Institute of Peace Press, Washington, 1995, p. 346, citant Tina Rosenberg, dans A. Boraine, J. Levy & R. Scheffer (eds.), *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, 1994, p. 66 (traduction CICR).

2 Pour une définition plus détaillée, voir le site Internet du Centre international pour la justice transitionnelle sur <http://www.ictj.org>.

disparus. En comparaison, la Commission vérité et réconciliation sud-africaine, dans les années 1990, était beaucoup plus ambitieuse. Plus que toutes les autres commissions de vérité qui l'ont précédée, elle recherchait la réconciliation afin de s'en servir comme base pour l'édification de la nation³; cependant, la réconciliation n'était pas clairement définie dans les documents initiaux du gouvernement établissant la commission, et ses définitions se sont multipliées et ont été modifiées tout au long de la vie de la Commission⁴. Quoi qu'il en soit, le terme «réconciliation» fait dorénavant partie intégrante des discussions visant à trouver des solutions durant une transition.

De nombreuses personnes associent la «réconciliation» au pardon et à l'oubli («ne réveillez pas le dragon qui dort»); d'autres sont de l'avis contraire. Il est cependant indéniable qu'il n'existe pas de modèle universel unique de réconciliation, non seulement du fait des contextes variés, mais également à cause des différentes interprétations de ce terme. Par exemple, l'objectif est-il d'atteindre une réconciliation individuelle, ou une réconciliation nationale ou politique⁵? Tout type de réconciliation est un processus, non un événement isolé. Des deux objectifs, le plus réaliste est celui de la réconciliation nationale ou politique, que l'on peut voir comme un processus qui se concentre, à long terme, sur le soutien aux institutions politiques, socio-économiques et culturelles, afin qu'elles puissent agir sur les causes profondes des conflits et instaurer les conditions nécessaires à la paix et la stabilité⁶.

La réconciliation individuelle est beaucoup plus complexe car elle est exactement cela: individuelle. Chaque individu a des besoins différents, ainsi que des réactions différentes face au pardon, à l'apaisement et à la réconciliation. Les victimes sont les seules à pouvoir pardonner. Ni un gouvernement ayant opprimé un peuple, ni les individus coupables des violations ne peuvent «décréter» le pardon; ils ne peuvent que le demander. Les victimes doivent alors décider de l'accorder afin que puisse s'établir la réconciliation.

«Malheureusement, il revient trop souvent à la ou aux victimes d'engager le processus de réconciliation. Et souvent, il se termine avec la ou les victimes. Trop souvent, celui ou ceux qui ont opprimé ne sont pas intéressés par une réelle réconciliation. La réconciliation devient alors un processus au cours duquel les victimes se réconcilient avec elles-mêmes, leur famille ou leurs voisins. Pour ceux qui ont subi des atrocités, la réconciliation constitue souvent un processus de guérison et de renaissance au cours duquel ils apprennent à vivre dans et avec leur famille, leur communauté et leur société⁷.»

3 Richard A. Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 121.

4 *Ibid.*, p. 98.

5 Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, London, 2001, p. 155.

6 Pour une approche générale, voir K. Kumar, *Rebuilding Societies after Civil War*, Lynne Rienner Pub., Boulder, CO, 1997; *Reconciliation After Violent Conflict, a Handbook*, Handbook Series, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2003.

7 Dave Lindstrom, *National Dialog – A Chance for Reconciliation?*, disponible en anglais sur: <http://www.fhrg.org/remhi/reconcil.htm> (traduction CICR).

La réconciliation en tant qu'objectif doit donc être élaborée et non imposée. La connaissance est indispensable à la réconciliation, car la victime doit savoir ce qu'elle pardonne et il ne peut y avoir de réconciliation qu'après expiation. Sans expiation, c'est une injustice supplémentaire que de demander aux victimes de pardonner sans aucune contrition ou reconnaissance de la part du coupable⁸. Ainsi, la vérité semble être un ingrédient nécessaire à la réconciliation. Mais si la vérité est indispensable pour faire progresser la réconciliation⁹, qui doit l'admettre – les deux parties ou l'ensemble de la communauté? Quelle est la «vérité» recherchée?

Par ailleurs, certains pensent que la vérité est toujours préférable à la justice. Il a été suggéré, au sujet des expériences du Chili et de l'Afrique du Sud, que des rapports révélant la vérité devraient remplacer les procès¹⁰. Il a même été proposé de fermer le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et de le remplacer par une commission de vérité comme celles d'El Salvador ou du Chili¹¹. Cependant, le Chili et l'Afrique du Sud ont eux aussi engagé avec succès des poursuites¹². «Il est loin d'être prouvé qu'une politique de pardon et d'oubli dissuade automatiquement les violences futures¹³.» Par exemple, dans le cas d'Haïti, les amnisties n'ont pas empêché que de nouvelles violences se produisent¹⁴. D'autre part, la Commission vérité et réconciliation sud-africaine, qui a davantage parlé de réconciliation que toute autre commission de vérité avant elle, s'est rendu compte que ses déclarations initiales, selon lesquelles elle voulait atteindre une réconciliation totale, étaient irréalistes. L'archevêque Desmond Tutu a alors commencé à affirmer qu'il serait plus réaliste pour la commission d'avoir pour objectif la «promotion» de la réconciliation¹⁵.

La vérité doit faire partie du processus, mais doit-elle être mise en concurrence avec la justice? La révélation de la vérité devrait-elle primer sur la justice? La vérité ne pourrait-elle pas être un pas en direction de l'obligation de rendre des comptes, et non une alternative à ce processus? La réconciliation et la justice doivent-elles toujours être juxtaposées?

Tous les choix faits quant à la façon de gérer ces périodes de transition nécessitent de trouver des réponses à deux problèmes clés: 1) reconnaître: se souvenir des violences ou les oublier; et 2) rendre des comptes: imposer ou non des sanctions aux personnes responsables de ces violences¹⁶. Finalement, «la question revient à déterminer quels éléments des mesures de vérité, de justice

8 Juan E. Méndez, «Accountability for Past Abused», *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, pp. 255, 274.

9 Hayner, *op. cit.* note 5, p. 6.

10 Voir Charles Krauthammer, «Truth, not trials: A way for the newly liberated to deal with the crime of the past», *Washington Post*, 9 September 1994, at A27.

11 Neil A. Lewis, «Nuremberg isn't repeating itself», *New York Times*, 19 November 1995, at E5 (citant Robert Pastor, conseiller du président Jimmy Carter); David Forsythe, «The UN and human rights at fifty: An incremental but incomplete revolution», *Global Governance*, N° 1, 1995, p. 297.

12 Méndez, *op. cit.* note 8, p. 267.

13 *Ibid.*, p. 266.

14 «Chaque auto-amnistie de l'armée a entraîné de nouvelles interruptions de la démocratie et de nouvelles atrocités.» Méndez, *op. cit.* note 8, p. 266, citant Kenneth Roth, «Human rights in the Haitian transition to democracy», in *Human Rights and Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, Carla Hesse & Robert Post (eds.), 1997 (traduction CICR).

15 Hayner, *op. cit.* note 5, p. 156.

16 Luc Huyse, «Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past», *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, N° 1, Winter 1995, cité dans Kritz, *op. cit.* note 1, p. 337.

et de clémence sont compatibles entre eux d'une part, et d'autre part avec l'instauration de la démocratie et la paix, l'apparition de normes de droit international et la recherche de la réconciliation¹⁷.»

Répression pénale – l'obligation selon le droit international

L'État de droit doit être au-dessus des décisions politiques; l'essence de l'État de droit, un pilier de la démocratie¹⁸, est que personne n'est au-dessus des lois. Juger des criminels de guerre présumés qui sont par ailleurs des chefs politiques ou militaires ne semble cependant pas toujours être le choix politique le plus approprié ou le plus facile. Comme il a été relevé précédemment, certains soutiennent que la réconciliation est une condition *sine qua non* à la démocratie et affirment que les poursuites pénales constituent un obstacle à la réconciliation¹⁹. Inversement, les textes sur le droit international des droits de l'homme considèrent souvent que les sanctions pénales sont «l'assurance la plus efficace contre une répression future²⁰» et soulignent les liens entre responsabilité, réconciliation, paix et démocratie²¹.

Pour débattre de la répression pénale et de l'amnistie, il faut d'abord comprendre quelles sont les obligations en vigueur selon le droit international, car l'obligation, en droit international, d'engager des poursuites et de punir certains comportements criminels réduit ou élimine les options juridiques de l'État, y compris l'adoption de lois d'amnistie, pour les infractions en question. Si les États doivent poursuivre les auteurs de ces infractions, il leur est donc interdit d'adopter des lois d'amnistie pour ces actes. Cependant, s'il existe un devoir moindre de rendre des comptes pour des actes à caractère non pénal, leurs auteurs pourraient être cités à comparaître devant des instances civiles, comme une commission de vérité, ou

17 Juan Méndez, «National Reconciliation, Transitional Justice, and the International Criminal Court», *Ethics and International Affairs*, Vol. 15, 2001, pp. 25, 29.

18 Diane F. Orentlicher, «Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime», *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 2537, 2543.

19 *Azanian People's Organization (AZAPO) and Others v. President of the Republic of South Africa*, 1996(4) SA 671, pp. 684-86 («Si la Constitution laissait planer la perspective de représailles et de vengeance continues, l'accord des personnes menacées par son application aurait pu ne jamais être obtenu» [traduction CICR]); *ibid.*, p. 685; Michael Ignatieff, *L'honneur du guerrier: guerre ethnique et conscience moderne*, La Découverte, Paris, 2000, p. 192 («Si les procès participent au processus de révélation de la vérité, on peut douter qu'ils prennent part à celui de la réconciliation. La fonction cathartique de la justice a tendance à n'avoir d'effets que du côté de la victime. Alors que les victimes peuvent avoir l'impression que justice a été rendue, la communauté d'où proviennent les auteurs des crimes peut avoir le sentiment qu'on a fait d'elle un bouc émissaire.») (Traduction CICR.)

20 Orentlicher, *op. cit.* note 18, p. 2542. Voir aussi Malamud-Goti, «Transitional governments in the breach: Why punish state criminals?», *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, p. 12.

21 Steven R. Ratner, «New democracies, old atrocities: An inquiry in international law», *Georgetown Law Journal*, Vol. 87, 1999, pp. 707, 735, citant Méndez *op. cit.* note 8, pp. 273-275; Larry Rohter, «Huge amnesty is dividing Guatemala as war ends», *New York Times*, 18 December 1996, at A9 («Il ne peut pas y avoir de réelle paix sans justice», selon les paroles du chef indien Genara Lopez); Judith Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 158 (les procès remplacent «la vengeance personnelle et incontrôlée par un processus raisonnable qui désigne des coupables dans chaque affaire et retire aux personnes directement lésées le pouvoir de punir» [traduction CICR]).

être soumis à une lustration²² ou à d'autres mécanismes, sans que l'État viole une obligation juridique internationale particulière. Le respect de l'État de droit est un facteur essentiel qui doit être pris en compte lorsque l'on envisage d'abandonner la répression pénale ou de la compléter par d'autres mécanismes d'obligation de rendre des comptes et/ou de reconnaissance, même dans l'objectif louable d'atteindre la réconciliation nationale ou le développement pacifique d'un pays.

Obligations selon le droit international concernant la répression pénale des violations du droit international humanitaire

Il existe une obligation de mettre fin à toutes les violations du droit international humanitaire²³. Cette obligation n'exige pas des États qu'ils adoptent une législation pénale, mais les laisse choisir entre punir les violations ou mettre en œuvre des mesures appropriées – administratives, disciplinaires ou autres –, afin de remplir leur obligation.

Selon le droit humanitaire, seules les infractions graves figurant dans les quatre Conventions de Genève²⁴ de 1949 et le Protocole additionnel I²⁵ de 1977 font l'objet d'obligations conventionnelles spécifiques exigeant des États qu'ils poursuivent ou extradent les auteurs de crimes prescrits, où que ces derniers aient été commis. Cette obligation qu'ont les États de poursuivre ou d'extrader les coupables sur la base de la compétence universelle est clairement décrite dans ces traités. Divers autres «traités de droit humanitaire²⁶» obligent de la même manière un État partie à poursuivre ou extraditer les auteurs d'actes qu'ils interdisent, bien que, généralement, les obligations conventionnelles explicites à cet égard soient rares.

Selon le droit international coutumier, les crimes de guerre comprennent les violations graves commises lors de conflits armés internationaux, ainsi que celles citées en tant qu'infractions graves aux quatre Conventions de Genève et

22 Ce terme désigne un mécanisme administratif consistant à «disqualifier et, si en poste, à exclure certaines catégories de fonctionnaires de l'ancien régime de certains postes publics ou privés sous le nouveau régime» (traduction CICR). Voir Herman Schwartz, «Lustration in Eastern Europe», in Kritz, *op. cit.* note 1, p. 461.

23 «Chaque Partie contractante prendra les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions de la présente Convention, autres que les infractions graves...» (art. 49(3), 50(3), 129(3) et 146(3) respectivement des quatre Conventions de Genève). L'article 85(1) du Protocole additionnel I prévoit que les dispositions des Conventions relatives à la répression des infractions et des infractions graves s'appliquent également à la répression des infractions et des infractions graves au Protocole.

24 Les infractions graves définies dans les articles 50, 51, 130 et 147 respectivement des quatre Conventions de Genève, commises durant un conflit armé international contre des personnes ou des biens protégés par les Conventions de Genève, constituent des crimes de guerre.

25 Les infractions graves au Protocole additionnel I sont définies dans les articles 11(4), 85(3) et 85(4) et constituent des crimes de guerre.

26 La Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé; le Deuxième protocole relatif à la Convention de la Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé; la Convention de 1972 sur les armes biologiques; la Convention de 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement; le Protocole II modifié de la Convention de 1980 sur certaines armes classiques; la Convention de 1993 sur les armes chimiques; la Convention de 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction.

au Protocole additionnel I²⁷. Aujourd'hui, les crimes de guerre incluent également les violations graves commises lors de conflits armés non internationaux²⁸, y compris les infractions graves à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève²⁹. L'extension de la notion de crime de guerre aux actes commis lors de conflits armés non internationaux est d'une grande importance, étant donné que de nos jours, la plupart des conflits sont internes et que les gouvernements ou les démocraties de transition, s'ils sont associés à un conflit armé, ont généralement été établis suite à un conflit armé non international.

Le droit international coutumier exige des États qu'ils enquêtent sur les crimes de guerre présumés commis durant un conflit armé, international ou non international, par leurs ressortissants ou leurs forces armées ou sur leur territoire, et, le cas échéant, qu'ils poursuivent les suspects. Les États doivent également enquêter sur d'autres crimes de guerre pour lesquels ils sont compétents et, le cas échéant, poursuivre les suspects³⁰. C'est ainsi, bien qu'il existe certaines pratiques contraires, comme l'octroi d'amnisties pour des infractions commises lors de conflits armés non internationaux³¹.

Par conséquent, le cadre juridique contraignant pour les États en matière de crimes de guerre, qu'il soit établi par des traités ou la coutume, exige des États qu'ils « exercent la compétence pénale que leur législation nationale confère à leurs tribunaux, qu'elle soit limitée à la compétence territoriale et personnelle ou qu'elle inclue la compétence universelle, qui est obligatoire pour les infractions graves³² ». La façon dont ces limites juridiques influent sur l'autorisation d'accorder des amnisties est abordée après la section suivante.

Obligations selon le droit international concernant la répression pénale des violations des droits de l'homme

Comme en droit humanitaire, certains traités des droits de l'homme obligent un État partie à poursuivre ou extraditer les personnes accusées d'actes prescrits par le traité. Leur diversité est la preuve que l'exercice de la compétence universelle prend des formes variées³³.

27 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 574-590.

28 *Ibid.*, pp. 590-603.

29 *Ibid.*, p. 590.

30 *Ibid.*, p. 607.

31 Voir la section intitulée *Amnisties: leur (il)légalité*; *ibid.*, pp. 609-610.

32 *Ibid.*, p. 607 (traduction CICR).

33 La Convention de 1930 sur le travail forcé et la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide exigent que les États parties punissent les individus pour les crimes commis sur leur territoire. La Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme exige des États parties qu'ils punissent ou extradent les responsables de crimes commis sur leur territoire ou par leurs ressortissants. La Convention internationale de 1979 contre la prise d'otages, la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée des personnes exigent des États parties qu'ils extradent ou poursuivent les criminels pour des crimes commis où que ce soit. La Convention de 1956 relative à l'esclavage et la Convention de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid semblent être les plus strictes puisqu'elles exigent des États parties qu'ils poursuivent, sans

Mis à part ces traités, la plupart des traités internationaux des droits de l'homme restent vagues quant à l'obligation spécifique de poursuivre les contrevenants. Les traités internationaux des droits de l'homme exigent généralement que les États parties offrent un recours, en droit civil et pénal, aux victimes de violations des droits de l'homme. Par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient une obligation moins précise que le principe *aut dedere aut iudicare*, à savoir «respecter et [...] garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus [dans ce pacte]» et leur fournir «un recours utile³⁴». Les conventions européenne et américaine contiennent une formulation semblable³⁵, mais ce qui constitue un recours utile ou approprié a fait l'objet de diverses interprétations de la part des tribunaux et des commissions des droits de l'homme et, malgré l'absence d'obligation explicite d'engager des poursuites, ces organes ont proclamé ce principe³⁶. La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est attribuée le devoir d'engager des poursuites sur la base de l'article 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme³⁷. La Cour européenne a jugé, dans l'affaire *Aksoy c. Turquie*, que «la notion de 'recours effectif' [...] implique, outre le versement d'une indemnité là où il échet, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête³⁸», et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a déduit un devoir similaire de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁹.

avoir la possibilité de les extraditer, les auteurs de crimes commis en quelque lieu que ce soit. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998 donne compétence en matière de crimes de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, y compris le crime d'apartheid. Par conséquent, les États parties qui désirent profiter du régime complémentaire ont le devoir de poursuivre ces crimes; le préambule du Statut de Rome rappelle «qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux».

34 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, art. 2, par. 1 et 3(a).

35 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, art. 1, 5(5) et 13; Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, art. 1(1), 10 et 25.

36 Ratner, *op. cit.* note 21, p. 720. Voir Naomi Roht-Arriaza, «Sources in international treaties of an obligation to investigate, prosecute, and provide redress», in Naomi Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 1995, pp. 24, 28-32.

37 Selon l'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'article 1(1) de la Convention américaine impose à chaque État partie un «devoir juridique de prendre des mesures raisonnables afin de prévenir les violations des droits de l'homme et d'utiliser les moyens à sa disposition pour mener une enquête sérieuse sur les violations commises relevant de sa juridiction, d'identifier les personnes responsables, d'imposer la sanction appropriée et de garantir une compensation adéquate pour la victime.» (Traduction CICR.), *Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, jugement du 29 juillet 1988, Série C, N° 4, par. 174. Même ainsi, «la Cour interaméricaine n'a pas spécifiquement mentionné les poursuites en tant que méthode exclusive de punition et peut avoir laissé la porte ouverte aux seules sanctions administratives. Des décisions ultérieures rendues par la Commission interaméricaine ont cependant déclaré les amnisties générales incompatibles avec la Convention américaine et ont mis l'accent sur les poursuites.» (Traduction CICR.) Ratner, *op. cit.* note 21, pp. 721-722 (sans notes de bas de page). Affaire *Velasquez-Rodriguez*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, décision de 1988, Série C, N° 4, par. 174, cité dans Ratner, *ibid.*, p. 721.

38 Arrêt du 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI, par. 98.

39 *Ana Rosario Celis Laureano c. Pérou*, Doc. Nations Unies CCPR/C/56/D/540/1993.

Louis Joinet, en tant que rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, a écrit dans son rapport intitulé «Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme», que l'impunité est inacceptable non seulement parce qu'elle est en contradiction avec l'idée de justice, mais également parce qu'elle est contraire au respect des droits les plus fondamentaux de la victime⁴⁰.

«L'impunité constitue un manquement aux obligations qu'ont les États d'enquêter sur les violations, de prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice, pour qu'ils soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées, d'assurer aux victimes des voies de recours efficaces et la réparation du préjudice subi, et de prendre toutes mesures destinées à éviter le renouvellement de telles violations. Si l'initiative des poursuites relève en premier lieu des missions de l'État, des règles complémentaires de procédure doivent être prises pour permettre à toute victime d'en prendre elle-même l'initiative [...] en cas de carence des pouvoirs publics, notamment en se constituant partie civile⁴¹...»

Il a défini pour les victimes un «droit de savoir», un «droit à la justice» et un «droit à réparation» et, selon son interprétation, ces droits exigent des États qu'ils adoptent diverses mesures afin de faire la lumière sur la vérité, lutter contre l'impunité et garantir que ces violations ne se reproduisent pas⁴². Le «droit de savoir» n'est pas seulement un droit fondamental pour les victimes individuelles, mais aussi un droit collectif, qui «trouve son origine dans l'histoire pour éviter qu'à l'avenir les violations ne se reproduisent. Il a pour contrepartie, à la charge de l'État, le 'devoir de mémoire' afin de se prémunir contre ces détournements de l'histoire qui ont pour nom révisionnisme [...]; en effet, la connaissance, par un peuple, de l'histoire de son oppression appartient à son patrimoine et comme telle doit être préservée⁴³». Le «droit à la justice» comprend le droit de chaque victime à un recours juste et efficace. On pourrait déduire de ce droit individuel que «les groupes majoritaires de la société n'ont pas le droit de dire aux victimes que leur cas sera oublié en faveur d'un «bien» plus important⁴⁴». Enfin, le «droit à réparation» comprend des

40 «Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)» – Rapport final révisé établi par M. L. Joinet, en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 49^e session (Rapport Joinet), Document des Nations Unies E/CNOTE4/Sub.2/1997/20/Rev.1. En 2004, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a chargé le professeur Diane Orentlicher, en tant qu'experte indépendante, de mettre à jour les Principes Joinet sur la lutte contre l'impunité; la Commission des droits de l'homme a pris «note avec reconnaissance [...] de l'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité [ci-après Principes révisés] (E/CNOTE4/2005/102/Add.1) qui [offre] aux États des orientations visant à les aider à adopter des mesures efficaces pour lutter contre l'impunité.» Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/81, Impunité, E/CNOTE4/RES/2005/81, par. 20.

41 *Ibid.*, p. 22, Principe 18.

42 *Ibid.*, par. 16-30.

43 Rapport Joinet, *op. cit.* note 40, par. 17.

44 Méndez, *op. cit.* note 8, p. 277 (traduction CICR).

mesures individuelles (p. ex. restitution, indemnisation et réadaptation) ainsi que collectives (p. ex. reconnaissance solennelle par l'État de sa responsabilité ou cérémonies commémoratives)⁴⁵.

Amnisties – leur (il)légalité

Le terme «amnistie» désigne généralement un acte officiel, habituellement juridique, empêchant, pour l'avenir, de poursuivre pénalement toute une catégorie de personnes pour un ensemble spécifique d'actions ou d'événements. L'amnistie est souvent opposée au pardon, qui dispense généralement les criminels de purger la totalité ou une partie de leur peine mais n'efface pas l'accusation⁴⁶. Les amnisties peuvent être générales ou partielles; elles peuvent être officielles, avec, par exemple, l'adoption d'une loi, ou *de facto*, lorsqu'un État se contente de ne pas engager de poursuites. Les amnisties déclarées illégales par les organes de surveillance des traités étaient toutes des amnisties générales⁴⁷. Elles sont donc actuellement plus susceptibles d'être interdites que les amnisties partielles. Parmi les différents types d'amnisties, les auto-amnisties, accordées par l'ancien régime dans l'espoir que le futur régime ne les examinera pas⁴⁸, doivent être étudiées avec soin⁴⁹, car elles nient au nouveau gouvernement le droit de choisir sa propre voie vers l'obligation de rendre des comptes (et aussi vers la démocratie). De plus, les auto-amnisties violent également le principe général du droit qui interdit aux personnes d'être à la fois juge et partie: *nemo debet esse iudex in propria causa*⁵⁰.

Le soutien aux amnisties repose sur une résistance aux poursuites fondée sur la crainte que des poursuites déstabilisent le nouveau gouvernement ou perpétuent simplement l'esprit de vengeance dont faisait preuve l'ancien régime. Certains pensent par ailleurs que pour avancer, ces questions (les violations de la loi) devraient être laissées au passé, car il est mieux de ne pas «réveiller le dragon qui dort». À l'exact opposé, d'autres prétendent que ni une société ni un pays ne peut aller de l'avant et guérir par l'impunité; par conséquent, il faut engager des poursuites pour

45 Rapport Joinet, *op. cit.* note 40, par. 40-42.

46 Les amnisties mettent à l'abri des poursuites et ne sont pas des grâces. Ces distinctions sont inexactes: les grâces, comme les amnisties, peuvent être utilisées pour exclure toute poursuite et les amnisties couvrent parfois des personnes qui purgent des peines de prison. Voir A. Damico, *Democracy and the case for Amnesty*, University Press of Florida, 1975. Le mot «amnistie», comme «amnésie», vient du grec «amnesia» qui signifie «manque de mémoire» ou «oubli»; par une amnistie, le gouvernement déclare qu'il a l'intention d'effacer (et pas seulement de pardonner) un crime. Voir K. Moore, *Pardons: Justice, Mercy and the Public Interest*, 4-5, 1989. En anglais, le *Black's Law Dictionary* définit l'amnistie comme l'abolition et l'oubli d'un crime, alors que la grâce est un pardon.

47 À ce jour, aucun cas d'amnistie partielle pour violations graves des droits de l'homme n'a été présenté devant un de ces organes de surveillance. Ratner, *op. cit.* note 21, p. 744.

48 Pour des exemples, voir *Ibid.*, p. 736, note 147.

49 Les amnisties adoptées par les nouveaux régimes après délibération ont en fin de compte le même résultat pour les victimes et les coupables, mais elles ne sont pas aussi mal vues que les auto-amnisties. L'image particulièrement mauvaise des auto-amnisties est un signe supplémentaire de l'existence d'un devoir juridique convenu de ne pas ratifier des auto-amnisties. *Ibid.*, p. 744. Voir aussi Robert O. Weiner, «Trying to make ends meet: Reconciling the law and practice of human rights amnesties», *St. Mary's Law Journal*, N° 26, 1995, pp. 857, 859 (qui les décrit comme l'exercice d'un pouvoir, pas une légitimité).

50 Ratner, *op. cit.* note 21, p. 744.

les crimes. Ces deux points de vue, néanmoins, semblent se rejoindre sur la question des violations graves du droit international⁵¹ : il faut toujours poursuivre les auteurs de ces crimes et ne pas leur faire perpétuer une culture de l'impunité. Les textes sur le droit international des droits de l'homme considèrent généralement que les sanctions pénales sont nécessaires pour exercer un effet de dissuasion et renforcer l'État de droit. Cependant, certains partisans des poursuites conviennent que l'amnistie ne devrait pas être totalement écartée en tant que moyen de promouvoir la réconciliation, pour autant que la loi d'amnistie n'inclue pas des crimes qui doivent être punis au regard du droit international⁵². Un État ne peut pas annuler ses obligations internationales en appliquant une loi nationale contradictoire.

Selon les principaux arguments en faveur d'amnisties officielles ou simplement d'absence de poursuites (amnisties *de facto*) – à savoir que sans amnistie, les hostilités d'un conflit ne cesseraient jamais et/ou que des procès seraient politiques et déstabiliseraient le nouveau gouvernement encore fragile⁵³ –, la paix et la réconciliation dépendent de l'impunité par l'amnistie. Toute affirmation selon laquelle les poursuites sont impossibles devrait être examinée soigneusement pour voir si elle n'est pas exagérée. Ceux qui soutiennent que des lois d'amnistie sont nécessaires à la réconciliation ou à l'élimination des divisions sociales peuvent estimer à tort qu'il n'existe aucun autre moyen d'y parvenir⁵⁴. « Il convient de faire ici une distinction essentielle entre une insubordination militaire et un problème qui constitue une menace réelle et sérieuse pour la vie du pays⁵⁵. » Il a été proposé d'accorder des amnisties en échange d'informations (p. ex. sur le sort de personnes disparues), car les procès, et en particulier ceux des tribunaux internationaux, ont été critiqués pour empêcher la récolte d'informations, ceux qui en ont ne se présentant pas de peur d'être poursuivis.

Il ne faudrait pas oublier que l'obligation juridique d'engager des poursuites pour certains crimes peut avoir une certaine valeur durant les négociations, car en exigeant généralement des poursuites, le droit international contribue à garantir que les gouvernements ne renoncent pas à entamer des procès simplement parce qu'il est politiquement opportun d'agir ainsi⁵⁶. Le droit international,

51 « Alors qu'ils sont généralement en faveur d'une certaine tolérance dans la gestion des violences passées, la plupart des participants au débat conviennent qu'il faut faire deux exceptions. Premièrement, les auto-amnisties sont illégales. Deuxièmement, les États ont le devoir d'engager des poursuites pour les infractions au droit international relatives aux droits de l'homme. Il est affirmé que ces crimes ne peuvent pas être pardonnés unilatéralement... Le procès de Paul Touvier, un collaborateur français qui a été amené devant un tribunal pénal en 1994, 50 ans après la fin de la guerre, a eu lieu sur la base du même principe, à savoir que les crimes contre l'humanité doivent toujours être portés devant la justice. » Voir *Le Monde* (Numéro spécial), 17 mars 1994 (traduction CICR); Huyse, *op. cit.* note 16, p. 337, note 27.

52 Orentlicher, *op. cit.* note 18, p. 2550, et note 46.

53 *Ibid.*, p. 2444. En particulier dans les pays où l'armée a encore un grand pouvoir, poursuivre certains membres de l'armée peut risquer d'affaiblir le gouvernement civil.

54 *Ibid.*, p. 2550. Voir John Dugard, « Is the truth and reconciliation process compatible with international law? An unanswered question », *South African Journal on Human Rights*, N° 13, 1997, pp. 258, 267; Carla Edelenbos, « Human rights violations: A duty to prosecute? », *Leiden Journal of International Law*, N° 7, 1994, p. 5, 20.

55 Orentlicher, *ibid.*, p. 2548. Méndez, *op. cit.* note 8, p. 257 (traduction CICR).

56 Angleika Schlunck, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international armed conflicts*, Berlin Verlag, Berlin, 2000, p. 13.

qui exige de punir les auteurs de crimes atroces et, plus encore, la pression internationale qui pousse à le respecter, peuvent constituer un contrepoids aux pressions des groupes qui cherchent à obtenir l'impunité. Ces mêmes groupes essaieraient-ils de s'opposer si fortement aux poursuites s'il était entendu que la question n'est pas négociable⁵⁷? Par ailleurs, si les poursuites sont exigées par la loi, ces affaires ne seront pas aussi facilement perçues comme des «poursuites vindicatives», et la justice ne sera pas vue comme une vengeance⁵⁸; la question, par conséquent, ne consistera pas à opposer la vengeance à la réconciliation. Quelles qu'en soient les conséquences, l'obligation juridique du principe *aut dedere aut iudicare* s'applique à certains crimes, et donc, l'octroi d'amnisties pour ces crimes constitue une violation directe de l'État de droit et, en fait, encourage l'impunité. Toute décision de ce type doit, par conséquent, être prise après qu'ait été sérieusement pesée la question de savoir si une amnistie est réellement la meilleure solution pour la réconciliation nationale et le développement pacifique d'un pays.

L'(il)légalité des amnisties en cas de violations du droit international humanitaire

Comme cela a déjà été démontré, les États ont l'obligation juridique de mettre fin aux violations générales du droit humanitaire, mais ne sont pas obligés de les porter devant la justice. Seules les infractions graves aux dispositions doivent être punies, et cette exigence a été étendue à d'autres crimes de guerre par le droit coutumier. Cette section sera donc consacrée aux crimes de guerre.

Plusieurs États ont accordé des amnisties pour crimes de guerre, mais ces amnisties ont souvent été déclarées illégales par les tribunaux nationaux ou critiquées par la communauté internationale⁵⁹. En Sierra Leone, par exemple, les Nations Unies n'ont jamais reconnu l'amnistie accordée aux belligérants lors des Accords de Lomé en juillet 1999 pour les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et d'autres violations graves du droit international humanitaire⁶⁰. Les crimes cités dans le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone montrent bien que l'octroi d'amnisties n'empêche pas le tribunal d'avoir compétence pour juger les personnes relevant de sa juridiction pour les crimes mentionnés plus haut⁶¹.

Le droit international humanitaire soutient effectivement l'octroi d'amnisties pour certains actes. L'article 6, paragraphe 5, du Protocole additionnel II

57 Orentlicher, *op. cit.* note 18, note 39.

58 *Ibid.*, p. 2549.

59 Henckaerts, *op. cit.* note 27, pp. 609-610.

60 Antoine J. Bullier, «Souveraineté des États africains et justice pénale internationale: une remise en cause?», *Afrique contemporaine*, n° 198, 2^e trimestre 2001, p. 82.

61 Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, articles 2-4. Voir aussi l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, préambule, par. 2 («ATTENDU QUE ... le Conseil de sécurité a prié le Secrétaire général de négocier un accord avec le Gouvernement sierra-léonais en vue de créer un Tribunal spécial indépendant chargé de poursuivre les personnes qui portent la responsabilité la plus lourde des violations graves du droit international humanitaire ainsi que des crimes commis au regard du droit sierra-léonais» (majuscules ajoutées)).

demande d'accorder la «plus large amnistie possible» après un conflit armé non international⁶². Malheureusement, à cause d'une interprétation erronée, cet article a été utilisé pour justifier des amnisties accordées pour des violations commises durant des guerres, par exemple en Amérique latine⁶³. En réalité, l'article encourage simplement à accorder des amnisties pour avoir participé aux hostilités, ce qui peut, sinon, faire l'objet de poursuites en tant qu'infraction au droit pénal national⁶⁴. Bien que le droit humanitaire sous-entende qu'accorder certaines amnisties peut contribuer à amener la paix ou des circonstances favorables à la paix, le droit international coutumier confirme que l'amnistie devrait être accordée aux personnes qui *ne sont pas* soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre⁶⁵, et la plupart des amnisties excluent les personnes qui le sont⁶⁶.

L'(il)légalité des amnisties en cas de violations du droit international des droits de l'homme

L'interdiction d'accorder des amnisties ne se limite pas aux crimes de guerre. Un devoir d'engager des poursuites existe aussi vis-à-vis d'autres crimes internationaux considérés également intolérables, y compris les violations graves des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a d'ailleurs condamné les amnisties. À l'origine, il ne se concentrait que sur le droit de ne pas être soumis à la torture: «L'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes...⁶⁷» Depuis, il a élargi ses préoccupations aux amnisties générales: «Une telle amnistie empêche que les enquêtes voulues ne soient menées et que les auteurs d'exactions passées soient punis, compromet les efforts tendant à instaurer le respect des droits de l'homme, contribue à un climat d'impunité pour les responsables de violation

62 Les travaux préparatoires de l'article 6, paragraphe 5, (du Protocole additionnel II) montrent que cette disposition vise à encourager les amnisties (c'est-à-dire, une sorte de libération à la fin des hostilités). Son but n'est pas que ceux qui ont violé le droit international humanitaire bénéficient d'une amnistie. ... Quoi qu'il en soit, les États n'ont accepté aucune règle dans le Protocole II les obligeant à criminaliser ses violations. Lors du débat de la Conférence diplomatique élaborant le Protocole II, le représentant de l'Union des Républiques socialistes soviétiques a déclaré à propos de l'article 10 du projet de protocole II (qui est ensuite devenu l'article 6 du Protocole II) que sa délégation «[était] cependant convaincue que le texte mis au point par la Commission I ne peut s'interpréter comme permettant en quelque circonstance que ce soit, aux criminels de guerre et aux personnes ayant commis des crimes contre la paix et l'humanité d'échapper à un châtiment sévère.» *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Berne, 1978, Vol. IX, p. 338.

63 Voir p. ex., Décision de la Cour suprême de justice de El Salvador sur la loi d'amnistie, Procédure n° 10-93, 20 mai 1993, et Douglas Cassel, «Lessons from the Americas: Guidelines for international response to amnesties for atrocities», *Law and Contemporary Problems: Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Vol. 59, Autumn 1996, pp. 197, 218 et note 127.

64 Cassel, *ibid.*, p. 218.

65 Henckaerts, *op. cit.* note 27, pp. 611-614.

66 *Ibid.*, pp. 612-613.

67 Observation générale n° 20(44), article 7, par. 15, «Rapport du Comité des droits de l'homme», 47^e Session de l'Assemblée générale des Nations Unies, Supplément n° 40, Annexe VI, pp. 193, 195, Doc. des Nations Unies A/47/40(1992). Tous cités dans Ratner, *op. cit.* note 21, p. 721, note 62.

des droits de l'homme⁶⁸.» Cependant, «le Comité n'a pas recommandé que les États disposant de lois d'amnistie les remplacent par des poursuites (peut-être à cause de préoccupations quant à l'application rétroactive de la loi), mais a demandé, plutôt que de mener des enquêtes, d'indemniser les victimes et de garantir que les responsables des violations ne continuent pas à occuper des postes officiels⁶⁹». Le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies⁷⁰ et la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme ont souligné l'importance de lutter contre l'impunité et, par conséquent, la nécessité d'exclure les crimes internationaux des amnisties⁷¹.

Louis Joinet, dans son rapport sur la «Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme», décrit les restrictions apportées à certaines règles de droit afin de lutter contre l'impunité⁷². Elles comprennent des restrictions relatives aux amnisties:

«Y compris lorsqu'elles sont destinées à créer des conditions propices à un accord de paix ou à favoriser la réconciliation nationale, l'amnistie et les autres mesures de clémence doivent être contenues dans les limites suivantes:

- a) Les auteurs des crimes graves selon le droit international ne peuvent bénéficier de telles mesures tant que l'État n'a pas satisfait aux obligations énumérées au principe 18 [«Devoirs des États dans le domaine de l'administration de la justice»];
- b) Elles sont sans effet sur le droit à réparation des victimes...⁷³»

La Commission interaméricaine ne laisse d'ailleurs planer que peu de doutes quant au fait qu'elle considère les amnisties comme étant des violations graves des droits de l'homme: «Il est maintenant clair que rien de moins que des enquêtes judiciaires visant à identifier les auteurs, donner des noms et punir les coupables ne suffira⁷⁴.» Ainsi la Commission interaméricaine a-t-elle recommandé de modifier une loi d'auto-amnistie «dans le but d'identifier les parties coupables, d'établir leurs responsabilités et de les poursuivre de façon efficace⁷⁵». Une recommandation qui se place en opposition avec certaines affaires où la Commission avait seulement

68 Comité des droits de l'homme, Observations préliminaires sur le Pérou, par. 9, Doc. Nations Unies CCPR/C/79/Add.67(1996). Voir aussi, Comité des droits de l'homme, «Commentaires sur l'Argentine», par. 153, 158, in: «Rapport du Comité des droits de l'homme», 50^e Session de l'Assemblée générale des Nations Unies, Supplément n° 40, p. 31, 32, Doc. des Nations Unies A/50/40 (1995); Comité des droits de l'homme, *Hugo Rodríguez c. Uruguay*, Comm. n° 322/1988, Doc. des Nations Unies CCPR/C/51/D/322/1988 (1994). Tous cités par Ratner, *op. cit.* note 21, note 63.

69 Ratner, *ibid.*, citant le Comité des droits de l'homme, Observations préliminaires sur le Pérou, par. 20; Commentaires sur l'Argentine, par. 158 (traduction CICR).

70 Voir en particulier la résolution intitulée «Impunity» adoptée par la Commission des droits de l'homme lors de nombreuses sessions; la dernière résolution en date, E/CNOTE4/RES/2005/81, a été adoptée en 2005.

71 Voir, p. ex., Henckaerts, *op. cit.* note 27, Vol. II, Part 2, pp. 4035-4038.

72 Rapport Joinet, *op. cit.* note 40, Principes 23-32. Ces principes ont été révisés, voir Principes révisés, *op. cit.* note 40, Principes 22-30, pp. 13-16.

73 Principe 25, *ibid.* Voir aussi les Principes révisés, *op. cit.* note 40, Principe 24, p. 14.

74 Cassel, *op. cit.* note 63, p. 217 (traduction CICR).

75 Rapport n° 36/96 (Chili), 15 octobre 1996, par. 111, 1996. *Annual Report*, Inter-American Commission on Human Rights, 1997, pp. 156, 183 (traduction CICR).

recommandé «une juste compensation» et «les mesures nécessaires pour clarifier les faits et identifier les responsables»⁷⁶. Pourtant, malgré ces mesures, la Commission n'a, à ce jour, jamais encore porté d'affaires devant la Cour interaméricaine afin d'y obtenir une décision contraignante.

En dépit des décisions actuelles et des opinions en faveur d'un devoir de responsabilité pénale, ces dernières décennies ont vu de nombreux États, lors de transitions, opter pour des lois générales d'amnistie – ou le respect des amnisties des anciens régimes – concernant diverses atrocités commises par le gouvernement: l'Argentine⁷⁷, l'Uruguay⁷⁸, le Chili⁷⁹, le Brésil⁸⁰, le Pérou⁸¹, le Guatemala⁸², El Salvador⁸³, le Honduras⁸⁴, le Nicaragua⁸⁵, Haïti⁸⁶, la Côte d'Ivoire⁸⁷, l'Angola⁸⁸ et le Togo⁸⁹. En outre, le Tribunal constitutionnel sud-africain a jugé dans *AZAPO c. Afrique du Sud* que le processus national de vérité et de réconciliation et sa procédure d'amnistie, n'était pas incompatible avec le droit international⁹⁰. En 2005, la Colombie a adopté une loi d'amnistie partielle et, plus récemment, l'Algérie a adopté une loi d'amnistie⁹¹.

76 Rapport n° 29/92 (Uruguay), 2 octobre 1992, par. 54, 1992-1993, Annual Report, Inter-American Commission on Human Rights, 1993, pp. 154, 165, recommandant «une juste compensation» et «les mesures nécessaires pour clarifier les faits et identifier les responsables» mais pas de poursuites (traduction CICR). Voir aussi Cassel, *op. cit.* note 63, pp. 208-19; Weiner, *op. cit.* note 49, pp. 862-64.

77 Loi n° 23492, 23 décembre 1986, reproduite dans Kritz, *op. cit.* note 1, Vol. 3, p. 505.

78 Loi n° 15848, 22 décembre 1986, *ibid.*, p. 598.

79 Décret-loi n° 2.191, 18 avril 1978.

80 Loi n° 6.683, 28 août 1979, art. 1.

81 Loi n° 26479, 14 juin 1995, disponible sur: <http://www2.congreso.gob.pe/ccd/leyes/cronos/1995/ley26479.htm>.

82 Ley de Reconciliación Nacional, décret n° 145-96, 18 décembre 1996.

83 Décret n° 486, 20 mars 1993, reproduite dans Kritz, *op. cit.* note 1, p. 546.

84 Décret n° 87-91, 223 juillet 1991, *ibid.*, p. 546.

85 Loi n° 81 sur l'amnistie générale et la réconciliation nationale, 9 mai 1990, *ibid.*, p. 591.

86 Loi relative à l'Amnistie, publiée dans *Le Moniteur*, Gazette officielle de la République d'Haïti, 10 octobre 1994 (Haïti), reproduite dans Michael P. Scharf, «Swapping amnesties for peace: Was there a duty to prosecute international crimes in Haiti?», *Texas International Law Journal*, N° 31, 1996, pp. 15-16.

87 «Ivory Coast parliament passes amnesty law», Reuters Library Rep., 29 juillet 1992, disponible sur LEXIS, World Library, BBCSWB File.

88 «Angola: national assembly approves amnesty law», BBC Summary of World Broadcasts (Televisao Popular de Angola), 9 mai 1996, disponible sur LEXIS, World Library, BBCSWB File.

89 Tchidah Banawe, «Togo-Politics: Trying to heal the wounds», Inter Press Service, 2 mars 1995, disponible sur LEXIS, News Library, INPRES File.

90 Menno T. Kamminga, «Lessons learned from the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offenses», *Human Rights Quarterly*, N° 23, 2001, pp. 940, 957. Dugard a critiqué la décision, estimant qu'elle ne tenait pas suffisamment compte des préoccupations du droit international. Mais il convient que «l'État est trop déstabilisé pour appuyer une règle qui oblige les États à poursuivre les personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité en toutes circonstances et que l'état actuel du droit international n'empêche pas l'octroi d'amnisties dans des circonstances semblables à celles qui règnent en Afrique du Sud» (traduction CICR). Dugard, *op. cit.* note 54, p. 267. Voir aussi John Dugard, «Dealing with crimes of the past: is amnesty still an option?», *Leiden Journal of International Law*, N° 12, 1999, pp. 1001-15.

91 Le 20 juin 2005, le Sénat a approuvé la loi «Justice et paix», que le président Alvaro Uribe Velez a signée le 22 juin 2005. Cette loi octroie aux paramilitaires un statut politique, qui leur permet potentiellement de bénéficier de grâces; selon le programme de démobilisation, les chefs paramilitaires sont censés avouer tous leurs crimes afin de bénéficier de peines allégées de 4 à 8 ans de prison. Le 27 février 2006, tout le cabinet du Gouvernement algérien, présidé par le président Abdelaziz Bouteflika, a approuvé le décret instituant la «Charte pour la paix et la réconciliation nationale», en évitant un débat au parlement, qui ne siégeait pas.

«Je souligne que certaines violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ne devraient pas faire l'objet d'amnisties. Quand les Nations Unies ont été confrontées à la question de signer l'accord de paix de Sierra Leone pour mettre fin aux atrocités dans ce pays, elles ont précisé que les clauses d'amnistie et de grâce de l'article IX de l'accord ne s'appliqueraient pas aux crimes internationaux de génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre ou à d'autres violations graves du droit international humanitaire. Nous devons veiller à ne pas donner une fausse impression en matière d'amnisties pour violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire, et je crois que les *Princeton Principles* expriment bien l'idée que certains crimes sont trop haineux pour rester impunis⁹².»

Choisir entre répression pénale et amnistie

Si les décideurs d'un État choisissent de gérer le cas d'auteurs présumés de crimes de guerre ou de graves violations des droits de l'homme en passant une loi d'amnistie, ils doivent être pleinement conscients que ne pas poursuivre ou extraditer ces personnes constituerait une violation des obligations juridiques internationales de l'État. L'État doit également être conscient que ceux à qui il accorde l'amnistie ne bénéficieront pas de l'immunité en dehors de cet État⁹³. Lorsqu'il prend sa décision, il doit chercher à savoir si l'objectif qu'il désire atteindre en accordant une amnistie n'est pas finalement compromis par son action contraire à l'État de droit. Mais que se passe-t-il si les décideurs concluent précisément et justement que l'objectif de la loi exigeant de poursuivre les criminels de guerre n'est pas atteint par les poursuites effectives et que, dans ces circonstances, il est nécessaire, en fait, d'ignorer cette loi pour atteindre son objectif premier? À nouveau, c'est une position extrême, en équilibre instable au bord d'une pente très glissante.

92 Mary Robinson, Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Préface, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton Project on Universal Jurisdiction, Stephen Macedo (président du projet et directeur), Princeton University, Princeton, New Jersey, pp. 17-18 (traduction CICR). Principe 7 des *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*: «Amnisties: 1. Les amnisties sont généralement inconsistantes avec l'obligation des États de punir les crimes graves de droit international, comme le spécifie le Principe 2(1). 2. L'exercice de la compétence universelle en cas de crimes graves selon le droit international, comme précisé dans l'article 2(1), ne doit pas être entravé par des amnisties incompatibles avec les obligations juridiques internationales de l'État.» (Traduction CICR.)

93 Il ne serait pas contraire à l'article 14(7) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques d'amener un accusé qui a bénéficié d'une amnistie sur le territoire de l'État devant la justice d'un autre État sur la base de la compétence universelle. Les procédures d'octroi d'amnisties n'équivalent pas à un «acquiescement» au sens de l'article 14(7). L'interdiction de *ne bis in idem* contenue dans cette disposition ne s'applique donc pas. Même s'il était entendu que les procédures de certaines commissions de vérité et réconciliation sont de caractère suffisamment judiciaires pour remplir ce critère, le Comité des droits de l'homme a jugé que l'article 14(7) n'interdit pas d'engager des poursuites pour le même crime dans un autre État. *A.P. c. Italie*, Comm. n° 204/1986, 2 novembre 1987, Doc. des Nations Unies A/43/40, at. 242. Kamminga, *op. cit.* note 90, pp. 940, 958 et note 81.

Les décideurs ne pourraient-ils pas, au lieu de choisir une amnistie générale, opter plutôt pour une forme d'amnistie ne constituant pas aussi directement un affront à l'État de droit, comme une amnistie partielle? Et dans ce cas, quels critères devraient être appliqués pour évaluer à qui et pour quels crimes les amnisties seront accordées? La nécessité de disposer d'un organe fonctionnel compétent pour appliquer justement ces critères doit également être gardée à l'esprit. Les inquiétudes provoquées par l'octroi d'amnisties ne seront-elles pas atténuées, si l'on sait que les coupables présumés ne bénéficient pas de l'immunité en dehors de l'État (du moins pour les crimes de guerre ou d'autres crimes pour lesquels les États ont établi une compétence universelle)? Ou pourrait-il être éventuellement convenu que si un État ne veut pas engager de poursuites, il n'accordera au moins pas d'amnistie officielle? Cependant, les amnisties *de facto* ne sont pas moins illégales et encouragent elles aussi l'impunité. Se pourrait-il, pourtant, qu'elles soient perçues comme un compromis préférable, du fait qu'elles ne constituent pas une acceptation aussi criante et flagrante de l'impunité qu'une amnistie formelle? De plus, il faut rappeler que les États ne doivent pas aider ou participer à des violations du droit international et qu'ils doivent exercer leur influence pour mettre fin aux violations⁹⁴. Une loi d'amnistie peut être vue comme un pardon des crimes internationaux, alors que le simple non-engagement de poursuites peut être interprété différemment.

Si, au vu des objectifs souhaités (la réconciliation nationale et le développement pacifique du pays), il est conclu que l'État de droit doit régner et qu'aucune amnistie pour crimes de guerre ou violations graves des droits de l'homme ne sera jamais autorisée, reste-t-il d'autres options? Un État pourrait-il invoquer un report d'application ou un cas de *force majeure*, en raison, par exemple, de l'absence de système judiciaire opérationnel et/ou d'un nombre trop élevé d'accusés en attente de jugement⁹⁵? Ou un État pourrait-il appliquer une loi de prescription? Pour les crimes de guerre, une telle prescription des poursuites pour infractions graves aux quatre Conventions de Genève ou au Protocole additionnel I pourrait constituer une violation de l'obligation de poursuivre ou d'extrader les coupables et serait contraire au devoir d'enquêter

94 Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Documents officiels de l'Assemblée générale, 56^e Session, Supplément n° 10 (A/56/10), Chap. V, article 16. Voir aussi Henckaerts, *op. cit.* note 27, pp. 509-513.

95 Le terme «*force majeure*» est défini comme «la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation». Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *ibid.*, art. 16. La situation à laquelle fait face le Rwanda, par exemple, pourrait-elle être un exemple de *force majeure*, du fait du trop grand nombre de personnes en attente de jugement? Même avec une volonté politique d'engager des poursuites, des problèmes courants empêchent ou entravent sérieusement les procès, en particulier après des périodes de conflit armé ou d'autres situations de violence: un système judiciaire qui fonctionne à peine, que ce soit à cause d'un manque de ressources humaines (y compris de compétences) ou financières; une police et un ministère public qui manquent des compétences nécessaires pour enquêter sur une affaire et présenter un dossier solide, ou pire, des officiels corrompus ou compromis; un manque de preuves concrètes; l'impossibilité matérielle ou logistique de juger un grand nombre d'accusés; l'absence de la législation nationale nécessaire (mise en œuvre des obligations des traités internationaux).

et de juger d'autres crimes de guerre qui relèvent de la compétence normale d'un État ou contre lesquels un État doit engager des poursuites en vertu d'autres traités⁹⁶. Au moins, une loi de prescription ne déclare pas que l'acte n'était pas illégal mais rend simplement les poursuites impossibles. Néanmoins, le résultat final est le même: aucune obligation de rendre des comptes n'est établie.

Un État devrait-il tenter d'accorder des grâces plutôt que des amnisties? Les grâces sont généralement moins courantes. Il se peut que la partie qui négocie une amnistie ne soit pas satisfaite par une grâce, pour la même raison qu'une grâce pourrait être plus acceptable qu'une amnistie: contrairement à une amnistie, où aucune décision judiciaire n'est rendue, une grâce est accordée lorsqu'un gouvernement annule une peine après condamnation pour un crime. Au moins, la grâce n'empêche pas d'établir la culpabilité – mais elle est quand même contraire à l'État de droit; à moins qu'une condamnation pénale soit, en soi, une peine satisfaisante. Mais une condamnation pénale suffirait-elle à satisfaire les exigences en matière de responsabilisation, de reconnaissance et de vérité définies par Joinet? Quoi qu'il en soit, le châtiment des criminels de guerre est laissé à la discrétion des gouvernements nationaux, et l'obligation juridique précise uniquement qu'ils doivent poursuivre ou extradier les coupables. L'option de la grâce soulève à nouveau les mêmes questions: quel est le but des poursuites ou du châtiment? Quel est le rôle de la répression pénale (c'est-à-dire, des poursuites pénales) par rapport à la justice, la paix et la réconciliation?

Alors pourquoi engager des poursuites? Une des raisons est la dissuasion⁹⁷. Bien qu'on ne sache pas clairement dans quelle mesure le châtiment a un effet préventif, il est clair que l'impunité, y compris l'exemption de châtiment par l'octroi d'amnisties, rend de nouveaux crimes plus probables. Les poursuites sont par ailleurs considérées comme un des moyens les plus efficaces pour distinguer la culpabilité collective de la culpabilité individuelle et effacer ainsi les stigmates de crimes historiques de membres innocents de communautés qui pourraient sinon être blâmées collectivement pour les atrocités commises envers d'autres communautés⁹⁸. Les poursuites suivies d'une peine sont aussi engagées afin de réhabiliter le criminel. Les poursuites engagées contre les criminels sont-elles une forme de réparation? Ceux qui s'opposent aux poursuites prétendent souvent que les poursuites ne sont que vengeresses et vindicatives,

96 Résolution 95(1) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946, confirmant les principes de Nuremberg. Convention des Nations Unies de 1968 sur la non-applicabilité des restrictions statutaires aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité et la Convention européenne de 1974 sur la non-applicabilité des restrictions statutaires aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Voir Henckaerts, *op. cit.* note 27, pp. 614-618.

97 «Le point central des arguments en faveur des peines pénales est qu'elles sont la garantie la plus efficace contre une future répression. En étalant au grand jour la vérité sur des violations passées et en les condamnant, les poursuites peuvent dissuader des contrevenants potentiels et vacciner la population contre toute tentation future d'être complice de violences soutenues par l'État.» Orentlicher, *op. cit.* note 18, p. 2542 (traduction CICR).

98 Méndez, *op. cit.* note 8, p. 277.

perpétuant un cycle de haine⁹⁹. Ou est-ce que la société déclare simplement, par les poursuites, qu'elle n'autorise pas les infractions aux règles, en particulier à celles qui protègent les innocents et les personnes sans défense¹⁰⁰? Par les poursuites, la société montre également l'importance qu'elle accorde aux normes qui interdisent la torture, le viol et le meurtre. Cependant, le «droit à la justice»¹⁰¹, qui encourage les poursuites, ne sous-entend pas qu'il faut engager des poursuites pour elles-mêmes. Il faut que des garanties judiciaires soient en place pour assurer des poursuites équitables¹⁰².

Il doit être admis que même lorsqu'un système judiciaire fonctionne de façon idéale, le rôle qu'il peut jouer lors d'une réconciliation et d'une transition pacifique réussie après un conflit ou un régime autoritaire est limité. Les poursuites traitent bien le problème de la responsabilité individuelle¹⁰³, mais n'abordent pas la question de la responsabilité institutionnelle (c'est-à-dire, la reconnaissance que certaines institutions, et peut-être même le pouvoir judiciaire, ont joué un rôle dans les violations), et ne font pas non plus de propositions pour réformer ces institutions. Un procès pénal cherche à déterminer la culpabilité ou l'innocence d'un individu quant à un certain crime en satisfaisant à un critère d'établissement de la preuve; ce n'est pas nécessairement le même objectif que la révélation de la vérité. Bien sûr, la vérité émerge forcément durant les procès pénaux¹⁰⁴, mais un tribunal devant obligatoirement respecter les règles de la preuve, les faits – la vérité – exposés sont souvent limités¹⁰⁵. Un procès n'a pas pour fonction de faire des recherches sur l'histoire de la structure politique et économique d'un système qui a permis au conflit armé ou au régime autoritaire de s'installer, ni d'évaluer les conséquences, pour la société, des violences commises par le régime ou des parties au conflit¹⁰⁶. Les deux

99 «Le pardon n'est pas contraire à la justice, surtout si la justice n'est pas punitive mais réparatrice, si c'est une justice qui ne cherche pas en premier lieu à punir le coupable, à riposter, mais à combler un fossé, à rétablir un équilibre social que l'atrocité ou le crime a perturbé.» *Are we ready to forgive?* Desmond M. Tutu interviewé par Anne A. Simpkinson, 2001 (traduction CICR), disponible en anglais sur http://www.beliefnet.com/story/88/story_8880_1.html#cont.

100 Méndez, *op. cit.* note 8, p. 276. Méndez, *op. cit.* note 17, p. 31.

101 Comme formulé par L. Joinet, voir *op. cit.* note 40 et le texte qui l'accompagne.

102 «Insister sur les poursuites en présence d'un obstacle juridique important comme une loi d'amnistie préexistante qui a des effets de droit solides serait irresponsable, car cela bouleverserait... l'État de droit... et parce que cela violerait le principe cardinal de *nulla poena sine lege*... Défendre des amnisties et des grâces octroyées par des autorités démocratiques est tout à fait différent.» Méndez, *op. cit.* note 8, p. 273 (traduction CICR).

103 La loi fait bien un certain nombre de choses, comme accorder des réparations, désigner les responsables, rendre la justice et accorder une reconnaissance officielle. «Le rôle spécifique du droit doit être clair, afin que les mécanismes juridiques ne finissent pas par mal faire un certain nombre de choses.» Naomi Roht-Arriaza, «Combating impunity: Some thoughts on the way forward», *Law and Contemporary Problems: Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Vol. 59, Autumn 1996, pp. 103, 125 (traduction CICR).

104 En Argentine, par exemple, au milieu des années 1980, les procès d'anciens membres de la *junte* ont bénéficié d'une importante couverture médiatique, qui a permis de reproduire les témoignages de centaines de victimes et de témoins; Hayner, *op. cit.* note 5, p. 100.

105 *Ibid.*, p. 100.

106 Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) contredit cette opinion. En Bosnie, le mandat de la commission de vérité reste très limité afin de ne pas interférer avec le travail du TPIY. Par conséquent, aucune de ces commissions de vérité ne pourrait fournir autant de preuves que les longs jugements du TPIY.

processus, cependant, sont nécessaires à la réforme des institutions et à la création d'une mémoire collective¹⁰⁷ du passé qui contribue à la réconciliation. Dans ces moments, les poursuites sont idéalement complétées par d'autres mécanismes et incorporées à un concept de gestion à long terme du conflit. Un système qui traite de tous les aspects de la réconciliation de la société au sortir de la guerre¹⁰⁸.

S'il est impossible de poursuivre un grand nombre de personnes, ne devrait-il pas n'y avoir aucune poursuite plutôt que seulement quelques-unes? S'il est décidé de n'engager des poursuites que contre certaines personnes, qui seront-elles? Ceux qui ont ordonné les violations (le «gros gibier») ou les subordonnés ayant accompli les actes? La solution trouvée par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone – poursuivre ceux qui portent la plus grande responsabilité – ne serait-elle pas la plus judicieuse? Il est affirmé que la justice n'est pas rendue si l'on ne poursuit que quelques-uns car on risque l'arbitraire, menaçant ainsi le principe de l'égalité devant la loi. Cependant, force est de constater que dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, l'ensemble des accusés n'est pas poursuivi. La discrétion laissée au ministère public permet aux procureurs de fonder leurs décisions d'engager ou non des poursuites sur le droit et les preuves, mais aussi et plus généralement, sur les lignes dégagées par diverses politiques publiques. Or, personne ne semble estimer que, pour autant, justice n'est pas rendue. Les procès des anciens criminels peuvent être limités aux crimes les plus horribles¹⁰⁹.

«Dans la mesure où l'objectif des poursuites est de faire valoir l'autorité de la loi et d'empêcher que les crimes récents ne se reproduisent, il n'est pas nécessaire de poursuivre tous ceux qui ont participé à un système passé de violations. Ces objectifs et d'autres [...] peuvent être atteints grâce à des procès exemplaires, à condition que les critères de sélection des accusés ne nuisent pas aux objectifs qui justifient les poursuites, par exemple en ciblant cyniquement des boucs émissaires¹¹⁰.»

Le Rwanda, par exemple, a recours à un tel processus de sélection. Afin de déterminer les affaires à juger et le tribunal le plus approprié – soit dans un tribunal national rwandais, soit au Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) – les distinctions entre les suspects sont fondées sur le degré de gravité de leur crime. Au Rwanda, quelque 120 000 individus étaient détenus dans le cadre du génocide de 1994, et il a été estimé que les tribunaux nationaux rwandais et le TPIR auraient besoin d'au moins 100 ans pour tous les juger¹¹¹. Afin de sortir de l'impasse, le Gouvernement rwandais a établi les *gacaca*, un

107 Wilson, *op. cit.* note 3, p. 121.

108 Schlunck, *op. cit.* note 56, p. 64.

109 Orentlicher, *op. cit.* note 18, pp. 2542-43.

110 *Ibid.*, p. 2598 (notes de bas de page omises, traduction CICR).

111 «Rwanda: Genocide survivors worried about people's courts», Agence France-Presse via NewsEDGE, 10 mars 2001. D'autres estiment cette durée à 150 ans: Abigail Zoppetti, «Crime de guerre. Au Rwanda, retour à la justice coutumière des 'gacaca'», *Le Temps*, 19 juillet 2001; ou à 200 ans: Gabriel Gabiro et Julia Crawford, «Les Rwandais expriment des sentiments partagés sur les 'gacaca'», *Arusha International Criminal Tribunal for Rwanda News*, Agence de Presse Hirondelle, 4 mai 2001.

système alternatif de justice transitionnelle utilisant une justice participative et de proximité où des individus des communautés jouent le rôle de «juges du peuple». Les *gacaca* utilisent la même catégorisation des accusés, selon le degré de gravité de leur crime.

S'il est possible de choisir entre poursuites nationales et poursuites internationales, les poursuites nationales devraient prévaloir. En plus de respecter le principe de la primauté de la compétence nationale, elles sont généralement considérées plus bénéfiques à la réconciliation car c'est l'État, et non une entité extérieure comme un tribunal international, qui assume la responsabilité et clarifie les faits. En effet, un mécanisme externe peut parfois être perçu comme déresponsabilisant pour le gouvernement: le problème n'étant plus entre ses mains, il ne l'incite pas forcément à assumer la responsabilité des crimes passés ou à se concentrer sur la création et la réforme des mécanismes internes nécessaires. Les conclusions et les recommandations d'un mécanisme externe sont plus facilement ignorées que celles rendues par un tribunal national ou une commission de vérité nationale. Bien sûr, le pouvoir judiciaire interne doit être compétent et le processus doit fournir toutes les garanties judiciaires minimales. Il doit également être respecté et inspirer confiance, ou le public estimera que justice n'a pas été rendue. Mais ce sentiment de justice peut ne venir qu'avec le temps, une fois que le public voit le mécanisme en action et ses résultats concrets.

L'image donnée par la justice a un effet crucial sur le rôle que la loi ou le pouvoir judiciaire peuvent jouer dans la réconciliation. Un système judiciaire peut faire respecter tous les principes de l'État de droit, mais si la société considère que cette justice n'est, par exemple, que la justice du vainqueur, les poursuites peuvent avoir un effet négatif. L'effet de la justice telle qu'elle est perçue est une raison supplémentaire de «poursuivre intelligemment». Si le pouvoir judiciaire a pris part – ou s'il est estimé qu'il a participé – aux persécutions commises par l'ancien régime autoritaire, il lui faudra être sérieusement et manifestement réhabilité aux yeux de la société avant qu'il puisse être, de nouveau, considéré capable de rendre la justice, et ce quelles que soient les réformes officielles qu'il aura déjà subies. Dans le cas contraire, la société aurait des doutes sur les procès: s'agit-il de simulacres ou encore d'une démonstration de vengeance de caractère vindicatif? La mauvaise image du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est, en Serbie, un exemple frappant.

Conclusion

L'objectif premier de cet article était d'identifier des questions pertinentes relatives à la justice transitionnelle, en particulier les rôles que peuvent jouer la répression pénale et l'amnistie dans la réconciliation nationale ou le développement pacifique d'un pays. Nombre des questions posées n'ont pas de réponse unique et claire, car les réponses dépendent beaucoup des circonstances. Par ailleurs, une certaine connaissance de diverses disciplines (dont la plupart

sont hors des compétences de l'auteur), comme la philosophie, la sociologie, la psychologie, les sciences politiques et les relations internationales, ainsi que le droit, est nécessaire pour trouver des réponses à nombre de ces questions. Certains des sujets de cet article soulèvent des questions qui peuvent être considérées plus philosophiques que pratiques. Quelle est notre conception de la justice? Vers quel objectif la justice doit-elle tendre? Notre conception de la justice mène-t-elle effectivement à cet objectif? Quel est l'objectif d'un système judiciaire? Et les poursuites? Apporter des réponses précises à ces questions était hors de la portée de cet article.

Répondre ne serait-ce qu'aux questions soulevées ici nécessite une compréhension plus vaste des questions de justice transitionnelle. La relation entre les amnisties et les poursuites, d'une part, et d'autres mécanismes complémentaires, en particulier les commissions de vérité, d'autre part, doit être comprise pour effectuer une analyse correcte. Il est rare qu'un mécanisme puisse répondre à tous les besoins d'une transition réussie après que de graves infractions ont été commises. «Finalement, le châtement n'est qu'un instrument parmi d'autres, même pas le plus important, pour former la conscience morale collective¹¹².»

Peut-être que le prétendu dilemme, issu de la double ambition de poursuivre les auteurs de crimes tout en encourageant la réconciliation nationale, n'en est pas un; car si le cycle de l'impunité n'est jamais interrompu, il n'y aura jamais de vraie réconciliation. Même si ce dilemme peut se révéler faux, il n'en reste pas moins qu'il soulève toute une série de questions qui exigent de trouver un équilibre judicieux entre d'importants intérêts concurrents, dont la décision la plus essentielle: réveiller ou non le dragon qui dort.

112 Raúl Alfonsín, premier président élu d'Argentine après l'effondrement du régime militaire, «Never again' in Argentina», *Journal of Democracy*, N°. 4, January 1993, p. 15, 19, cité dans Huyse, *op. cit.* note 16, p. 337, 342 (traduction CICR). Pour une approche générale, voir Rapport du Secrétaire général «Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit», S/2004/616, 3 août 2004.

Les personnes portées disparues et la justice transitionnelle: le droit de savoir et la lutte contre l'impunité

Monique Crettol et Anne-Marie La Rosa*

Monique Crettol est conseillère à l'Agence centrale de recherches et à la Division de la protection du CICR. Anne-Marie La Rosa est conseillère juridique des Services consultatifs de la Division juridique du CICR et enseigne le droit pénal international au Centre universitaire de droit international humanitaire (CUDIH) à Genève.

Résumé

Toute instance ou institution qui s'occupe de la question des personnes disparues interagira inévitablement, d'une manière ou d'une autre, avec la procédure de justice transitionnelle, ne serait-ce que pour examiner la possibilité de mettre en commun les informations pertinentes qui ont été recueillies. La question se pose avec une plus grande acuité lorsque les tribunaux internationaux interviennent dans le contexte national où les mécanismes de la justice transitionnelle existent. Les auteurs examinent comment les mécanismes de justice transitionnelle permettent d'étayer les attentes des familles dans leur droit de connaître le sort de leurs proches et comment le fait d'œuvrer à résoudre la question des personnes disparues est conciliable avec une lutte efficace contre l'impunité.

.....

Définition et lien avec la justice transitionnelle

Les personnes disparues, telles que mentionnées dans le présent article, sont toutes des personnes dont on n'a pas de trace du fait d'un conflit armé, international ou

* Original anglais, «The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 862, June 2006, pp. 355-362. Les opinions exprimées dans cet article sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR.

non international, ou d'une situation de violence interne¹. Dans la plupart de ces situations, des personnes disparaissent sans qu'il soit possible, pour diverses raisons, de les localiser ou de savoir ce qu'elles sont devenues. Elles peuvent avoir été arrêtées ou enlevées, tuées après avoir été prises ou lors de massacres. Elles peuvent avoir été détenues longtemps *incommunicado* ou dans un lieu secret, ou bien isolées par inadvertance lors de combats ou délibérément par les parties au conflit. Il peut s'agir de membres de forces armées ou de groupes armés dont on ne sait rien (personnes disparues dans l'action), de réfugiés, de personnes déplacées privées de moyens de communication, d'enfants séparés de leur famille alors qu'ils fuyaient les combats ou dans le cadre de l'enrôlement forcé, de la détention ou même de l'adoption, ou de personnes mortes sans que leur identité ait été enregistrée.

Ne sachant rien de la localisation ou du sort de leurs proches, des dizaines de milliers de familles, sont aux prises avec l'agonie de l'incertitude alors que les combats ont cessé depuis des années et que la paix est revenue. Dans la pratique, ces familles cherchent désespérément des informations leur permettant de savoir si leurs proches sont encore en vie ou morts. Cette incertitude les empêche de faire leur deuil tant qu'elles n'ont pas de réponse. De plus, les effets douloureux de l'absence de ceux qu'elles aiment sont souvent exacerbés par les problèmes psychologiques, économiques, sociaux et juridiques auxquels ces familles doivent faire face et qui sont souvent négligés ou niés. Par exemple, la plupart des personnes disparues sont des hommes, souvent seuls soutiens de famille, seuls détenteurs de comptes bancaires ou de biens. Leurs familles se retrouvent donc sans source de revenu, une situation qui ne favorise guère l'apaisement. Dans cette perspective, le terme «famille» doit être compris au sens large² incluant tous les membres de la famille des personnes disparues.

Cette situation a inévitablement un impact direct qui va au-delà des familles des personnes disparues. Elle touche la communauté tout entière et sa capacité à maîtriser son passé, à mettre fin à la guerre ou à la violence dans laquelle elle stagne et à assurer une paix durable. Comme l'indiquent les objectifs de la Commission sud-africaine Vérité et Réconciliation, «établir et faire connaître le sort et la localisation des victimes» est l'un des moyens de réaliser l'unité et la réconciliation nationales³.

La justice transitionnelle, dans le cadre d'un processus multidimensionnel, visant à prendre la mesure d'un passé violent pour ouvrir la voie à la paix, à la démocratie et au respect des droits humains, devrait traiter de manière appropriée, par ses contacts avec la communauté concernée, la question des personnes portées disparues et ce, d'autant plus que les violations du

1 Un numéro de la *Revue internationale de la Croix-Rouge* est entièrement consacré au problème des disparus. Voir *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 84, N° 848, décembre 2002, et en particulier p. 823 (en anglais uniquement).

2 «Rapport du CICR: Les personnes portées disparues et leurs familles – Résumé des conclusions des événements préliminaires à la Conférence internationale d'experts gouvernementaux et non gouvernementaux (19-21 février 2003)», p. 21, sur le site <www.cicr.org>.

3 Voir la section 3 (1) c de loi n°34 de 1995 sur la promotion de l'unité et de la réconciliation nationales en Afrique du Sud.

droit international humanitaire et des droits humains sont très nombreuses. Au cours des hostilités et des phases de transition, les parties exploitent malheureusement souvent cette question. Il arrive que les informations sur les personnes disparues soient retenues ou manipulées pour exercer une pression sur l'ennemi, pour laisser la population ennemie dans l'ignorance et la détresse, pour éviter les critiques de son propre camp à cause des pertes subies, ou pour maintenir la haine de l'autre partie et son exclusion nationale ou ethnique. Les dirigeants, dont le pouvoir repose sur la haine d'une autre communauté, sont motivés à ne jamais donner de réponses. De plus, à l'issue des hostilités, les dirigeants, qui ont joué un rôle majeur dans la perpétuation du conflit, restent souvent des figures proéminentes dans le processus ultérieur de paix, une situation qui ne facilite pas le règlement des cas des personnes portées disparues.

Lorsque l'importance de la question des personnes disparues devient évidente, la nécessité d'envisager les moyens de l'examiner le mieux possible apparaît très clairement. Dans tous les cas, le fait de trouver si une personne disparue est morte ou en vie exige la mise en place de procédures de collecte d'informations pertinentes. Divers types ou diverses formes d'instances peuvent être mises en place à cette fin. Dans certains cas, les autorités nationales ont préféré établir des mécanismes qui ont pour principale compétence d'élucider le sort des personnes portées disparues. Au cours des dernières années, par exemple, deux groupes de travail multilatéraux spécifiques sur les personnes disparues ont été mis en place pour rechercher ces personnes en relation avec les conflits au Kosovo et en Bosnie et pour informer leurs familles. Ces groupes de travail peuvent également traiter des besoins légaux et administratifs des familles. Les deux mécanismes ont été établis dans le cadre du processus de paix et incluent des représentants de toutes les parties, qui ont le devoir, conformément aux dispositions pertinentes du droit international humanitaire, de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les familles puissent exercer leur droit de connaître le sort de leurs proches disparus. Ils doivent en particulier faire le nécessaire pour déclarer les personnes disparues, identifier les morts avant l'élimination de leur corps, informer les autorités appropriées ou les familles de l'identité des personnes décédées et de l'endroit où se trouvent leurs restes. À cette fin, les départements et services concernés (police, forces armées, etc.) devraient recevoir les instructions voulues pour fournir toute l'information pertinente aux groupes de travail et coopérer avec elles. Le CICR préside les deux groupes de travail conformément à son mandat et en sa qualité d'intermédiaire neutre accepté par toutes les parties. Les groupes de travail n'ont pas pour mandat d'identifier les parties ou les personnes responsables de la capture, de la mort ou de la disparition des personnes ou de la collecte d'éléments de preuve à ce sujet; toutes les questions judiciaires proprement dites doivent être traitées tout à fait séparément des groupes de travail. En Bosnie, l'adoption de la loi sur les personnes disparues⁴ a prouvé l'engagement des

4 Loi sur les personnes disparues, *Journal officiel de Bosnie-Herzégovine*, 21 octobre 2004.

autorités à traiter des divers aspects de cette question, notamment des droits des familles des personnes disparues. Cette loi, et d'autres textes, prévoient la mise en place d'un institut pour les personnes disparues chargé d'élucider le sort de ces personnes.

Dans d'autres cas, la question des personnes disparues est traitée dans une perspective plus large, par exemple dans le cadre de commissions nationales de vérité et de réconciliation ou de commissions des droits de l'homme, qui examinent également d'autres violations des droits humains et du droit international humanitaire.

Quelle que soit l'étendue des responsabilités, toute instance ou institution s'occupant de la question des personnes disparues interagira inévitablement, d'une manière ou d'une autre, avec la procédure de justice transitionnelle, ne serait-ce que pour examiner la possibilité de mettre en commun les informations pertinentes qui ont été recueillies. La question de cette interaction se pose avec une plus grande acuité lorsque les tribunaux internationaux interviennent dans le contexte national où les mécanismes de justice transitionnelle existent. Ce bref commentaire examine ci-après comment les mécanismes de la justice transitionnelle peuvent étayer les attentes des familles dans leur droit à connaître le sort de leurs proches et comment le fait d'œuvrer à résoudre la question des personnes disparues est conciliable avec une lutte efficace contre l'impunité.

Tribunaux internationaux et le droit de savoir

Les familles des victimes peuvent intervenir à diverses étapes de la procédure pénale pour exercer le droit qu'elles ont de connaître le sort de leurs proches⁵. Par exemple, le stade de l'enquête ou de l'instruction pourrait constituer un moyen approprié permettant aux familles des personnes disparues d'obtenir des informations pertinentes. Les autorités chargées des investigations et des enquêtes jouissent d'ordinaire de pouvoirs étendus, notamment du pouvoir d'exécution forcée, afin d'obtenir les informations et éléments de preuve nécessaires pour la phase du procès. Les proches des victimes devraient tenter d'utiliser cette possibilité et de faire en sorte que leurs préoccupations soient traitées de manière appropriée lors des investigations⁶.

De plus, lorsque les tribunaux internationaux enquêtent sur des massacres, entreprennent l'exhumation des cadavres des fosses communes et font procéder à des travaux de médecine légale, il faudrait que des efforts soient accomplis pour servir le meilleur intérêt des familles et traduire les auteurs de ces crimes en justice. Les exhumations peuvent élucider les circonstances dans lesquelles les victimes de ces massacres ont disparu et également donner

5 Protocole additionnel I, art. 32.

6 Voir, sur cette question, V. Nesiha, «Surmonter les tensions entre les familles et les procédures judiciaires», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, op. cit. (note 1), pp. 824-826 (en anglais uniquement).

aux familles des informations sur le sort de leurs proches. Elles peuvent aussi permettre aux proches d'honorer leurs morts conformément aux rites de leur culture et de leur religion⁷. Les ressources financières ont souvent manqué aux tribunaux internationaux pour tenter d'identifier les morts, leur travail n'allant pas au-delà de la recherche des lignes de conduite suivies dans la commission des crimes. Dans un grand nombre de cas, les exhumations ont abouti à des situations fâcheuses dans lesquelles, bien que la cause du décès ait été déterminée sur le plan pénal, les corps ont été réenterrés sans avoir été identifiés, le processus d'identification prenant beaucoup de temps et nécessitant d'autres technologies. Les familles concernées n'ont donc été informées ni du sort de leurs proches ni reçu leurs dépouille. Quelquefois, la tâche des médecins légistes chargés d'identifier les restes est rendue impossible.

Au stade du procès, lorsque le système judiciaire le permet, les familles des victimes devraient chercher soit à engager une procédure soit à intervenir en tant que parties séparées (connues dans les pays de droit civil comme parties civiles), soit les deux. Elles pensent encore se joindre à la procédure initiée par la poursuite. Elles peuvent ainsi accéder plus facilement aux, et mieux contrôler les informations recueillies par les mécanismes judiciaires et être en mesure d'avoir quelque consolation. Même dans les systèmes judiciaires qui ne reconnaissent pas aux victimes cette capacité active, leurs familles devraient être encouragées à participer, du moins en qualité de témoins. Lorsqu'elles ont peur de témoigner pour des raisons souvent liées à leur sécurité personnelle, à la sécurité de leur famille, ou par peur de l'humiliation publique, il faut que des mesures soient prises pour les protéger.

Au niveau international, les deux juridictions *ad hoc*, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (ci-après TPIR) et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY) ont adopté la seconde approche. Ils offrent aux victimes, y compris aux familles des personnes disparues, une marge d'autonomie très limitée, à l'exception de celle d'être témoins pour la poursuite. Un changement de paradigmes est toutefois intervenu avec la mise en place de la Cour pénale internationale (ci-après CPI). Plus précisément, la Cour offre aux victimes la possibilité de présenter leurs vues et préoccupations directement à tous les stades de la procédure⁸ et de demander réparation⁹.

Lorsque les tribunaux internationaux sont actifs depuis de nombreuses années dans une région ou dans un pays, et ont l'intention d'achever leurs travaux, comme c'est par exemple le cas pour le TPIR et le TPIY, les personnes touchées par la disparition de leurs proches devraient tenter de tirer parti de l'héritage de tels mécanismes. S'agissant de l'ex-Yougoslavie, le CICR a obtenu l'accès aux informations du TPIY qui ne sont pas utilisées à des fins de procès ou qui concernent des dossiers classés. Le CICR analyse cette information et

7 Voir M. Blaauw, «Refus et silence» ou «Reconnaissance et révélation», *ibid.*, p. 778 (en anglais uniquement).

8 Voir art. 68 par. 3 du Statut de la CPI.

9 *Ibid.*, art. 75.

choisit ce qui lui est utile pour élucider le sort des personnes disparues, en particulier des indications sur l'emplacement des dépouilles, les listes des personnes présumées mortes et les documents sur les charniers présumés, et il les met en commun – sous réserve de ses règles de confidentialité – avec le groupe de travail sur les disparus au Kosovo et, éventuellement avec d'autres mécanismes qui s'occupent des personnes disparues dans les Balkans. Les millions de documents recueillis sont des moyens inestimables qui étayaient les efforts accomplis pour clarifier le sort des personnes portées disparues en relation avec les conflits armés qui ont affecté cette région. Malheureusement, la recherche systématique dans les fichiers judiciaires du TPIY de renseignements supplémentaires sur l'identité des victimes prend énormément de temps, parce que les dossiers ont été organisés principalement aux fins de la procédure pénale et non aux fins de l'identification.

Il existe néanmoins d'importantes limites, dans le cadre de la procédure pénale, à appréhender de manière globale la question des personnes portées disparues du fait d'un conflit armé ou d'autres situations de violence. La procédure pénale vise à déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et les investigations visent à satisfaire les objectifs du Parquet. Les personnes sont en outre rarement disposées sur le plan national à poursuivre les responsables, par peur de représailles ou par méfiance générale du judiciaire. Même dans un système tel que celui conçu pour la CPI, l'intervention des familles des victimes doit être liée à une situation spécifique relevant de la compétence de la Cour. À cet égard, la récente friction entre les juges de la CPI et son Procureur, les premiers adhérant à une interprétation beaucoup plus large de la notion de victimes, est riche d'enseignements¹⁰. Seul le temps dira si le fait d'inclure les victimes pourrait fonctionner dans un système qui porte principalement sur la répression pénale, et si les familles des personnes portées disparues pourraient obtenir des informations pertinentes dans ce contexte.

Il apparaît clairement que les informations recueillies lors de la procédure pénale, quelle que soit son accessibilité aux victimes, ne suffisent pas à répondre au droit des familles à connaître le sort de leurs proches et qu'il faut quelque chose d'autre pour répondre à leurs attentes. Toutefois, le droit de savoir des familles se heurte souvent aux mesures adoptées pour garantir une lutte efficace contre l'impunité.

Réconciliation de l'action sur les personnes disparues avec la lutte contre l'impunité

Les progrès réalisés pour mettre fin à l'impunité pour crimes de guerre – en établissant des tribunaux internationaux et en conférant un rôle un peu plus

10 Voir décision rendue par la Chambre préliminaire I sur les demandes de participation en qualité de victimes de six personnes à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6 (17 janvier 2006) concernant la situation en République démocratique du Congo. L'autorisation d'interjeter appel de la décision a été refusée au Procureur le 31 mars 2006.

actif aux juridictions internes – devraient conduire à un respect accru du droit international humanitaire et, de ce fait, à une réduction du nombre de personnes disparues puisque bon nombre d'entre elles sont le résultat même de la violation de ce droit. Inversement, comme les personnes qui détiennent des informations pertinentes redoutent d'être traduites en justice, l'accroissement de la « menace de La Haye » ou, plus généralement, l'existence d'un réel risque judiciaire entraîne par voie de conséquence une diminution proportionnelle des chances d'obtenir des informations sur le sort des personnes disparues par des moyens traditionnels¹¹. Il importe qu'un équilibre délicat soit instauré entre cette reconnaissance générale de l'importance de la poursuite des crimes de guerre et la mise en place de moyens efficaces de collecte et de regroupement d'informations pertinentes sur les personnes disparues. De tels mécanismes nécessiteraient, en d'autres termes, de susciter des motivations que les personnes qui détiennent des informations sur le sort des personnes disparues soient davantage incitées à s'exprimer, plutôt qu'à rester dans le silence, et ne soient pas un obstacle à la lutte contre l'impunité. Cette tâche n'est pourtant pas aisée. En octobre 2005, par exemple, la présidence du CICR, qui était à la tête du groupe de travail sur les disparus au Kosovo, a relevé que le nombre de personnes disparues s'élevait à 2 557 contre 3 000 au début de l'année et a noté que les progrès dans ce domaine proviennent des travaux de médecine légale. La présidence du CICR a estimé que le groupe de travail devrait disposer « d'informations émanant d'autres sources qui pourraient aider à élucider le sort des personnes disparues et à localiser de nouvelles tombes collectives » afin de pouvoir travailler efficacement et « répondre aux attentes de plus en plus grandes des familles des disparus¹² ».

La pratique montre que les autorités nationales peuvent adopter diverses stratégies sur ce point. Dans certains cas, elles n'ont pas hésité à lancer des campagnes publiques d'information sur les personnes disparues, prouvant ainsi leur volonté politique de résoudre cette question¹³. À plusieurs reprises, le CICR a publié les noms des personnes disparues sur son site, dans des catalogues, ou dans des livres avec des photographies des effets personnels trouvés sur les corps, et les autorités les ont ensuite utilisés dans leurs efforts de clarification du sort des personnes portées disparues¹⁴. Dans un des cas, avec le consentement des familles concernées, le CICR a donné à une commission de vérité et de

11 Deux auteurs ont déjà mentionné ce fait au sujet du rôle du CICR dans la lutte contre l'impunité et la nécessité de garantir le traitement confidentiel des informations qu'il reçoit des parties au conflit s'il veut conserver cette source: M. Sassòli, M.-L. Tougas, « le CICR et les personnes disparues », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, op. cit. (note 1), p. 732 (en anglais uniquement).

12 Voir communiqués de presse du CICR, « Kosovo: quatrième réunion du groupe de travail sur les disparus », 6 octobre 2005, et « Kosovo: le CICR appelle à un engagement accru pour résoudre le problème des personnes portées disparues », 31 mai 2006.

13 Le Pérou, le Chili et le Maroc peuvent être cités à cet égard.

14 On peut mentionner la République de Serbie, la Bosnie et l'Angola, le Libéria, la Sierra Leone et la Côte d'Ivoire sur la question de la recherche des enfants séparés de leurs parents/proches en relation avec le conflit armé respectif.

réconciliation des informations essentielles sur plus de quatre cents cas qui ne figuraient dans aucune base de données¹⁵.

Dans d'autres cas, divers moyens de communiquer des informations sur les personnes disparues ont été prévus (lignes téléphoniques, informations transmises à l'aide du web, ou centres de collecte d'informations, par exemple). Dans certaines situations, des informations anonymes ont été acceptées afin de ne pas créer de lien entre le fournisseur de l'information et une éventuelle procédure pénale. Même si la précision des informations recueillies de la sorte peut être mise en doute, on estime que, dans le contexte national croate, 10% des informations anonymes reçues pourraient être considérées comme pertinentes et utiles dans la recherche des personnes disparues. Pour promouvoir un environnement propice à une mise en commun des informations, le CICR a quelquefois accepté, avec le consentement des parties, d'agir en tant qu'entité recevant les informations des personnes concernées. Ces informations ont été ensuite remises à titre confidentiel aux autorités, c'est-à-dire que toutes les données d'identification ont été supprimées avant d'être transmises. Les autorités peuvent aussi être enclines à lier leurs efforts visant à localiser les personnes disparues avec la procédure pénale en considérant comme facteur atténuant la transmission d'informations pertinentes aidant à clarifier leur sort, ou en prévoyant des sanctions en cas de non-coopération. Le même lien pourrait être instauré avec les procédures de contrôle (vetting) mises en place au niveau national et dans le cadre desquelles la fourniture d'informations pertinentes sur les personnes disparues serait considérée comme un facteur positif dans le processus d'évaluation. Enfin, certains ont appliqué ou envisagé d'accorder une amnistie limitée¹⁶ ou une immunité de poursuite accompagnée par des formes alternatives de justice, même si cette approche soulève de nombreuses questions de compatibilité avec les exigences du droit international humanitaire. Des mesures qui seraient interprétées de manière à permettre aux criminels de guerre de ne pas être poursuivis en justice restent manifestement insuffisantes au regard du droit international humanitaire. Elles ne seraient pas non plus conformes à l'obligation qui incombe aux États d'enquêter sur les crimes commis, de poursuivre et de sanctionner les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre¹⁷. De plus, une amnistie nationale ne protégerait pas la personne concernée de la menace d'une poursuite sur le plan international. Si une amnistie était conférée en violation des obligations internationales, elle n'aurait vraisemblablement pas de reconnaissance légale et serait ignorée par les tribunaux internationaux¹⁸. Dans tous ces cas, les

15 Pérou. Le partenariat prévoyait l'exploitation systématique du savoir-faire du CICR dans la recherche des personnes et la création d'une liste unique des personnes disparues.

16 L'amnistie annule les crimes. Plus précisément, la loi sur l'amnistie a pour effet que a) les procureurs sont déchus de leur droit d'engager une enquête ou une procédure pénale, et que b) toute peine est annulée.

17 Même l'article 6 par. 5 du Protocole additionnel II, qui porte sur l'amnistie, exclut l'amnistie pour crimes de guerre.

18 TPIY, Affaire *Furundzija* n° IT-95-17/1, Jugement (10 décembre 1998), par. 155.

associations de familles, si elles existent, devraient être consultées. Elle sont, non seulement les bénéficiaires des mesures prises pour clarifier le sort de leurs proches, mais elles ont également un rôle à jouer en s'assurant que l'entité responsable dans son ensemble et chacune de ses composantes s'acquittent de leurs mandats et de leurs engagements respectifs.

Conclusion

Le fait d'élucider le sort des personnes portées disparues en raison d'un conflit armé ou d'autres situations de violence est une question importante qu'il convient d'examiner dans le cadre d'efforts multidimensionnels et multipartites traitant des sociétés en transition. Lors des négociations de paix ou d'autres règlements, cette question mérite, dans les efforts entrepris par les parties pour réparer le passé, une attention aussi grande que les questions relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées, aux terres et aux biens, ou aux droits humains et au règlement des conflits. L'ouverture des charniers, l'identification des corps, l'établissement des circonstances qui ont conduit à la mort et la clarification des faits sont autant de mesures nécessaires pour que les familles puissent achever leur processus de deuil, pour que les victimes obtiennent réparation, et à long terme, pour que les personnes et les communautés se réconcilient avec leur passé et avancent sur la voie de la paix.

Afin de traiter de manière appropriée la question des personnes disparues, les diverses instances et institutions impliquées dans la justice transitionnelle devraient s'attacher à coopérer à cet égard. Les tribunaux internationaux *ad hoc* ou les commissions de vérité et de réconciliation, tous deux d'une durée de vie limitée, devraient axer dès le début leurs travaux sur les moyens et méthodes de collecte et de classification des informations et des éléments de preuve afin de les rendre exploitables pour la procédure judiciaire et pour tenter de rechercher les personnes disparues. Ils devraient offrir des moyens efficaces et pratiques de transmettre leur héritage, une fois qu'ils ont achevé leurs travaux, et en particulier donner aux familles et à leurs représentants accès à leurs archives. De même, les travaux médico-légaux menés par les tribunaux internationaux devraient non seulement viser la collecte d'éléments de preuve pour la procédure pénale, mais aussi chercher à trouver des réponses pour les familles des personnes disparues. Enfin, il convient d'encourager et d'appuyer les autorités nationales, par des initiatives de renforcement des capacités, dans leur engagement authentique en faveur des personnes disparues et, de ce fait, à se conformer aux exigences du droit international humanitaire. Et ce n'est qu'alors que l'on pourra espérer que les familles voient leur droit de connaître le sort de leurs proches disparus pleinement reconnu et qu'elles obtiennent la réparation appropriée.

Volume 88 Number 863 September 2006

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

Humanitarian debate: Law, policy, action

Private Military Companies



ICRC

ÉDITORIAL

Secteur en plein essor, les entreprises militaires et les entreprises de sécurité privées signent chaque année des contrats dont le montant atteindrait dix, vingt, peut-être même cent milliards de dollars. La forte augmentation du nombre et de la taille de ces entreprises s'est amorcée dès la fin de la guerre froide. Des opérateurs privés sont venus combler le vide existant en matière de sécurité dans les États faibles ou faillis, tandis que s'accélérait le double phénomène de la privatisation du secteur public et de la mondialisation des activités commerciales.

Les entreprises de sécurité privées armées assurent la protection des personnes, des bâtiments et des installations, ainsi que des convois d'aide humanitaire et des activités de reconstruction. Récemment, de grandes entreprises militaires privées se sont engagées dans des activités qui, dans le passé, constituaient la prérogative des forces armées. Les États étant de moins en moins enclins à maintenir ou à déployer de grandes armées permanentes, cette tendance s'affirme. Les forces armées dépendent toujours davantage d'entités militaires privées, qui se spécialisent dans des domaines tels que l'entraînement au combat des forces armées et le soutien logistique. C'est ainsi que, par exemple, une société (*Executive Outcome*) a changé l'issue du conflit «orphelin» en Sierra Leone et qu'une autre (*Military Professional Resources Inc.*) a modifié notablement l'équilibre du pouvoir dans les Balkans. De plus, les entreprises militaires privées dispensent une formation aux forces de maintien de la paix et fournissent d'autres services dans le cadre de diverses opérations menées – du Congo à Haïti – en faveur de la paix et de la stabilité.

Si le secteur militaire privé est florissant, il le doit en particulier à l'ampleur de ses activités en Irak et, dans une moindre mesure, en Afghanistan. De fait, non seulement l'Irak constitue le plus vaste marché militaire privé de l'histoire moderne, mais c'est aussi un terrain d'essai, où se détermineront les futures orientations du secteur militaire privé. Plus de 20 000 «guerriers privés», employés par des entreprises militaires commerciales, seraient actuellement en activité, au bénéfice de contrats passés avec les gouvernements de l'Irak et des États-Unis ou avec des firmes privées. Ces entreprises fournissent des services de sécurité dans des zones dangereuses tandis que les forces armées conventionnelles se concentrent sur des opérations purement militaires. Le chiffre d'affaires de cette industrie atteint plusieurs milliards de dollars et des entreprises telles que *Kellogg* ou *Brown and Root* (KBR) disposent en Irak et au Koweït de dizaines de milliers d'employés

qui gèrent les lignes d'approvisionnement des forces armées et administrent les bases militaires.

Dans une grande mesure, les débats portant sur les entreprises militaires privées ne sont que l'un des aspects de la polémique plus large que provoque le processus de privatisation des fonctions gouvernementales. Certaines activités essentielles des forces armées sont désormais confiées à des entités privées, ce qui risque, à long terme, de porter préjudice aux institutions militaires. Même si quelques entreprises militaires privées sont des entités plutôt paramilitaires et paraétatiques, elles ne font pas partie intégrante des opérations. Ce sont des entités indépendantes, responsables d'abord et avant tout de leur propre firme. Un grand nombre de sous-traitants qui travaillent pour des institutions ou des entreprises civiles coordonnent insuffisamment avec les forces armées leurs activités dans les zones de conflit. Ils peuvent donc se trouver impliqués malgré eux dans les hostilités. Il arrive que le caractère habituellement défensif de leur mandat soit modifié afin d'inclure des actions offensives destinées à repousser des attaques. De la même façon, le caractère civil d'un bien protégé par du personnel militaire privé n'est pas immuable: ce bien peut devenir un objectif militaire et, dès lors, être l'objet d'une attaque légale.

Si la croissance du secteur militaire privé provoque une inquiétude grandissante, c'est notamment en raison du rôle que les intérêts commerciaux privés jouent désormais dans les affaires militaires; c'est aussi, plus particulièrement, en raison de l'emploi non réglementé de la force par le personnel des entreprises militaires privées. Certains sont d'avis que l'emploi de la force par des firmes privées constitue une évolution naturelle, certains États se trouvant dans l'incapacité de couvrir tous les aspects de la sécurité. D'autres estiment que ce phénomène équivaut à revenir au temps des mercenaires, ou qu'il risque d'entraîner, à terme, un affaiblissement de la capacité de l'État à conserver son monopole sur l'emploi de la force. Il est vrai que la sphère publique a toujours coopéré avec les entreprises de sécurité privées. Néanmoins, l'émergence des entreprises militaires privées, qui sont à la fois des acteurs importants dans les conflits armés et des prestataires de services de sécurité dans des États instables, soulève des questions quant au rôle des États nations en tant que principaux acteurs militaires.

Contrairement aux mercenaires qui opèrent dans la clandestinité, les entreprises militaires privées disposent de bureaux dotés de structures de gestion définies; elles soignent leur image d'entreprise et recourent à la publicité pour attirer de nouveaux clients. Autres différences, les mercenaires sont souvent une poignée d'anciens soldats étrangers intervenant pour renverser un gouvernement dans le cadre de conflits post- ou néocoloniaux et, d'autre part, le mercenariat est un phénomène existant sur une bien plus grande échelle. Souvent similaires aux forces conventionnelles, les entreprises militaires privées opèrent ouvertement. Elles sont placées sous un commandement responsable et dotées d'une stricte hiérarchie et d'un système disciplinaire. Leurs employés portent des uniformes de style militaire et elles affirment se conformer aux lois et coutumes de la guerre ainsi qu'à la législation du pays hôte – même si, en fin de compte, ce sont leurs clients qui

donnent les ordres. De fait, les clients et les entreprises qu'ils mandatent ont intérêt à s'en tenir aux instructions et aux règles de droit. Les activités sortant de ce cadre risqueraient en effet de compromettre gravement le principe de l'externalisation ainsi que le développement de ces entreprises, dans la mesure où une réglementation plus sévère, voire des interdictions, risqueraient de s'ensuivre. Les exigences contractuelles et, en particulier l'énoncé de règles d'engagement claires, sont donc d'importance cruciale pour contrôler l'expansion de l'entrepreneuriat militaire dans les conflits armés. En vertu des règles sur la responsabilité de l'État, lorsque des entreprises militaires privées sont autorisées à exercer certains éléments de l'autorité gouvernementale, leur conduite est attribuable aux États. Cela vaut notamment quand l'une de ces firmes assume des fonctions et des obligations conventionnelles incombant à l'État, ou agit sous la direction ou le contrôle d'un État. Enfin, la responsabilité de l'État peut être engagée, même quand la conduite d'une entreprise militaire privée ne lui est pas attribuable, au motif qu'il n'a pas exercé la diligence requise à l'égard des activités de cette entreprise.

L'article 3 commun aux Conventions de Genève établit une distinction entre les personnes qui participent et celles qui ne participent pas aux conflits armés. L'originalité de cette disposition tient au fait qu'elle crée des droits et des obligations également pour des entités qui ne sont pas parties à ce traité, conclu entre États. En particulier, l'article 3 impose des obligations aux mouvements ou groupes non étatiques, qui jouent souvent un rôle majeur dans les guerres d'aujourd'hui. Désormais, les droits de l'homme sont également largement perçus comme créant des obligations pour les entités non étatiques. D'ordinaire, si l'on songe aux mouvements de rébellion ou d'insurrection, c'est en tant que forces qui s'opposent à un gouvernement établi ou en tant que forces qui combattent entre elles. Dans les hostilités d'une certaine durée et intensité, ces mouvements sont assimilés aux États en ce qui concerne les droits et les obligations implicites, découlant du droit international humanitaire. Aux États-Unis, dans un arrêt inattendu, la Cour Suprême a estimé que même des combattants individuels de «la guerre mondiale contre le terrorisme» pourraient être couverts par l'article 3, bien qu'il n'existe pas de lien territorial avec un État et que leur appartenance à une quelconque partie à un conflit armé puisse être mise en doute.

Le droit international humanitaire détermine également le cadre juridique de base pour les activités des employés des entreprises militaires privées en période de conflit armé. La distinction entre *jus ad bellum* et *jus in bello* constituant l'axiome fondamental du droit humanitaire, la raison de la participation aux hostilités n'a aucune importance au regard de ce droit. Si une entreprise militaire privée se trouve engagée dans les hostilités, elle peut parfois être considérée comme une partie au conflit et, en conséquence, devoir respecter les exigences humanitaires fondamentales, en termes de droits comme d'obligations. Le lien entre des entreprises militaires privées et des entités étatiques complique cependant les considérations juridiques – spécialement dans les conflits armés internationaux –, ces entreprises exerçant un nombre croissant d'activités qui, dans le passé, incombaient aux forces armées d'un État.

Divers événements ont mis en évidence la nécessité de définir clairement les droits et les obligations des sous-traitants privés. On se souvient de l'enlèvement, de la détention et du meurtre de plusieurs employés d'entreprises privées et, tout particulièrement, de l'embuscade et des mutilations barbares dont ont été victimes quatre ressortissants américains en 2004. On se souvient aussi de la diffusion, l'année suivante, de vidéos qui montraient des employés d'entreprises militaires privées tirant sur des civils irakiens. Il n'existe qu'une base très limitée pour attribuer à ces individus la qualité de combattants au regard du droit international humanitaire et donc pour leur reconnaître le droit de bénéficier de la protection liée au statut de prisonnier de guerre. S'ils participent aux hostilités, les sous-traitants chargés de l'approvisionnement qui accompagnent les forces armées et reçoivent de celles-ci des cartes d'identité ne peuvent prétendre à ce droit. Dans leur grande majorité, les membres du personnel militaire privé seraient considérés comme des civils au regard du droit international humanitaire; à ce titre, et pour autant qu'ils ne participent pas activement aux hostilités, ils sont protégés en tant que civils contre les attaques. Néanmoins, le recours accru à des sous-traitants civils a des implications importantes pour le droit international humanitaire dans la mesure où, pour assumer leur rôle, ils sont réellement appelés à agir d'une manière qui pourrait être assimilée à une participation directe aux hostilités. Le principe cardinal de la distinction entre personnes participant, ou ne participant pas, aux hostilités est, dans la pratique, poussé à ses limites lorsque l'on songe à la multiplicité d'actions qui pourraient être menées par du personnel militaire privé en situation de conflit armé.

L'entrepreneuriat militaire privé ne s'inscrit pas dans un vide juridique, pas plus que les entreprises militaires et les entreprises de sécurité privées n'opèrent pas dans un vide juridique. L'inquiétude et le soupçon quant à un éventuel emploi de la force létale par des entreprises privées et, d'autre part, la tendance croissante des forces armées à recourir à des entités militaires privées montrent cependant qu'il est nécessaire de prévenir ou de réduire certaines conséquences potentielles néfastes. Le but est d'assurer et de promouvoir le respect du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme, tant de la part des États que de la part des entreprises militaires et des entreprises de sécurité privées travaillant dans les zones de conflit. Il importe également d'étudier et d'élaborer des options et des modèles réglementaires, ainsi que toutes autres mesures appropriées au niveau national et possiblement régional ou international. Par le biais d'un dialogue intergouvernemental, et en coopération avec le Comité international de la Croix-Rouge, la Suisse facilite actuellement un tel processus et y apporte sa contribution. Le dialogue ainsi engagé pourrait servir à alimenter les débats dans des réunions internationales telles que la XXX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge qui doit se tenir fin novembre 2007, ainsi que dans d'autres forums régionaux ou internationaux.

*Toni Pfanner
Rédacteur en chef*

Entretien avec Andrew Bearpark*

Andrew Bearpark est le directeur général de l'association britannique des entreprises de sécurité privées (British Association of Private Security Companies / BAPSC), groupement professionnel indépendant qui représente les principales firmes actives dans le domaine spécialisé de la sécurité privée et de la gestion des risques au Royaume-Uni. Le but de l'association est d'assigner un niveau d'exigences plus élevé, tant à ses membres qu'à l'ensemble de cette industrie émergente, tout en assurant le respect des règles et des principes du droit international humanitaire et des normes des droits de l'homme. Avant de prendre sa fonction actuelle, M. Bearpark a été directeur des opérations et des infrastructures auprès de l'Autorité provisoire de la coalition (CPA) en Irak. De 1998 à 2003, il a été Représentant spécial adjoint du Secrétaire général, en charge du IV^e Pilier (confié à l'Union européenne) dans le cadre de la Mission de l'ONU au Kosovo (MINUK) ; il avait été auparavant haut représentant adjoint, basé à Sarajevo, et responsable du Groupe inter agences pour la reconstruction et le retour, un groupement d'organisations internationales visant à faciliter le retour des minorités ethniques en Bosnie-Herzégovine. Avant d'occuper ces différents postes en Bosnie et au Kosovo, M. Bearpark a été titulaire de plusieurs hautes fonctions au Royaume-Uni. Il a notamment dirigé les départements de l'information et de l'aide d'urgence au sein de l'Agence britannique d'aide au développement (ODA) et fut secrétaire privé du Premier ministre, Margaret Thatcher.

.....

Voyez-vous se dessiner une tendance vers un recours accru aux entreprises privées en période de conflit armé?

Ce phénomène a véritablement pris de l'ampleur avec les campagnes d'Irak et d'Afghanistan. Les conditions étaient si mauvaises sur le plan de la sécurité que les firmes privées avaient vraiment un rôle à jouer pour aider les organisations

* Andrew Bearpark a été interviewé à Londres, le 17 octobre 2006, par Toni Pfanner (rédacteur en chef de la Revue internationale de la Croix-Rouge).

La version anglaise de l'interview a été publiée dans: *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N° 863, septembre 2006, pp. 449-457.

humanitaires (et les forces armées) à accomplir des tâches qui n'auraient pu être menées à bien sans appui extérieur.

En Somalie, comme dans d'autres régions et pays d'Afrique, beaucoup d'entreprises de ce secteur opèrent depuis des décennies dans des situations très précaires.

C'est vrai, les entreprises de sécurité sont sur place depuis dix, vingt ou trente ans, mais la croissance n'a vraiment débuté qu'à la fin des années 1990. Jusqu'alors, l'aide internationale – quelle que soit la définition que l'on en donne – était perçue comme un domaine d'activité neutre, dans lequel les entreprises militaires ne voulaient pas s'immiscer. Tout au long des guerres des Balkans, la tradition a voulu que les travailleurs humanitaires constituent un groupe de personnes spécifiquement protégées. Quelques-uns d'entre eux ont été blessés ou tués par des mines terrestres, mais les combattants les ont rarement pris délibérément pour cible. À la fin des années 1990 et au début des années 2000, la situation a radicalement changé. Les agents des organisations humanitaires n'ont plus été perçus comme étant neutres, mais au contraire, ils ont plutôt été vus comme constituant «de plein droit» des cibles légitimes. C'est alors qu'est apparu le besoin de protection. L'Irak illustre le mieux ce phénomène: alors même qu'elles s'efforcent uniquement de venir en aide au peuple irakien et n'ont pas d'autres intentions, d'aucune sorte, les organisations humanitaires sont devenues des cibles spécifiques. En 2003-2004, le dramatique attentat contre le quartier général de l'ONU, à Bagdad, n'a précédé que de quelques semaines l'attaque du bureau du CICR ainsi que l'enlèvement et le meurtre de plusieurs travailleurs humanitaires. La mort tragique de Margaret Hassan, de CARE, a notamment frappé tous les esprits. L'atmosphère s'est alors totalement modifiée. Soudain, les travailleurs humanitaires n'ont plus été perçus comme des intervenants neutres et bienfaisants, mais comme des parties prenantes de l'environnement de guerre. C'est à ce moment-là que les besoins en matière de sécurité sont apparus.

Malgré cet environnement hostile, de plus en plus d'organisations humanitaires entreprennent des activités dans des situations de conflit.

Ce que l'on observe, c'est un changement dans la dynamique politique. Si l'on remonte jusqu'à la guerre froide et aux années 1980, le CICR était la seule organisation internationale humanitaire présente sur le champ de bataille. Les autres organisations attendaient que les hostilités soient terminées pour se rendre sur le terrain. Or, depuis la fin de la guerre froide, les gouvernements occidentaux demandent aux organisations humanitaires d'être sur place, même en période de conflit. Une protection contre les attaques est donc vraiment requise.

Vous avez participé avec la Coalition à la reconstruction de l'Irak.

De fait, c'était la première fois que des entreprises de sécurité privées étaient employées en si grand nombre et sur une telle échelle. Le plus vaste programme de reconstruction que le monde n'ait jamais connu est en cours en Irak. Financé par les contribuables états-unis (18,6 milliards de dollars), il est protégé par des entreprises de sécurité privées. Ailleurs dans le monde, des projets d'assistance

bénéficient sans doute de la protection d'une entreprise de sécurité privée, mais jamais aucune opération n'avait atteint une telle ampleur.

Quels sont habituellement les principaux domaines d'activité des entreprises de sécurité ou des entreprises militaires privées?

Les acteurs privés armés déploient une gamme plus large d'activités. Cela va de la protection des bâtiments et des installations à l'apport d'un soutien à l'aide humanitaire et à la construction, ou reconstruction, de l'État, en passant par des activités purement militaires qui, dans le passé, constituaient la prérogative exclusive des États. En dehors des domaines traditionnels que constituent la sécurité et la gestion des risques pour d'autres entreprises privées, il existe trois principales catégories d'opérations. Les services de «sécurité protective» (allant de la protection rapprochée et de la protection des biens par des professionnels à la sécurité des convois, en passant par la planification des opérations d'évacuation, la recherche et la récupération des biens, la négociation lors de prises d'otages et la vérification des antécédents avant l'embauche) constituent la première catégorie. Deuxièmement, les entreprises de sécurité privées apportent un appui croissant aux efforts de reconstruction après un conflit. Elles prodiguent des conseils et fournissent des services visant à assurer la protection des personnes et des sites. Ce faisant, elles s'efforcent de se créer des opportunités d'affaires en entrant dans de nouveaux secteurs tels que la construction de l'État, l'appui logistique et même la prestation de services dans les domaines de l'aide humanitaire et des secours en cas de catastrophe (ce qui inclut la logistique, les télécommunications et la fourniture d'énergie). Troisièmement, ces entreprises déploient des activités qui, dans le passé, étaient dévolues aux forces armées nationales: cela peut aller de l'instruction militaire à la fourniture de services de sécurité personnelle pour les hauts fonctionnaires et la protection des sites et des convois.

Les États-Unis sont aux avant-postes en ce qui concerne l'externalisation des activités lors d'un conflit armé.

Les militaires américains externalisent de vastes activités, en les confiant à des entreprises telles que la société de génie civil et de construction KBR (anciennement Kellogg, Brown and Root). Pour ne citer que cet exemple, KBR fournit des logements pour les soldats ainsi que divers services de soutien en Irak et en Afghanistan. C'est la direction que prennent maintenant les militaires d'Europe occidentale (sans encore, cependant, être allés aussi loin). Par exemple, l'armée britannique sous-traite et privatise des activités telles que le gardiennage statique de ses bases, mais elle s'en tient plus ou moins là pour le moment. Une différence fondamentale existe en fait. Elle touche tant l'ampleur du phénomène que le degré d'utilisation et de développement des entreprises de sécurité privées. Aux États-Unis, des pans entiers de l'effort de guerre sont sous-traités au secteur privé. Certes, aujourd'hui, les militaires opèrent très différemment selon qu'ils sont Américains ou Européens. Cette différenciation va s'estomper au fil du temps et, à mon avis, dans une dizaine d'années, le modèle britannique ressemblera bien davantage au modèle américain.

L'exécution des tâches de sécurité non par les forces armées des États mais par des entreprises privées spécialisées dans ce domaine crée-t-elle des avantages compétitifs?

Les entreprises de sécurité privées offrent un certain nombre d'avantages compétitifs – en termes d'efficacité, notamment. Les armées permanentes induisent des coûts importants qui ne peuvent être évités; par contre, comme elles n'embauchent que pour une opération spécifique, les entreprises de sécurité privées n'ont pas à rémunérer les employés qui ne sont pas en activité. Le coût global diminue d'autant.

Votre association établit une distinction entre les activités militaires et les activités confiées aux entreprises militaires privées.

Au Royaume-Uni, nous ne parlons pas d'entreprises militaires privées, mais plutôt d'entreprises de sécurité privées, expression qui reflète mieux la vaste gamme de services offerts par ces firmes. C'est aussi manifestement parce que l'expression «entreprises militaires privées» pourrait donner à croire que ces firmes fournissent également des services sur les lignes de front en période de conflit.

Traditionnellement, un cuisinier militaire était un membre des forces armées et, juridiquement parlant, un combattant. En temps de guerre, il constituait une cible licite. Maintenant, la préparation des repas est sous-traitée, confiée au secteur privé. Cela ne vient-il pas compliquer la notion de «participation directe aux hostilités» et éventuellement mettre en péril la protection des civils?

Le phénomène auquel nous assistons est en fait celui de l'externalisation croissante de ce que l'on nomme les «activités de soutien au combat». Employer des cuisiniers apparaît moins coûteux et plus efficace pour le secteur privé que pour l'armée. Les cuisiniers deviendront donc une partie privatisée des forces armées du pays. En ce sens, une telle démarche ne diffère pas de l'externalisation et de la privatisation des activités de l'État, comme cela se passe de plus en plus souvent dans de nombreux pays européens. Sur le plan juridique, cependant, la question se complique. Qui, en fin de compte, peut être qualifié de combattant? Qui, au contraire, est un non-combattant, et qui bénéficie de quelle protection en vertu des Conventions de Genève? C'est là un domaine difficile, dans lequel même les juristes les plus avertis ne sont pas encore réellement parvenus à un consensus. Les Conventions de Genève ont en effet été rédigées pour des affrontements armés traditionnels. C'était l'époque des conflagrations mondiales, l'époque des grandes armées permanentes. Cela dit, les principes consacrés par les Conventions sont aussi applicables aujourd'hui qu'ils ne l'ont jamais été. Il n'y a vraiment aucun problème en ce qui concerne les principes; par contre, les règles juridiques détaillées deviennent toujours plus difficiles à appliquer dans ce monde de privatisation croissante.

La plupart des individus actifs dans ce secteur sont d'anciens combattants. Où vos membres les recrutent-ils habituellement? Existe-t-il des techniques de recrutement spécifiques?

Chaque entreprise possède sa propre façon d'agir, mais il existe quelques principes simples. Si, au Royaume-Uni, les entreprises recrutent plutôt d'anciens

soldats et combattants britanniques, c'est parce qu'elles savent quelle formation ces personnes ont reçue. Le mot clé est ici «interopérabilité»: les employeurs savent que les personnes recrutées pourront travailler avec leurs collègues. Manifestement, en raison d'une longue tradition historique, les entreprises britanniques recruteront également des Gurkhas. Même formés au sein de l'armée indienne, les Gurkhas gardent de solides liens culturels avec les combattants britanniques, dont ils partagent certaines traditions.

Les membres de votre association n'entrent-ils pas en concurrence avec l'armée britannique? Peut-être offrez-vous de meilleurs salaires que les forces armées? Ne bénéficiez-vous pas de la formation coûteuse que les agents que vous recrutez ont reçue en tant que soldats d'élite?

L'industrie de la sécurité privée a besoin de personnes expérimentées. Pour ce qui est du niveau de base, notre secteur n'est en aucune manière en compétition avec l'armée britannique. Par contre, l'élément de concurrence pourrait apparaître lorsqu'une personne qui appartient à l'armée britannique depuis plusieurs années se trouve en situation de choisir entre rester quelques années de plus dans l'armée ou aller travailler pour une entreprise de sécurité privée. L'augmentation considérable du volume d'activité en Irak a fait craindre l'apparition d'un problème majeur, l'armée britannique risquant de perdre des soldats plus rapidement qu'elle ne l'aurait fait en d'autres circonstances. Or, en fait, ces départs n'ont touché que quelques unités. Le taux de rotation des effectifs dans l'armée britannique est tel qu'un flux constant de personnes arrive sur le marché du travail. Certes, le problème pourrait se poser si les entreprises de sécurité privées connaissaient une expansion massive, mais ce n'est pas encore le cas.

Les membres de votre association recrutent des soldats de métier, mais d'autres entreprises agissent peut-être différemment et déploient des combattants moins bien formés et moins disciplinés.

Je ne pense pas que cela soit un problème pour les entreprises britanniques. Cela pourrait être le cas dans certains autres pays, qui auraient donc peut-être besoin d'adopter une législation en la matière. Comme je vous l'ai dit, le marché britannique n'a jusqu'ici connu aucun problème. Néanmoins, il pourrait exister dans d'autres pays un «excédent» de troupes indisciplinées souhaitant, elles aussi, être engagées par des entreprises commerciales en tant que forces offensives.

Les acteurs militaires privés sont redoutés (et souvent employés) par certains pays en développement. Le public confond souvent leurs activités avec celles des mercenaires.

Il règne une confusion énorme. Les gens semblent penser que, d'une certaine manière, il est immoral qu'une entreprise de sécurité privée réalise des bénéfices. Prenez le domaine de l'aide humanitaire, dans lequel j'ai moi-même travaillé. Les entreprises de transport qui acheminent la nourriture aux quatre coins du monde et les avions qui larguent des vivres en Somalie, au Soudan, ou n'importe où ailleurs, sont des entités commerciales. Ces navires marchands, ces véhicules

utilitaires, ces compagnies aériennes commerciales doivent faire un profit. Je ne vois vraiment pas pourquoi les gens s'étonnent à ce point qu'une entreprise de sécurité privée ait besoin de gagner de l'argent. Il en va ainsi pour toute entreprise commerciale. À cette réalité vient ensuite se greffer le concept de «mercénariat». Or, ce n'est pas de cela qu'il s'agit. L'activité des mercenaires est un phénomène qui a existé dans le passé, et qui subsistera. Il importe de bien distinguer l'industrie de la sécurité privée de l'activité des mercenaires car nous savons tous ce que cela évoque – guerre du Biafra, coups d'État... Ce sont des actes vils. L'action des mercenaires est sans rapport avec notre secteur d'activité.

Des spécialistes militaires affirment également que les entreprises militaires privées mèneront toujours plus d'opérations spéciales et clandestines.

Pour le moment, cette question ne se pose pas à l'industrie privée britannique, qui est purement défensive. Ces entreprises s'occupent de sécurité privée et agissent en toute transparence. Cela n'exclut pas, cependant, que certains gouvernements, y compris dans les pays occidentaux, pourraient aujourd'hui préférer confier certaines activités à des entreprises militaires privées plutôt qu'à leurs forces armées. Si ces gouvernements demandent à des entreprises militaires privées d'assumer des tâches qu'ils ne veulent pas confier à leurs propres militaires ce peut être dans le but de pouvoir les garder secrètes, ou même les nier en bloc. Ce n'est pas le cas au Royaume-Uni, mais cela ne signifie pas que cela n'arrive pas, ou que cela ne pourrait pas arriver.

Toute entreprise vise l'autonomie financière et recherche de nouvelles opportunités. Les entreprises militaires privées risquent-elles de chercher à étendre leurs activités (domaine couvert et durée de l'engagement)? Faut-il aller jusqu'à craindre une extension de la violence visant à assurer la bonne marche des affaires?

C'est précisément le danger qu'un contrôle approprié de l'attribution et de l'exécution des contrats doit permettre d'écarter. Une entreprise de sécurité privée n'intervient que si elle est payée pour le faire. Il doit donc y avoir un client, soit un gouvernement soit un client légitimement reconnu – une entreprise d'ingénierie qui paie effectivement la facture. Le client a tout intérêt à veiller à ce que l'entreprise de sécurité privée n'étende pas la durée de son contrat dans le seul but de gagner davantage d'argent. Cela vaut pour tout type de contrat, partout dans le monde. L'important, c'est qu'un bon contrôle soit exercé sur les contrats.

Peut-on, pour autant, parler de la guerre comme d'un «business»?

Il est certain que des opportunités d'affaires naissent de l'insécurité. C'est la raison pour laquelle, en tant qu'Association britannique des entreprises de sécurité privées, nous sommes si favorables à l'instauration d'une régulation internationale. Cela explique aussi que nous apportons notre appui aux différentes initiatives prises par le gouvernement suisse, le CICR et les Nations Unies. Le marché né de l'insécurité s'étend au monde entier; il obéit à différents agendas, dans différents pays. Si nous pouvons nous sentir à l'aise au Royaume-Uni, c'est

que nos méthodes d'autorégulation nous donnent l'assurance que tous les opérateurs se comporteront d'une certaine manière. Par contre, ce que nous faisons au Royaume-Uni n'a pas nécessairement d'incidence sur ce que font d'autres pays. En fin de compte, et dans l'idéal, seule une régulation internationale permettra de résoudre ce problème.

En Irak, des employés d'entreprises privées auraient procédé à des interrogatoires de détenus, ce qui est contraire au droit humanitaire et au droit des droits de l'homme. Quelles sont les activités que – pour des raisons de morale ou de droit – vous excluriez des opérations des entreprises de sécurité privées?

Les activités que nous ne pourrions jamais accepter, en aucune manière, sont celles qui impliquent nécessairement des infractions au droit international humanitaire, au droit international des droits de l'homme, ou au droit international en général. En tant que membres de notre association, nous n'avons aucun droit d'interférer dans la politique interne d'un pays. Par exemple, il ne serait pas acceptable de dispenser à un groupe de forces spéciales une formation menant à un coup d'état militaire dans le pays. Toutes les activités doivent être licites dans le pays où elles se déroulent, indépendamment de la capacité de ce pays à véritablement assurer le respect de la loi. Dans un certain sens, il incombe aux entreprises de s'imposer à elles-mêmes des exigences plus sévères que le pays hôte ne pourrait le faire.

Les États détiennent le «monopole de la violence» dans la mesure où eux seuls sont autorisés à employer la force. Ce principe est-il menacé par les entreprises de sécurité privées?

Les États voudront toujours exercer ce contrôle. Jamais ils ne voudront renoncer à leur monopole sur la violence. Certes, les États peuvent privatiser l'emploi de la force, mais en fin de compte, ce sont eux qui détiennent les contrats – ils devraient donc se doter de mécanismes de contrôle adéquats. Il n'y a pas lieu de chercher à savoir si un État utilise ses propres forces ou une entreprise privée: c'est toujours l'État qui emploie la force, c'est toujours l'État qui décide dans quelles circonstances la force peut être utilisée.

Des difficultés surgiraient si les entreprises privées pouvaient faire usage de la force sans bénéficier des autorisations et des orientations de l'État. En ce cas, des difficultés surgiraient inévitablement. Prenez les pays occidentaux: ils ont de solides fonctions gouvernementales et des mécanismes d'équilibre des pouvoirs qui, grâce à la démocratie et à leur système judiciaire, leur permettent de prévenir ce danger. À l'inverse, dans une société déchirée par la guerre, même si un gouvernement légitime est en place et souhaite exercer divers contrôles, il n'en a souvent pas la capacité. L'Irak offre un exemple classique: en théorie, les forces de la Coalition ont redonné le contrôle au peuple irakien le 30 juin 2004; or, l'État irakien est encore incapable d'exercer véritablement un tel degré de contrôle. Les entreprises de sécurité privées peuvent donc opérer d'une manière qui n'est pas nécessairement celle que souhaite le gouvernement irakien. Il n'y a aucun

problème quand un gouvernement est suffisamment fort pour exercer ses fonctions. Par contre, des problèmes se posent quand, dans les sociétés déchirées par la guerre ou venant de sortir d'un conflit, le gouvernement n'est pas en mesure d'exercer ses propres fonctions légitimes comme il pourrait le souhaiter.

Les entreprises militaires privées pourraient-elles élaborer leurs propres règles et devenir presque aussi puissantes que les acteurs militaires traditionnels?

Il y a, aux États-Unis, quelques entreprises militaires privées qui pourraient être prêtes à prendre cette direction. Les entreprises britanniques de sécurité privées veulent, quant à elles, rester dans le domaine défensif et pourront donc ne pas vouloir intervenir du tout dans certaines circonstances. Pour mener leurs activités avec succès, elles doivent opérer en partenariat avec les militaires britanniques: ces derniers assument les fonctions offensives, l'entreprise de sécurité privée les fonctions défensives. De fait, je ne discerne, chez les membres de notre association, aucune propension à se diriger vers le domaine offensif.

Il n'en demeure pas moins que ces acteurs peuvent se trouver pris au piège des combats. En Irak, par exemple, les entreprises de sécurité privées ont dû – paradoxalement – protéger les militaires.

Au départ, la différence entre opérations défensives et opérations offensives est absolument claire. Cependant, lorsque vous êtes attaqué, vous devez vous défendre, et il est vrai que, parfois, vous devez devenir offensif pour pouvoir vous défendre. C'est la réalité pratique sur le terrain qui détermine l'activité qui s'engage. Les entreprises de sécurité privées britanniques, sans la moindre exception, souhaiteront toujours n'être impliquées que dans des opérations de caractère défensif. Si vous leur offrez le choix, elles préféreront toujours s'éloigner des combats, aider leurs clients à échapper aux difficultés, ne pas se trouver sur le terrain d'opérations militaires. Par contre, si elles sont attaquées, elles n'ont pas d'autre choix que de se défendre. C'est, par exemple, ce qui s'est passé en Irak, où une entreprise britannique de sécurité privée assurait la protection des militaires ukrainiens contre les attaques.

Les entreprises privées étendent-elles leurs capacités militaires à un point tel que celles-ci excèdent de loin ce qui était initialement prévu? Est-ce seulement pour assurer leur propre protection qu'elles acquièrent un arsenal plus important?

Tout militaire vous répondrait que l'attaque est souvent la meilleure forme de défense. Les entreprises de sécurité privées ne peuvent pas s'offrir ce luxe. Ce sont des forces défensives: donc, elles ne livrent pas une guerre et elles n'ont pas la capacité de le faire. Néanmoins, en fonction du degré de gravité de la menace, des armes plus lourdes et plus appropriées peuvent être requises à des fins défensives. Reportons-nous à ce qui s'est passé en Irak, où les entreprises de sécurité privées ont commencé par utiliser leurs armes de prédilection, principalement des pistolets et des fusils AK-47. Toutefois, la menace était, ou est encore, d'une telle gravité que beaucoup de ces entreprises ont dû commencer

à recourir aux armes de calibre 50. Elles ont alors franchi une étape et amorcé un changement quant à la taille des armes qu'elles doivent utiliser. Cela dit, ces armes ne sont encore employées que dans un rôle purement défensif, et non pas dans un rôle offensif.

Quelques pays ont adopté une législation relative aux entreprises de sécurité et/ou aux entreprises militaires privées. D'autres ne l'ont pas fait. Actuellement, le Royaume-Uni ne dispose d'aucune législation spécifique; par contre, la rédaction d'un rapport spécial (Green Paper) a commencé, a été interrompue avant d'être à nouveau en projet. De manière générale, les États ont-ils entrepris de se doter de réglementations spécifiques pour réguler l'activité des entreprises de sécurité privées?

Une tendance s'est amorcée en ce sens. L'exemple le plus récent est celui de l'Afrique du Sud, où une loi vient d'être adoptée. Vous avez raison: le gouvernement britannique continue de se demander s'il doit ou non légiférer lui-même. Le problème, c'est que les pays qui, comme lui, seraient en mesure de légiférer adopteraient en fait une législation relative à des événements se déroulant à l'étranger. Sur le plan du droit, la question est très délicate. L'emploi de la force au Royaume-Uni est très contrôlé. Même nos policiers ne sont pas armés, la plupart du temps. En conséquence, un régime très strict réglemente le recours aux entreprises de sécurité privées au Royaume-Uni. Cependant, ces mêmes entreprises opèrent dans des pays du tiers monde. La question suivante se pose alors: jusqu'à quel point est-il facile, pour un pays donné, de réguler l'activité des entreprises qui opèrent principalement dans une juridiction étrangère? Le caractère international de nos activités permet à chaque entreprise de se délocaliser à tout moment pour éviter que des contraintes entravent ses opérations, et de travailler avec le régime le plus favorable.

Votre association promeut une approche ayant de multiples facettes, incluant des mécanismes d'autorégulation.

Nous pensons qu'il n'existe pas de solution miracle. Aucune activité ne serait susceptible de fournir le degré de contrôle requis. Nous sommes favorables à toute une série de réglementations et législations, à mettre en place sur une base facultative, aux niveaux national et international. Nous estimons que seule une combinaison de toutes ces «strates» permettra d'atteindre le résultat souhaité, à savoir: trouver l'équilibre entre la fourniture de services de sécurité et les inquiétudes légitimes des personnes que la prestation de ces services touche d'une manière ou d'une autre. L'autorégulation est importante car elle peut, à travers un code facultatif, modifier des comportements sur lesquels des mesures obligatoires auraient peu d'effet.

Cela signifie-t-il qu'une réglementation obligatoire serait inadéquate ou difficile à mettre en place?

Oui, en effet. Il est très difficile de prévoir qu'une entreprise basée dans un autre pays et opérant dans un pays tiers soit couverte par la législation britannique

pour la simple raison que les directeurs de l'entreprise sont nés au Royaume-Uni, ou que les affaires sont dirigées à partir de ce pays. Peut-être, l'autorégulation aura-t-elle davantage d'efficacité du fait que les entreprises s'y soumettent volontairement? Une autre question se pose: que faire des «cow-boys» (c'est le nom que je leur donne)? Il y a une limite à ce que nous pouvons faire. Nous pouvons essentiellement les identifier et les stigmatiser, et annoncer clairement au monde ce qu'ils sont: des hors-la-loi.

Est-ce là le but de votre association?

Oui, c'est précisément ce que nous tentons de faire. Il y aura toujours des gens prêts à enfreindre la loi. Aucune norme ne pourra jamais venir complètement à bout d'un tel comportement. Pourquoi? C'est que, par définition, ces gens se moquent bien de toute règle. Ce sont des criminels qui opèrent en dehors des lois. Cela dit, une autorégulation «agressive» peut aider l'industrie à se fixer un niveau d'exigences plus élevé.

Quel type d'action proposez-vous? Action préventive ou répressive?

Nous préconisons l'une et l'autre de ces approches. Nous avons déjà fait le premier pas en introduisant la transparence dans ce secteur. Nous avons créé un point de contact. Les gens peuvent y venir, et dire qu'ils souhaitent dénoncer certains abus. Il s'agit tout d'abord de promouvoir la transparence et de mettre à la disposition des observateurs de l'industrie une instance auprès de laquelle ils peuvent se plaindre. Il s'agit ensuite de constituer nous-mêmes un organe d'évaluation, par le biais duquel nous surveillons en permanence notre industrie, y compris en réalisant des inspections sur place.

Cela sera-t-il accepté par les entreprises?

Oui, les entreprises sont absolument enchantées de la proposition.

Est-ce parce qu'elles souhaitent promouvoir leur image?

Par définition, les «mauvaises» entreprises ne souhaitent pas rejoindre notre association, et les «bonnes» entreprises souhaitant adhérer à notre association veulent améliorer leur image. Le problème qui se pose aujourd'hui tient simplement au financement: si les entreprises devaient financer elles-mêmes les mécanismes de contrôle (comme elles sont prêtes à le faire), personne ne leur ferait confiance. Les gens se demanderaient comment ce mécanisme de vérification pourrait être indépendant alors qu'il est financé par les entreprises elles-mêmes. Ils auraient l'impression que les dés sont pipés. Le problème, c'est de trouver des moyens de financement, en faisant appel aux gouvernements ou aux mécanismes internationaux, afin de ne pas dépendre des entreprises elles-mêmes.

Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire

Emanuela-Chiara Gillard*

Emanuela-Chiara Gillard est conseiller juridique au sein de la Division juridique du Comité international de la Croix-Rouge.

Résumé

On constate depuis quelques années une augmentation du nombre de sociétés militaires et de sécurité privées (SMP/SSP) actives dans des situations de conflit armé, ainsi qu'une modification de la nature de leurs activités, de plus en plus proches du cœur des opérations militaires et qui les amènent souvent à proximité étroite des personnes protégées par le droit international humanitaire. On affirme souvent que leurs activités se dérouleraient dans un vide juridique. Or, dans des situations de conflit armé, il existe un corpus juridique qui régit aussi bien les activités du personnel des SMP/SSP que les responsabilités des États qui recourent à leurs services. Qui plus est, d'autres États ont aussi un rôle à jouer pour encourager ces sociétés à respecter le droit international humanitaire. Cet article passe en revue les questions juridiques essentielles que soulèvent les activités des SMP/SSP dans des situations de conflit armé, y compris le statut de leur personnel et leurs responsabilités au regard du droit international humanitaire, les responsabilités des États qui les engagent, et celles des États sur le territoire desquels les SMP/SSP interviennent ou sont enregistrées.

.....

* Cet article n'engage que son auteur et ne reflète pas nécessairement la position du CICR. L'auteur tient à remercier Hélène Maillet et Nathalie Weizmann, de la Division juridique du CICR, pour leur concours constant et affable, ainsi que Mario pour sa sagacité.

Original anglais, « Business goes to war », *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N° 863, September 2006, pp.525-572.

Depuis une quinzaine d'années, des fonctions traditionnellement dévolues aux forces de sécurité ou aux armées des États sont de plus en plus souvent déléguées à des sociétés militaires ou de sécurité privées (SMP ou SSP). Alors que le gros de ces contrats – en termes financiers tout au moins – concernait initialement des tâches d'appui logistique ou administratif, on assiste depuis quelques années à une croissance notable de la participation des SMP/SSP à des tâches de sécurité et à des activités militaires dans des situations de conflit armé. Cette participation comprend la protection de personnes et de biens militaires, l'administration de postes de contrôle, la formation et le conseil des forces armées et de sécurité, la maintenance de systèmes d'armement, l'interrogatoire de suspects ou de prisonniers, la collecte de renseignements, et jusqu'à la participation à des opérations de combat. Les États ne sont pas les seuls clients des SMP/SSP, puisque ces sociétés offrent aussi un éventail de services à d'autres acteurs, dont des entreprises privées, des organisations intergouvernementales internationales et régionales ainsi que des organisations non gouvernementales, souvent dans des situations de conflit armé.

C'est la présence on ne peut plus flagrante des SMP/SSP en Irak depuis 2003 qui a appelé l'attention du public sur leur existence¹. Si la situation dans le pays a sans aucun doute fourni un terrain fertile à cette branche d'activité, la tendance à une «privatisation de la conduite de la guerre» est indubitablement plus ancienne: on la décèle dès le début des années 1990, voire plus tôt. Elle résulte d'une série de facteurs, au nombre desquels la réduction des effectifs des forces armées nationales après la fin de la guerre froide et leur retrait de leurs «engagements par procuration» à l'étranger, ainsi que l'emprise croissante de la pensée libérale sur la gestion des affaires publiques, qui encourage la sous-traitance de fonctions traditionnellement assumées par les États, jusque dans le domaine militaire². Le phénomène

1 Il est notoirement difficile d'obtenir des chiffres précis et fiables concernant le nombre de SMP/SSP ou de leurs employés actifs en Irak. Dans son rapport au Congrès en 2005 concernant le recours à des fournisseurs privés en matière de sécurité en Irak, le service de comptabilité du gouvernement des États-Unis cite une évaluation du Ministère de la défense faisant état d'au moins 60 sociétés employant «un nombre de personnes qui pourrait atteindre 25 000». Le rapport 2006 du même service évoque une estimation du directeur de l'Association des sociétés de sécurité d'Irak, selon laquelle «on compte en Irak quelque 181 sociétés de sécurité privées, avec un peu plus de 48 000 employés». *Rebuilding Iraq: Actions Needed to Improve Use of Private Security Providers*, United States Government Accountability Office, Report to Congressional Committees (ci-après, rapport 2005 du Service de comptabilité du gouvernement des États-Unis), juillet 2005, GAO-05-737, p. 8; et *Rebuilding Iraq: Actions Still Needed to Improve Use of Private Security Providers*, United States Government Accountability Office, Testimony before the Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations, Committee on Government Reform, 13 juin 2006, GAO-06-865T, p. 2, respectivement. Un recensement, entrepris par le Ministère de la défense des États-Unis, des entreprises sous-traitantes en Irak, portant sur les ressortissants américains, irakiens et de pays tiers (mais pas sur les sous-traitants) travaillant pour le gouvernement des États-Unis en Irak aboutit au chiffre nettement plus élevé de 100 000 personnes. Renae Marie, «Census counts 100,000 contractors in Iraq», *Washington Post*, 5 décembre 2006.

2 Voir, p. ex., Deborah Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, 2005, pp. 30 et suiv.; Caroline Holmqvist, *Private Security Companies: The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper N° 9, janvier 2005, pp. 1 et suiv.; Fred Schreier et Marina Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper N° 6, mars 2005; et Joanna Spear, *Market Forces: The Political Economy of Market Forces*, FAFO Report 531, 2006, pp. 11 et suiv.

a suscité – à juste titre – un intérêt considérable de la part des médias, des débats de spécialistes et (bien plus rarement, il est vrai) des mesures réglementaires et des actions en justice.

Les SMP/SSP soulèvent une kyrielle de questions d'ordre juridique, politique et pratique. Quels sont leurs droits et leurs obligations au regard du droit international? Quels sont les droits et les obligations des États qui les engagent ou sur le territoire desquels elles opèrent? Comment convient-il de réglementer ce secteur d'activité: à l'échelon international, au plan national, ou faut-il tabler sur une autoréglementation³? Quelles sont les conséquences de cette érosion apparente du monopole des États sur l'emploi de la force? Les activités des SMP/SSP sapent-elles ou renforcent-elles la maîtrise par les États de l'emploi de la force⁴? Entravent-elles ou soutiennent-elles les efforts de renforcement de l'État et la réforme du secteur de la sécurité dans les États faibles et dans ceux qui émergent d'un conflit armé? Y a-t-il lieu de limiter la sous-traitance des activités gouvernementales dans ce domaine, et si oui de quelle manière? Quels sont les véritables avantages en termes de coût de ce type de sous-traitance⁵? Comment les SMP/SSP peuvent-elles être intégrées aux structures de direction et commandement des forces armées? Quelles sont les conséquences d'un phénomène qui semble brouiller un peu plus encore la distinction entre acteurs militaires et civils⁶? Y a-t-il des circonstances dans lesquelles des organisations humanitaires pourraient recourir à des services de sécurité privés⁷? Enfin et surtout: quel impact (négatif ou positif) les SMP/SSP exercent-elles sur les populations locales? Divers acteurs, dont le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), ont eu à traiter de ces questions, que ce soit de manière théorique ou de façon très immédiate et pratique.

Étant donné la présence croissante de ces protagonistes relativement nouveaux, qui accomplissent tout un éventail de tâches de plus en plus proches du noyau des opérations militaires dans des situations de conflit armé, y compris d'occupation militaire, qui les placent souvent au contact direct de personnes protégées par le droit international humanitaire, le CICR a entamé un dialogue avec ce secteur d'activité et avec les États responsables de leurs opérations. L'objectif est

3 Sur la question de la réglementation de ce secteur d'activité, voir entre autres Holmqvist, *op. cit.* (note 2); Kathleen Jennings, *Armed Services: Regulating the Private Military Industry*, FAFO Report 532, 2006; et Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2).

4 Sur cette dimension du phénomène, voir Avant, *op. cit.* (note 2); et Anna Leander, *Eroding State Authority? Private Military Companies and the Legitimate Use of Force*, 2006.

5 Le rapport 2005 du Service de comptabilité du gouvernement des États-Unis cité plus haut a conclu entre autres que malgré le rôle important que jouent les fournisseurs privés de sécurité pour permettre aux efforts de reconstruction en Irak de se dérouler, ni le Département d'État ni le Département de la défense, ni l'Agence des États-Unis pour le développement international ne disposent de données complètes sur les coûts du recours au secteur privé. Rapport 2005 du Service de comptabilité du gouvernement des États-Unis, *op. cit.* (note 1), pp. 29 et suiv.

6 Au sujet des effets des SMP/SSP sur les relations entre civils et militaires, voir par exemple Sami Makki, «Militarisation de l'humanitaire, privatisation du militaire», *Cahier d'Études stratégiques* n° 36-37, CIRPES, juin 2004.

7 En ce qui concerne le recours à des services de sécurité privés par des organisations humanitaires, voir par exemple James Cockayne, *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, International Peace Academy, mars 2006.

double: favoriser le respect du droit international humanitaire, en veillant à ce que les SMP/SSP et les États concernés soient conscients de leurs obligations, et faire en sorte que les SMP/SSP connaissent et comprennent le mandat du CICR ainsi que ses activités en faveur des personnes touchées par les conflits armés.

Le présent article est centré sur la première de ces dimensions: le cadre juridique applicable aux SMP/SSP actives dans des situations de conflit armé, et en particulier leur place au regard du droit international humanitaire.

Les SMP/SSP ont été très présentes dans les médias au cours des derniers mois; on affirme souvent, aussi bien dans des publications à grand tirage que dans des revues spécialisées, que leurs opérations se déroulent dans un vide juridique⁸. Ces généralisations sont inexactes. Dans une situation de conflit armé, il existe un ensemble de règles de droit qui régissent à la fois les activités du personnel des SMP/SSP⁹ et les responsabilités des États qui les engagent, à savoir le droit international humanitaire. Qui plus est, les États sur le territoire desquels ces sociétés agissent, ainsi que les États où elles ont leur siège, ont aussi un rôle important à jouer pour veiller à ce qu'elles respectent le droit.

En cas de violation grave du droit international humanitaire, les responsabilités du personnel des SMP/SSP et des États qui recourent à leurs services sont bien définies, même s'il est vrai que des difficultés ont pu se poser, dans la pratique, pour tenter des poursuites en cas de violation.

Il n'en reste pas moins que rares sont les dispositions juridiques concernant la supervision nationale ou internationale des services que peuvent fournir les SMP/SSP et des éventuelles procédures administratives qu'elles doivent respecter pour être autorisées à opérer. Il n'existe pour l'instant aucune réglementation internationale en la matière. Seuls une poignée d'États ont adopté une législation *spécifique* établissant des procédures que doivent respecter les SMP/SSP sises sur leur territoire afin d'être autorisées à opérer à l'étranger. L'exemple le plus connu est la loi dont s'est dotée l'Afrique du Sud en 1998 sur la réglementation de l'assistance militaire à l'étranger. Les États qui traitent de ces prestations de services par l'intermédiaire de la législation sur le contrôle des exportations (autre moyen possible d'assurer une certaine surveillance) sont extrêmement rares¹⁰. Ils ne sont pas plus nombreux à réglementer spécifiquement

8 Voir par exemple Peter Singer, «War, profits and the vacuum of law: Privatized military firms and international law», *Columbia Journal of Transnational Law*, N° 42, 2004, p. 521; Clive Walker et Dave Whyte, «Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United Kingdom», *International and Comparative Law Quarterly*, N° 54, 2005, p. 687; et, plus récemment, «CICR: les mercenaires permettent aux États de contourner la loi», *Tribune de Genève*, 20 octobre 2006.

9 Nous utilisons indifféremment dans le présent article les termes «personnel» et «employés» des SMP/SSP pour désigner, de manière générale, toutes les personnes travaillant pour de telles sociétés, qu'elles soient employées de manière permanente, engagées pour une tâche précise, sous-traitants, ressortissants des États où opère la société ou «expatriés». Les cadres et les dirigeants de ces sociétés sont aussi inclus.

10 Le règlement des États-Unis sur le trafic international d'armements (International Traffic in Arms Regulations – ITAR), texte d'application de la loi de 1968 sur le contrôle des exportations d'armements, est l'un des rares exemples de législation nationale sur les exportations qui couvre la fourniture de certains services militaires et de sécurité à l'étranger. Le règlement exige que les entreprises américaines qui offrent des services de défense – y compris la formation à des États étrangers – s'enregistrent et obtiennent une licence du Département d'État des États-Unis. Voir Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2), pp. 105 et suiv.

la fourniture de services militaires ou de sécurité par des entreprises opérant sur leur territoire¹¹.

Nous examinerons dans le présent article les questions juridiques essentielles soulevées par les SMP/SSP opérant dans des situations de conflit armé, y compris le statut du personnel de ces sociétés et ses responsabilités au regard du droit international humanitaire, les responsabilités des États qui font appel à leurs services, et les responsabilités des États sur le territoire desquels les SMP/SSP sont enregistrées ou opèrent.

Relevons, pour commencer, que le droit international humanitaire ne traite pas de la légalité ni de la légitimité des SMP/SSP en soi, et pas davantage de la possibilité, pour des États, d'engager de tels organismes pour réaliser des activités précises. Ce que régit en revanche le droit international humanitaire, c'est le comportement des entités de ce type lorsqu'elles opèrent dans des situations de conflit armé, conformément à l'esprit du droit international humanitaire en général, qui ne traite pas de la licéité du recours à la force armée, mais qui régit la *manière* dont les hostilités sont conduites. Ce droit ne se prononce donc pas sur la légitimité des groupes armés organisés, mais il régit la *manière* dont ils doivent combattre.

Cet article présente exclusivement la situation au regard du droit international humanitaire. Il existe divers autres corpus de règles de droit international public pertinents en ce qui concerne ce phénomène, y compris les règles relatives au recours à la force et les règles sur la responsabilité des États à l'égard d'actes illégaux aux termes du droit international¹², sans oublier, bien entendu, le droit des droits de l'homme¹³. Les lois nationales des États d'origine des SMP/SSP, de leur personnel et de leurs clients, ainsi que la législation des États où opèrent ces sociétés, jouent aussi un rôle clé pour réglementer les activités des SMP/SSP et pour définir des mécanismes permettant d'appliquer la loi.

Avant d'entamer l'analyse juridique, il convient de faire une remarque liminaire au sujet des termes employés. Il n'existe pas actuellement de définition

11 À l'heure actuelle, seuls l'Irak et la Sierra Leone sont dotés d'une législation régissant spécifiquement la fourniture de services militaires ou de sécurité sur leur territoire. La loi irakienne a été adoptée par l'Autorité provisoire de la Coalition en 2004 et elle est actuellement en cours de révision (CPA Memorandum 17: Registration Requirements for Private Security Companies, 26 juin 2004). Le règlement de la Sierra Leone figure au chapitre 19 de la loi de 2002 sur la sécurité nationale et le renseignement central.

12 Voir sur ce thème le rapport de la réunion d'experts organisée les 29 et 30 août 2005 par le Centre universitaire de droit international humanitaire: *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their actions*, disponible sur Internet à l'adresse www.cudih.org/communication/companies_privées_sécurité_rapport.pdf

13 Sur la dimension des droits de l'homme, voir par exemple Cordula Droegge, «Private military and security companies and human rights: A rough sketch of the legal framework», document de référence préparé pour la réunion d'experts gouvernementaux organisée les 16 et 17 janvier 2006 par le Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, disponible à l'adresse <http://www.eda.admin.ch/pse/psechi.html>; Françoise Hampson, «The implications of human rights law», document de référence préparé pour la réunion d'experts gouvernementaux organisée les 13 et 14 novembre 2006 par le Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, disponible à l'adresse <http://www.eda.admin.ch/pse>; et Alexis Kontos, «Private security guards: Privatized force and state responsibility under international human rights law», *Non-State Actors and International Law*, Vol. 4, N° 3, 2004, p. 199.

largement acceptée de ce qu'il faut entendre par «société militaire privée» ou «société de sécurité privée». Cette question essentielle de la définition a donné lieu à diverses démarches chez les auteurs qui ont abordé ces questions. Certains, comme Singer, l'auteur de la première analyse complète de cette branche d'activité, font une distinction entre les sociétés sur la base des services qu'elles offrent¹⁴; d'autres préfèrent adopter des termes délibérément généraux¹⁵.

Comme le relève Holmqvist, la classification des sociétés en fonction de leur proximité matérielle du front donne une image trompeuse de leur influence potentielle sur les plans stratégique et tactique; en effet, le fait de dispenser une formation ou des conseils techniques peut avoir un impact très important sur les hostilités¹⁶. Qui plus est, il semble bien qu'en réalité, de nombreuses sociétés offrent un large éventail de services¹⁷. Certains sont de toute évidence très éloignés du champ de bataille et ne relèvent pas – pour recourir à une notion clé au regard du droit international humanitaire – de la participation directe aux hostilités. D'autres, en revanche, sont bien plus proches du cœur des opérations de combat. C'est la raison pour laquelle nous ne proposons pas, dans le présent article, de définition d'une «société militaire privée» ni d'une «société de sécurité privée», ni de classification de ces entités. Nous préférons recourir à l'expression, délibérément vague et générique, de «société militaire ou de sécurité privée» (SMP/SSP) pour couvrir les sociétés fournissant toute forme de service militaire ou de sécurité dans des situations de conflit armé.

Cette méthode reflète le fait qu'aux fins du droit international humanitaire, ce n'est pas l'appellation donnée à une partie qui détermine ses responsabilités, mais bien la nature de ses activités.

La première partie de cet article décrit le statut du personnel des SMP/SSP au regard du droit international humanitaire; la deuxième partie analyse leurs responsabilités et le rôle de ces sociétés en ce qui concerne la promotion de ce droit; la troisième partie aborde les responsabilités des États qui engagent les SMP/SSP, tandis que la quatrième partie traite des responsabilités des autres États, principalement les États où ces sociétés sont enregistrées et les États sur le territoire desquels elles opèrent. La cinquième partie, enfin, traite de la question des mercenaires. Bien qu'il s'agisse d'un sujet différent, nous avons jugé nécessaire de l'aborder ici, puisque les débats sur les SMP/SSP commencent souvent par la question de savoir si leurs employés sont des mercenaires.

14 La classification des sociétés proposée par Singer repose sur la métaphore militaire de la «pointe de la baïonnette» dans l'espace du combat, où cette pointe représente la ligne de front. Il classe les sociétés en trois groupes, selon les services qu'elles fournissent et le niveau de force qu'elles sont disposées à employer: sociétés militaires fournisseuses, sociétés militaires de conseil et sociétés militaires d'appui. Le premier type d'entreprise fournit des services sur le front, le deuxième offre surtout des services de conseil et de formation, tandis que le troisième type est utilisé pour fournir une «assistance et une aide non létale», y compris des tâches logistiques, comme l'alimentation et le logement des troupes. Peter Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, 2003, pp. 91 et suiv.

15 Ainsi, Cockayne parle de «fournisseurs commerciaux dans le secteur de la sécurité», tandis que Avant et Holmqvist recourent à l'expression «société privée de sécurité».

16 Holmqvist, *op. cit.* (note 2), p. 5.

17 On trouvera une description de l'éventail des services fournis par ce secteur d'activité dans Arvant, *op. cit.* (note 2), pp. 7 à 22, et dans Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2), pp. 14 à 42.

Le statut du personnel des sociétés militaires ou de sécurité privées au regard du droit international humanitaire

On affirme parfois que les SMP/SSP n'ont aucun statut au regard du droit international, ce qui aurait pour conséquence implicite que ni les sociétés, ni leur personnel, n'auraient d'obligation juridique. Du point de vue du droit international humanitaire, une telle affirmation est trompeuse. Si les sociétés elles-mêmes n'ont ni statut, ni obligations en droit international humanitaire – puisque cette branche du droit ne régit pas le statut des personnes morales –, tel n'est pas le cas de leurs employés, même si aucun traité ne les mentionne spécifiquement. Il est vrai qu'en matière de statut, il n'y a pas de réponse simple, applicable à l'ensemble des employés des SMP/SSP, puisque tout dépend de la nature de la relation qu'ils peuvent avoir avec un État et du type d'activités qu'ils effectuent. Le statut doit donc être déterminé au cas par cas. En revanche, le droit international humanitaire contient des critères pour définir ce statut, ainsi que des droits et des obligations précis qui en découlent.

Mercenaires?

Les discussions sur les SMP/SSP se focalisent souvent, ou tout au moins s'ouvrent, sur la question politiquement délicate de savoir si leurs employés sont des mercenaires. Bien qu'elle ne soit pas essentielle pour le droit international humanitaire, cette question attire inévitablement beaucoup d'attention, et crée aussi une certaine confusion. Pour donner sa place à ce débat, et pour couvrir l'ensemble des aspects du problème, nous aborderons dans la cinquième partie du présent article la place des mercenaires au regard du droit international humanitaire et les deux conventions spécialisées traitant de ce sujet.

Combattants ou civils?

Il est une autre question beaucoup plus pertinente au regard du droit international humanitaire, car elle entraîne des conséquences pratiques immédiates pour les personnes concernées : c'est celle du statut du personnel des SMP/SSP. Sont-ils des combattants ou des civils? S'ils sont des combattants, ils peuvent en tout temps être l'objet d'attaques, mais ils ont le droit de participer directement aux hostilités. En cas de capture, ils ont droit au statut de prisonnier de guerre, et ne peuvent faire l'objet de poursuites pour avoir participé aux hostilités¹⁸. À l'inverse, s'ils sont des personnes civiles, ils ne peuvent faire l'objet d'attaques, mais ils perdent cette immunité au cas où ils participeraient directement aux hostilités, pendant la durée de cette participation. Qui plus est, comme les civils n'ont pas le droit de participer directement aux hostilités, ils deviennent, en pareil cas, des « belligérants non privilégiés » ou des « combattants illégaux ».

18 Le par. 2 de l'art. 43 du Protocole additionnel I reconnaît le droit des combattants de participer directement aux hostilités.

qui, même en cas de capture, n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre et peuvent être jugés par un tribunal pour le simple fait de leur participation aux hostilités, même s'ils n'ont, ce faisant, commis aucune violation du droit international humanitaire¹⁹.

En droit international humanitaire, le terme « combattant » a un sens très précis, qui ne recoupe pas l'acception plus générale du terme dans le langage courant. Il existe quatre catégories de personnes qui peuvent être considérées comme des combattants²⁰. Aux fins qui nous intéressent ici, les deux catégories les plus pertinentes sont celles-ci :

- les membres des forces armées d'une Partie au conflit, ainsi que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées²¹;
- les membres des autres milices et des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit, pourvu que ces milices ou corps de volontaires remplissent les conditions suivantes: avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés; avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance; porter ouvertement les armes; et se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre²².

Nous passerons en revue brièvement ces catégories pour établir si le personnel des SMP/SSP peut être considéré comme inclus dans ces définitions.

Membres des forces armées d'un État²³ ?

Le terme « combattant » désigne en premier lieu les membres des forces armées des États. Il faut donc, même si c'est une lapalissade, relever en premier lieu que seuls les employés des SMP/SSP *engagées par des États* peuvent être considérés comme des combattants²⁴. Étant donné que 80% environ des contrats

19 Sur la question des belligérants non privilégiés, voir par exemple Knut Dörmann, «The legal situation of «unlawful/unprivileged combatants», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, n° 849, mars 2003, p. 45.

20 Protocole additionnel I, par. 1 de l'art. 50.

21 III^e Convention de Genève, par. 1 de l'art. 4, lettre A.

22 *Ibid.*, par. 2 de l'art. 4, lettre A. Les deux autres catégories de combattants citées aux par. 3 et 6 de l'art. 4, lettre A de la III^e Convention de Genève sont, respectivement, les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice et les participants à une levée en masse à l'approche de l'ennemi.

23 Sur cette question, voir par exemple Ricou Heaton, «Civilians at war: Re-examining the status of civilians accompanying the armed forces», *Air Force Law Review*, N° 57 (2005), pp. 168 et suiv.; Rebecca Rafferty Vernon, «The future of competitive sourcing: Battlefield contractors – facing the tough tests», *Public Contract Law Journal*, N° 33 (2004), pp. 404 et suiv.; et Michael Schmitt, «Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees», *Chicago Journal of International Law*, No. 5 (2005), pp. 523 et suiv.

24 Il est possible qu'une société soit engagée par un État pour réaliser des opérations pour le compte d'un deuxième État. On connaît des cas dans lesquels des gouvernements donateurs ont engagé une société pour aider un deuxième État, par exemple, à mener des réformes dans le secteur de la sécurité. Ce genre d'arrangement est cependant peu probable pour des activités proches du cœur des opérations militaires. Voir, p. ex., Adedeji Ebo, *The Challenges and Opportunities of Security Sector Reform in Post-Conflict Liberia*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper N° 9, décembre 2005; et Francesco Mancini, *In Good Company? The Role of Business in Security Sector Reform*, 2005.

des SMP/SSP sont passés avec des clients autres que des États²⁵, une proportion importante des employés des SMP/SSP sont automatiquement exclus de cette catégorie.

Le droit international humanitaire est parfaitement explicite quant au fait que les membres des forces armées d'un État sont des combattants, alors qu'il ne donne pas d'indication claire et précise sur ce qu'il faut entendre par «membre des forces armées»²⁶, ni sur les conditions préalables que doivent remplir les milices ou les corps de volontaires pour qu'ils «fassent partie» des forces armées²⁷.

Il arrive que le droit national apporte des précisions à ce sujet, mais si tel n'est pas le cas, il n'existe aucune manière précise de déterminer dans quelles circonstances un employé d'une SMP/SSP peut être considéré comme un membre des forces armées, ou comme un membre des milices ou corps de volontaires qui en font partie. Le simple fait qu'une SMP/SSP ait été engagée pour apporter une assistance aux forces armées d'un État n'est pas concluant en soi; il faut une affiliation plus formelle qu'un simple contrat²⁸. De la même manière, la nature des activités effectuées par le personnel d'une telle société, même si elle est déterminante pour établir si ce personnel participe directement aux hostilités et peut donc être pris pour cible d'une attaque, n'est pas non plus un élément clé pour décider si ce personnel est membre des forces armées. Les indicateurs possibles, sur ce point, pourraient comprendre les éléments suivants:

- le personnel a-t-il suivi les éventuelles procédures nationales d'enrôlement ou de conscription?
- le personnel est-il employé par le ministère de la défense (étant entendu toutefois que ces ministères emploient aussi de nombreux civils)?
- le personnel est-il soumis à la discipline et à la justice militaires?
- le personnel est-il intégré ou assujetti à la chaîne de commandement militaire?

25 Déclaration faite à l'auteur par un représentant d'une société britannique. Le pourcentage de contrats passés avec des gouvernements est plus élevé pour les sociétés des États-Unis. Voir, p. ex., Dominick Donald, *After the Bubble: British Private Security Companies after Iraq*, The Royal United Services Institute, Whitehall Paper 66, 2006.

26 Certains auteurs considèrent que, en dépit du libellé apparemment clair du par. 1 de l'art. 4, lettre A de la III^e Convention de Genève, les quatre conditions énumérées au par. 2 de ce même article s'appliquent non seulement aux membres des «autres milices» et des «autres corps de volontaires», mais aussi aux membres des forces armées de l'État. Voir, p. ex., George Aldrich, «The Taliban, al Qaeda, and the determination of illegal combatants», *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 895, et Yoram Dinstein, «Unlawful combatancy», *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 32, 2002, p. 255. Ce débat sort du cadre du présent article.

27 Selon le *Commentaire* de la III^e Convention de Genève, cette disposition concerne des groupes qui, «tout en faisant partie [des] forces armées, se distinguent nettement de l'armée proprement dite». Le *Commentaire* ajoute que bien que cette mention «ne fût pas strictement indispensable», puisque les membres de tels groupes seraient couverts par l'expression «membres des forces armées», la mention des milices et des corps de volontaires fut néanmoins maintenue. Jean S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire, III: La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, (ci-après: *Commentaire de la III^e Convention de Genève*), CICR, 1958, p. 58.

28 Schmitt, *op. cit.* (note 23), p. 525.

- fait-il partie de la hiérarchie militaire?
- s'est-il vu délivrer les cartes d'identité prévues par la III^e Convention de Genève, ou d'autres formes d'identification similaires à celles que détiennent les membres « ordinaires » des forces armées?
- porte-t-il l'uniforme?

Une réponse positive à l'une quelconque de ces questions – exception faite de la première – ne constitue pas en soi une preuve déterminante de l'appartenance aux forces armées. La situation n'est donc pas parfaitement claire. Or, l'appartenance ou la non-appartenance d'une personne aux forces armées d'un État devrait apparaître aisément lors de la capture, de façon à ce qu'elle se voie immédiatement accorder le statut de prisonnier de guerre si elle y a droit. Ceci étant, en cas de doute quant au statut d'une personne capturée qui a participé directement aux hostilités, la III^e Convention de Genève exige qu'elle soit traitée comme un prisonnier de guerre en attendant que son statut ait été déterminé par un tribunal compétent²⁹.

Pour revenir au personnel des SMP/SSP, comme la sous-traitance des activités qui relevaient auparavant des forces armées découle d'une politique destinée à réduire les effectifs des armées et les coûts afférents, il est probablement très rare que le personnel des SMP/SSP soit incorporé dans les forces armées au point où il pourrait être considéré comme y appartenant aux fins de la détermination du statut en droit international humanitaire³⁰.

Membres des autres milices et des autres corps de volontaires appartenant à un État partie à un conflit armé?

Le paragraphe 1 de l'article 4, lettre A de la III^e Convention de Genève concerne les personnes officiellement incorporées dans les forces armées d'un État, tandis que le paragraphe 2 de l'article 4, lettre A traite des membres de groupes qui sont structurellement indépendants de ces forces, mais qui combattent néanmoins à leurs côtés. Cette disposition a été rédigée pour lever des incertitudes touchant le statut des partisans pendant la Seconde Guerre mondiale³¹.

Pour être considérés comme des combattants conformément à cette disposition, le personnel des SMP/SSP doit remplir deux conditions. Premièrement, le groupe dans son ensemble doit « appartenir » à une partie à un conflit armé international; deuxièmement, il doit satisfaire aux quatre conditions fixées dans le paragraphe 2 de l'article 4, lettre A de la III^e Convention de Genève.

Par le passé, le critère que le groupe « appartienne à une partie au conflit » a été interprété comme exigeant l'autorisation explicite de l'État concerné, mais ceci n'était déjà plus considéré comme nécessaire à l'époque des négociations des Conventions de Genève de 1949. Selon le commentaire de cette disposition, une « liaison de fait » est suffisante, même si elle est fondée sur un

29 III^e Convention de Genève, art. 5.

30 Schmitt parvient à la même conclusion (*op. cit.* (note 23), p. 526).

31 *Commentaire de la III^e Convention de Genève*, *op. cit.* (note 27), pp. 59 et suiv.

accord tacite. Il importe en revanche que les opérations du groupe en question indiquent clairement au service de quelle partie au conflit il combat³².

La nature du lien qui doit exister entre un État partie à un conflit armé et une milice ou un groupe de volontaires pour que les membres de ce dernier soient considérés comme des combattants légitimes a été récemment traitée par le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, qui a considéré qu'il fallait que l'État exerce une autorité sur la milice ou le groupe de volontaires, et qu'il existe « une relation de dépendance et d'allégeance de ces combattants irréguliers vis-à-vis de cette partie au conflit³³ ».

En ce qui concerne les SMP/SSP, il n'y a aucune raison pour laquelle un contrat de prestation de certains services au nom d'un État partie à un conflit ne pourrait pas constituer une telle autorité ou « relation de dépendance », sans nécessairement aller jusqu'à l'allégeance. Toutefois, comme dans le cas du paragraphe 1 de l'article 4, lettre A, seules les sociétés engagées par un État partie à un conflit armé *international*, ou agissant en son nom, pourraient satisfaire à cette exigence, et non celles engagées par un autre acteur opérant dans une situation de conflit armé ou agissant en son nom³⁴.

En outre, la question se pose de savoir si seules les sociétés effectivement engagées pour combattre pourraient remplir ce critère, ou si celles apportant un appui logistique pourraient, pour reprendre les termes du *Commentaire*, être aussi considérées comme « exécutant leurs opérations au service » de cet État. Étant donné que les personnes en question sont considérées comme des « combattants », cette disposition ne couvrirait sans doute que les personnes engagées pour exécuter des activités proches du cœur des opérations militaires. Comme il semble y avoir consensus entre les États – qu'ils aient ou non adopté des règlements à ce sujet³⁵ – sur le fait que les contractants ne doivent pas être employés à de telles activités, il est probable que seule une petite minorité de SMP/SSP remplissent ce critère.

Les sociétés ayant la relation d'affiliation requise avec un État devraient ensuite satisfaire aux quatre conditions citées plus haut : avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; porter ouvertement les armes ; et se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.

Déterminer si ces conditions ont été remplies ne peut se faire qu'au cas par cas. Toutefois, sans entrer dans une discussion détaillée de chaque condition, certains points méritent d'être précisés. Premièrement, l'exigence du commandement par une personne responsable pour ses subordonnés n'exige pas le commandement

32 *Ibid.*, p. 64.

33 TPIY, Chambre d'appel, affaire IT-94-1, *Le procureur c. Dusko Tadić, alias «Dule»*, Judgement on Appeal du 15 juillet 1999, par. 93-94 [notre traduction].

34 Schmitt suggère que les SMP/SSP engagés par une entité privée pour soutenir une partie au conflit pourraient aussi satisfaire à ce critère, mais il ajoute que ce scénario est « un peu tiré par les cheveux ». Schmitt, *op. cit.* (note 23), p. 528.

35 Voir, p. ex., « Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces », United States Department of Defense Instruction N°. 3020.41, 3 octobre 2005, par. 6.1.5, et « Guidance for Determining Workforce Mix », US Department of Defense Instruction N°. 1100.22, 7 septembre 2006.

par un officier militaire³⁶. Le critère est la présence d'une personne qui assume la responsabilité des actes réalisés sur ses ordres. Le but de cette disposition est de garantir la discipline au sein du groupe et le respect du droit international humanitaire. Comme le relève Schmitt, bien que cette clause risque d'exclure des personnes agissant seules ou dans des groupes non structurés, il n'y a aucune raison de penser que les sociétés plus établies seraient dépourvues de la structure de supervision requise³⁷.

D'autre part, si la pratique en Afghanistan et en Irak doit être considérée comme indicative des comportements futurs, la condition qui semble la moins susceptible d'être remplie par le personnel des SMP/SSP est celle du signe distinctif. L'une des plaintes les plus courantes en Afghanistan et en Irak – les deux pays où la présence de SMP/SSP a été à ce jour la plus importante – est que le personnel de ces sociétés est extrêmement difficile à identifier. Leurs employés portent des accoutrements extrêmement divers, allant de tenues militaires de type camouflage – qui, lorsqu'elles s'accompagnent d'armes souvent portées ouvertement par certains contractants, amènent les civils à les confondre avec les membres des forces armées – jusqu'à des habits civils qui les rendent difficiles à distinguer d'autres acteurs non militaires³⁸.

Enfin, l'exigence que les opérations soient menées dans le respect du droit international humanitaire doit être respectée par le groupe dans son ensemble plutôt que par ses membres à titre individuel. Bien que des contractants aient déjà été accusés de graves violations³⁹, aucune société n'a, à ce jour, été accusée de commettre des violations systématiques.

Étant donné ce qui précède, il est probable que seule une faible minorité du personnel des SMP/SSP puisse être considérée comme des combattants au sens du paragraphe 2 de l'article 4, lettre A de la III^e Convention de Genève, à savoir ceux qui sont engagés par un État partie à un conflit armé international pour participer directement aux hostilités et qui répondent aux quatre conditions évoquées plus haut⁴⁰.

On relèvera, pour être complet, que les règles des paragraphes 1 à 3 de l'article 4, lettre A de la III^e Convention de Genève – qui ont pour objet de déterminer qui est membre des forces armées, et par là qui a droit au statut de combattant – ont été complétées par le Protocole additionnel I de 1977⁴¹. Les dispositions pertinentes du Protocole n'apportent cependant pas, dans la pratique, de différence notable en ce qui concerne le statut du personnel des SMP/SSP tel qu'il vient d'être décrit.

36 *Commentaire de la III^e Convention de Genève*, *op. cit.* (note 27), p. 66-67.

37 Schmitt, *op. cit.* (note 23), p. 529.

38 Il est aussi très difficile d'établir une distinction claire entre les employés de diverses sociétés; de ce fait, il est pour ainsi dire impossible, pour des civils qui seraient victimes de leurs activités, de déposer une plainte. Voir, p. ex., «PMSCs in post-conflict situations: A view from the local population in Angola and Afghanistan», exposé de l'organisation non gouvernementale Swisspeace à la réunion d'experts gouvernementaux organisée les 13 et 14 novembre 2006 par le Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse.

39 Voir *Ilham Nassir Ibrahim et al. v. Titan Corporation et al.*, 391 F. Supp. 10 D.D.C. (2005); et *Saleh et al. v. Titan Corporation et al.*, 436 F. Supp. 2d 55 D.D.C. (2006).

40 Cet avis est partagé par Schmitt (*op. cit.* (note 23), p. 531), ainsi que par l'un des experts qui ont participé à la réunion citée plus haut en août 2005. Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), p. 10.

41 Principalement les art. 43 et 44 du Protocole additionnel I.

Civils qui suivent les forces armées

La III^e Convention de Genève prévoit une exception étroite au principe selon lequel seuls les combattants ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. En plus des membres des forces armées et des milices et autres corps de volontaires appartenant à une partie au conflit, cités aux paragraphes 1 et 2 de l'article 4, lettre A de la III^e Convention de Genève, le paragraphe 4 de l'article 4, lettre A cite une autre catégorie de personnes qui ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture:

«les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent, celles-ci étant tenues de leur délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé»⁴².

Le statut juridique des personnes appartenant à cette catégorie est clair: elles ne sont ni des membres des forces armées, ni des combattants⁴³, mais elles ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture.

En revanche, la question de savoir qui peut bénéficier de cette exception n'est pas aussi limpide. La liste des services possibles ci-dessus est indicative, et non exhaustive. Ni les travaux préparatoires concernant cette disposition, ni le *Commentaire*, n'explicitent les limites des activités qui peuvent être effectuées par cette catégorie de personnes⁴⁴. Cependant, le statut de non-combattant des

42 Cette disposition n'est pas une innovation introduite en 1949, mais une répétition, sous une forme légèrement modernisée et avec l'ajout de certaines catégories de personnes (membres civils d'équipages d'avions militaires, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées), de la disposition inscrite à l'art. 81 de la Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre, qui était elle-même fondée sur l'art. 13 du Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Voir aussi l'art. 150 des Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Code Lieber); l'art. 34 du Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre (Bruxelles, 1874), et l'art. 13 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexe à la Convention (II) de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Le par. 4 de l'art. 4, lettre A de la III^e Convention de Genève est l'exception la plus pertinente touchant la question qui nous intéresse. La deuxième exception se trouve au par. 5 du même article; elle concerne les membres des équipages de la marine marchande et les équipages de l'aviation civile.

43 Le par. 1 de l'art. 50 du Protocole additionnel I précise clairement qu'elles sont des civils.

44 Le *Commentaire* se limite à relever que «l'énumération n'a toutefois qu'un caractère indicatif; le texte peut donc viser d'autres catégories de personnes ou de services qui pourraient être admis, dans des conditions analogues, à suivre les forces armées au cours d'un conflit futur.» *Commentaire de la III^e Convention de Genève*, op. cit. (note 27), p. 72. De même, la question des catégories de personnes qui pourraient être couvertes par cette disposition n'a été débattue qu'en termes très généraux lors des négociations. Le Royaume-Uni avait suggéré que l'on supprime l'énumération des personnes couvertes. Voir l'amendement à l'art. 3, daté du 26 avril 1949, proposé par le Royaume-Uni, et reproduit en tant qu'annexe 90 touchant la Convention relative aux prisonniers de guerre, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome III, Département politique fédéral, Berne, 1949, pp. 60 à 62. Voir, au sujet de ces discussions, Howard Levie, «Prisoners of War in International Armed Conflict», *Naval War College International Law Studies*, Vol. 59, 1978, p. 62.

civils qui suivent les forces armées ainsi que la nature des activités énumérées à titre d'exemple (à l'exception des membres civils d'équipage d'avions militaires⁴⁵) semblent indiquer que les rédacteurs concevaient cette catégorie comme n'incluant pas les personnes effectuant des activités revenant à une participation directe aux hostilités.

Deux questions supplémentaires se posent. La première porte surtout sur la procédure: la possession de la carte d'identité citée au paragraphe 4 de l'article 4, lettre A est-elle une condition préalable pour appartenir à cette catégorie de personnes? Et quelle est la nature de l'autorisation qui doit avoir été reçue?

La question de la carte d'identité a été débattue pendant les négociations, et il a finalement été décidé que la possession d'une carte représentait une garantie supplémentaire pour les personnes concernées, mais non une condition indispensable pour se voir accorder le statut de prisonnier de guerre⁴⁶. L'application de la disposition dépendait de l'autorisation de suivre les forces armées, et la carte n'était qu'une preuve de cette autorisation. Cependant, la nature de l'autorisation n'a pas été discutée, et la question n'est pas davantage traitée dans les textes écrits à ce sujet. En ce qui concerne le personnel des SMP/SSP, il est peu probable que l'existence d'un contrat suffirait en soi à constituer une telle autorisation.

Cette question a été discutée en rapport avec les SMP/SSP lors de la réunion d'experts d'août 2005. L'un des experts a exprimé l'avis que les États ne pouvaient pas conférer le statut en question aux contractants qu'ils engageaient simplement en leur délivrant une carte d'identité; il fallait qu'il existe un lien entre le contractant et les forces armées⁴⁷. Il considérait aussi que, bien qu'il soit impossible de déterminer si les mots «qui suivent les forces armées» exigent que les forces armées soient physiquement présentes là où les contractants opèrent, il fallait tout au moins que ces derniers fournissent un service aux forces armées; le simple fait d'exécuter un contrat pour l'État ne suffit pas⁴⁸.

La deuxième question est plus délicate: quel est le statut des civils suivant les forces armées s'ils ont des activités assimilables à une participation directe aux hostilités? Conserveraient-ils leur droit au statut de prisonnier de guerre, ou deviennent-ils des «belligérants non privilégiés» ou des «combattants illégaux» pouvant être jugés pour leur participation aux hostilités?

La question n'a pas été abordée pendant les négociations. L'opinion dominante semble être que, comme les personnes concernées ne sont ni des membres des forces armées ni des combattants⁴⁹, il n'y a aucune raison de les

45 Voir la note 51 plus bas en ce qui concerne le statut de ces personnes.

46 *Commentaire de la III^e Convention de Genève*, op. cit. (note 27), pp. 72 et suiv. Aux stades précédents des négociations, la possession de la carte avait été jugée impérative. Voir, p. ex., *Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre* (Genève, 14-26 avril 1947), CICR, Genève, décembre 1947, p. 115. C'était le reflet de la disposition inscrite à l'art. 13 du Règlement de La Haye de 1907, qui faisait de la possession d'une telle légitimation une condition nécessaire pour se voir accorder le statut de prisonnier de guerre.

47 *Rapport Expert Meeting on Private Military Contractors*, op. cit. (note 12), p. 14.

48 *Ibid.*, p. 15.

49 Protocole additionnel I, par. 1 de l'art. 50.

traiter différemment de toute autre personne civile participant directement aux hostilités⁵⁰. D'aucuns considèrent en effet que la nature des activités énumérées au paragraphe 4 de l'article 4, lettre A – qui, à l'exception notable des membres civils d'équipage d'avions militaires⁵¹, sont clairement des opérations d'appui sans lien direct avec les fonctions de combat des forces armées – manifestent l'existence d'une condition implicite selon laquelle, pour jouir du statut de prisonnier de guerre aux termes de cette disposition, les personnes concernées ne doivent pas participer directement aux hostilités⁵². On retrouve ce point de vue dans certains manuels militaires⁵³.

Cependant, cette conception ne fait pas l'unanimité. Une instruction récente du Département de la défense des États-Unis, en particulier, défend le point de vue opposé, à savoir que si les civils qui suivent les forces armées participent directement aux hostilités, ils conservent néanmoins leur droit au statut de prisonnier de guerre⁵⁴. Cette position reflète la position d'un auteur américain, qui considère que le paragraphe 3 de l'article 51 du Protocole additionnel I ne prive les civils participant directement aux hostilités que des mesures de protection qui leur sont accordées par la section I du Titre IV du Protocole, c'est-à-dire contre les effets des hostilités, mais n'a pas d'effet sur les protections auxquelles ils peuvent avoir droit en vertu des autres titres du protocole, dont, notamment, la section II du Titre IV, qui préserve tout droit qu'une personne peut avoir au statut de prisonnier de guerre en vertu de la III^e Convention de Genève⁵⁵.

50 Voir, p. ex., Knut Ipsen, «Combatants and Non-combatants», dans Dieter Fleck (éd.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, par. 317. Voir aussi le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), p. 14; Heaton, *op. cit.* (note 23), p. 174, et Rafferty Vernon, *op. cit.* (note 23), p. 406.

51 L'inclusion de cette catégorie de personnes, qui sont en réalité susceptibles de participer directement aux hostilités, au par. 4 de l'art. 4, lettre A a amené un auteur à suggérer que «La Troisième Convention de Genève a accordé implicitement aux membres civils d'équipage d'avions militaires le statut de combattants légitimes dans la mesure où ils restent à bord de l'aéronef.» Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War – A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, 1976, p. 310.

52 Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), p. 14, et Ipsen, *op. cit.* (note 50).

53 Voir, par exemple, le manuel militaire du Royaume-Uni: «Les forces armées comptent de plus en plus sur l'appui technique et administratif de personnes civiles. Les civils qui sont autorisés à suivre les forces armées sur le terrain à ce titre demeurent des non-combattants, bien qu'ils aient droit au statut de prisonnier de guerre, *aussi longtemps qu'ils ne participent pas directement aux hostilités*. Ils ne peuvent faire l'objet d'attaques directes. Ils partagent toutefois les dangers de la guerre encourus par les membres des forces armées qu'ils appuient. Ils ne devraient pas porter d'uniforme militaire et ils doivent être porteurs d'une carte d'identité spéciale attestant leur statut. Le droit ne dit pas si les civils dans cette situation peuvent se voir confier des armes. Pour garantir qu'ils conservent leur statut de non-combattants, il convient de ne leur confier que des armes légères, à des fins de légitime défense exclusivement. Il faut garder présent à l'esprit le fait que s'ils portent des armes, ils risquent d'être pris pour des combattants. Par conséquent, il convient d'éviter, autant que faire se peut, de déployer ces civils dans des lieux où ils risqueraient d'être pris sous le feu ennemi ou d'être capturés.» (Souligné par nous.) (*The Manual of the Law of Armed Conflict*, Ministère de la défense du Royaume-Uni, 2004, par. 4.3.7) [note traduction].

54 Voir, p. ex., US Department of Defense Instruction N° 1100.22, *op. cit.* (note 35), note de bas de page 19.

55 Protocole additionnel I, par. 6 de l'art. 44. Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), p. 14.

Sur la base de cette analyse, on peut sans doute conclure que le personnel des SMP/SSP qui fournit des services aux forces armées sans participer directement aux hostilités pourrait tomber dans cette catégorie, à condition d'avoir reçu l'autorisation voulue de la part de l'État en question⁵⁶. La question doit être tranchée au cas par cas, en fonction de la nature des activités effectuées. Si bon nombre des fonctions d'appui effectuées par des contractants pour les forces armées tombent certainement sous le coup du paragraphe 4 de l'article 4, lettre A, il en est aussi de nombreuses autres, en particulier celles qui sont plus proches du cœur des opérations militaires, pour lesquelles tel n'est probablement pas le cas.

Civils

Le personnel des SMP/SSP engagées par des États qui ne tombe dans aucune des quatre catégories mentionnées plus haut – et qui représente probablement une proportion importante, étant donné les nombreuses exigences devant être satisfaites – sont des civils «ordinaires»⁵⁷. Tel est aussi le statut de tous les employés des SMP/SSP présentes dans des situations de conflit armé et engagés par des entités autres que des États: entreprises opérant dans l'État en question, organisations intergouvernementales, organisations non gouvernementales, et – car ce n'est pas impossible – groupes armés organisés participant à un conflit non international.

Cette conclusion peut paraître contredire les images des employés des SMP/SSP diffusées par les médias, montrant des contractants lourdement armés portant des tenues de camouflage. Si cet aspect n'a pas d'incidence sur le statut des personnes concernées, la nature des activités réalisées peut avoir un effet sur leur protection au regard du droit international humanitaire.

Bien que les employés des SMP/SSP ne doivent pas, en tant que civils, être l'objet d'attaques, ils perdent cette immunité s'ils entreprennent des activités qui équivalent à une participation directe aux hostilités, aussi longtemps que dure cette participation. C'est une différence importante entre eux et les combattants, qui peuvent être pris pour cible en tout temps.

La question de la nature des activités qui représentent une «participation directe aux hostilités» est de toute évidence cruciale pour déterminer la protection à laquelle a droit le personnel des SMP/SSP. Bien que cette question soit essentielle pour l'ensemble du droit international humanitaire, puisqu'elle détermine le moment où les civils perdent leur protection contre les attaques, les traités ne contiennent ni définition, ni instruction précise quant à la nature des activités couvertes. Selon le *Commentaire*, il faut entendre par participation

56 La position du Ministère de la défense du Royaume-Uni est qu'il engage des SMP/SSP uniquement pour assumer des fonctions de logistique et d'appui, et qu'il considère tous leurs employés comme des civils suivant les forces armées, aux termes du par. 4 de l'art. 4, lettre A de la III^e Convention de Genève (discussion avec l'auteur).

57 Civils «ordinaires», par opposition à la catégorie spéciale, mentionnée plus haut, des «civils suivant les forces armées».

directe « les actes qui, par leur nature et leur but, sont destinés à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées »⁵⁸. Le fait de fournir vivres et abri aux combattants, ou de manière générale de « sympathiser » avec eux, n'entre pas dans cette catégorie. Entre ces deux cas extrêmes s'étend une grande zone grise⁵⁹.

Le problème de la définition de la participation directe concerne tous les civils, et pas uniquement le personnel des SMP/SSP, et de toute évidence ce sont les mêmes paramètres qui s'appliquent. Une analyse détaillée des diverses activités des SMP/SSP au cours des dernières années, afin d'établir si elles constituent une participation directe aux hostilités, sortirait du cadre du présent article⁶⁰. Deux points, cependant, méritent d'être soulignés.

Premièrement, en réponse à l'argument, souvent avancé, selon lequel les SMP/SSP ne fourniraient que des services *défensifs*, et que de ce fait elles ne participeraient pas directement aux hostilités, il faut relever que le droit international humanitaire ne fait pas de distinction entre opérations offensives et défensives⁶¹. Ainsi, des SMP/SSP ont souvent été engagées en Irak depuis 2003 pour protéger des installations militaires, par exemple des casernes et du matériel. Or, il s'agit là d'objectifs militaires, et le fait de les défendre revient à participer directement aux hostilités. Deuxièmement, même si le personnel des SMP/SSP ne prend pas dans les faits une part directe aux hostilités, il travaille souvent à proximité étroite des membres des forces armées et d'autres objectifs militaires, ce qui l'expose à subir des « dommages incidents » tolérés en cas d'attaque⁶².

La situation en Irak – le contexte où les SMP/SSP sont actuellement les plus visiblement actives – est telle qu'il n'y a guère eu de débat sur le cadre juridique régissant la privation de liberté du personnel de ces sociétés qui ne sont pas des combattants. Or il s'agit là d'un point qui est traité en droit de façon beaucoup plus explicite que la participation directe aux hostilités.

58 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (ci-après « Commentaire des Protocoles additionnels »), 1986, par. 1942. En ce qui concerne les conflits armés non internationaux, le *Commentaire* décrit la notion de participation directe aux hostilités comme impliquant « un rapport de causalité adéquate entre l'acte de participation et son résultat immédiat ». Ibid., par. 4787.

59 Dans une tentative de résoudre les problèmes difficiles que soulève la notion de « participation directe aux hostilités », le CICR a lancé, en coopération avec le TMC Asser Institute, un processus qui vise à préciser ce concept. Quatre réunions officieuses d'experts ont été organisées dans ce cadre sous le titre « La participation directe aux hostilités au regard du droit international humanitaire », à La Haye (2 juin 2003 et 25-26 octobre 2004) et à Genève (23-25 octobre 2005 et 27-28 novembre 2006). Elles ont rassemblé quelque 40 juristes représentant des milieux militaires, gouvernementaux et universitaires, ainsi que des organisations internationales et non gouvernementales. Les rapports des trois réunions tenues à ce jour peuvent être consultés à l'adresse <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl311205>.

60 Voir Schmitt, *op. cit.* (note 23) pour le point de vue d'un auteur sur la question de savoir si le personnel des SMP/SSP peut être considéré comme participant directement aux hostilités.

61 Voir, p. ex., le par. 1 de l'art. 49 du Protocole additionnel I, qui dispose que « L'expression « attaques » s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs. »

62 Ce fait est reconnu, par exemple, dans l'instruction du Département de la défense des États-Unis sur les contractants, citée plus haut, qui dispose entre autres que « le personnel contractant peut encourir des risques de blessure ou de décès incidents aux actes de l'ennemi pendant qu'il appuie d'autres opérations militaires ». US Department of Defense Instruction N°. 3020.41, *op. cit.* (note 35), par. 6.1.1 [notre traduction].

Ces employés n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre ni aux protections de la III^e Convention de Genève. Ceci ne signifie pas qu'ils ne bénéficient d'aucune protection en vertu du droit international humanitaire. S'ils sont détenus en relation avec un conflit armé international, ils bénéficient de la protection de la IV^e Convention de Genève, qui définit des normes minimales en ce qui concerne le traitement et les conditions de privation de liberté, ainsi que des garanties judiciaires minimales qui doivent être respectées dans la procédure pénale. Au cas où la personne concernée ferait partie des exceptions à la IV^e Convention de Genève⁶³, elle aura toujours droit aux garanties fondamentales inscrites dans l'article 75 du Protocole additionnel I et dans les règles coutumières de droit international humanitaire applicables dans les conflits internationaux⁶⁴.

S'ils sont détenus en relation avec un conflit non international, ils bénéficient des mesures de protection accordées par l'article 3 commun aux Conventions de Genève, par le Protocole additionnel II et par les règles coutumières de droit international humanitaire applicables dans les conflits armés non internationaux⁶⁵.

Comme nous l'avons déjà indiqué, les employés des SMP/SSP qui seraient capturés après avoir participé directement aux hostilités, dans un conflit international ou non international, peuvent être poursuivis en application du droit national de l'État qui les détient, pour le simple fait de leur participation aux hostilités.

Les responsabilités au regard du droit international humanitaire du personnel des SMP/SSP et le rôle des sociétés pour encourager le respect de ce droit

La responsabilité des employés

Quel que soit leur statut – combattants, civils suivant les forces armées ou civils «ordinaires» –, les employés des SMP/SSP, à l'instar de toute personne dans un pays touché par un conflit armé, sont liés par le droit international humanitaire et

63 Selon l'al. 1 de l'art. 4 de la IV^e Convention de Genève, toutes les personnes qui, dans une situation de conflit armé international ou d'occupation, se trouvent, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes, sont protégées par la Convention. Les personnes capturées par leur État national ne sont donc *pas* protégées par la Convention. L'al. 2 de l'art. 4 de la IV^e Convention de Genève exclut aussi de sa protection les ressortissants d'un État neutre et les ressortissants d'un État co-belligérant qui se trouvent sur le territoire d'une partie au conflit, aussi longtemps que l'État dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent.

64 L'art. 75 du Protocole additionnel I définit certaines garanties fondamentales pour les personnes en situation de conflit armé international, y compris l'occupation, qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des quatre Conventions de Genève ou du Protocole additionnel I. Ces droits incluent l'interdiction du meurtre, de la torture et d'autres formes de mauvais traitements, ainsi que les garanties minimales d'une procédure régulière.

65 En outre, dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux, les personnes privées de liberté bénéficient d'autres mesures de protection importantes en vertu du droit des droits de l'homme.

peuvent être appelés à répondre de leurs actes au pénal, à titre individuel, pour toute violation grave qu'ils pourraient avoir commise ou ordonné de commettre⁶⁶.

Le personnel des SMP/SSP peut être poursuivi par les tribunaux de divers États, y compris celui où se sont produits les faits incriminés, l'État dont les victimes sont ressortissantes, l'État dont est ressortissant le suspect et l'État de la SMP/SSP qui l'emploie. Les États parties aux Conventions de Genève – et puisque les Conventions sont maintenant universellement ratifiées, ceci est vrai de tous les pays du monde – doivent rechercher et poursuivre ou extraditer les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions graves aux Conventions et (pour les pays l'ayant ratifié) au Protocole additionnel I, y compris, le cas échéant, par l'exercice de la compétence universelle⁶⁷.

En outre, les tribunaux pénaux internationaux peuvent aussi – si leurs critères juridictionnels sont respectés – poursuivre le personnel des SMP/SSP ainsi que leurs responsables. Rien n'empêche qu'ils soient poursuivis, par exemple, par la Cour pénale internationale. À ce jour, cependant, étant donné la conception traditionnelle, selon laquelle les personnes morales n'ont pas de responsabilités au regard du droit international, aucune juridiction internationale ne s'est vu accorder une compétence sur des sociétés⁶⁸.

Malgré l'existence d'obligations juridiques claires et d'un réseau bien établi de tribunaux nationaux potentiellement compétents pour connaître de violations graves du droit international humanitaire, peu de poursuites ont été engagées à ce

66 I^{re} Convention de Genève, art. 49; II^e Convention de Genève, art. 50; III^e Convention de Genève, art. 129; IV^e Convention de Genève, art. 146; Protocole additionnel I, art. 85. La jurisprudence des tribunaux internationaux étaye la position définie dans certains manuels militaires, ainsi que le texte des dispositions des traités qui viennent d'être mentionnées, à savoir que ce ne sont pas seulement les commandants et les supérieurs d'une structure militaire qui peuvent être tenus responsables de violations graves du droit international qu'ils ont ordonné de commettre. Toute personne occupant une position de supérieur qui lui permet de donner des ordres à des subordonnés peut, de la même manière, être tenue pénalement responsable. Pour des exemples de pratiques dans ce domaine, voir: Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. 1: Règles, 2006, règle 152, et la pratique correspondante dans *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II: Practice, 2005, Part 2, pp. 3713-3714.

67 I^{re} Convention de Genève, art. 49; II^e Convention de Genève, art. 50; III^e Convention de Genève, art. 129; IV^e Convention de Genève, art. 146; Protocole additionnel I, art. 85. Les Conventions de Genève exigent des États qu'ils «fassent cesser» les violations du droit international humanitaire qui ne sont pas des infractions graves, mais elles laissent aux États le soin de décider de la marche à suivre. Le degré de compétence accordé aux tribunaux nationaux pour ces violations varie. Les tribunaux de tous les pays sont compétents pour connaître des crimes allégués sur leur territoire, mais il n'y a pas de conception uniforme en ce qui concerne les autres bases de compétence. Certains États ont des bases extrêmement larges en termes de compétence, qui n'exigent aucune relation avec l'infraction, mais la plupart requièrent l'existence d'un lien avec l'infraction pour que la procédure puisse être instituée; en général, la présence sur leur territoire du prévenu ou de la victime. Par ailleurs, les États ont choisi de sanctionner pénalement diverses violations du droit international humanitaire. Certains s'en sont tenus aux infractions graves des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I (c'est-à-dire aux violations graves commises dans des conflits armés internationaux), tandis que d'autres ont aussi défini comme des infractions pénales les violations graves commises dans des conflits armés non internationaux. Pour un examen de la démarche choisie par les divers États, voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. 1: Règles, 2006, ch. 44, et *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II: Practice, 2005, Part 2, pp. 3883-3884.

68 Cette possibilité a été discutée lors des négociations sur le Statut de la Cour pénale internationale, mais n'a finalement pas été retenue. Voir Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006, pp. 244 et suiv.

jour contre des employés de SMP/SSP⁶⁹. Plusieurs facteurs expliquent cet état de fait; certains sont juridiques, d'autres plus pratiques et politiques.

Premièrement, les sociétés et leur personnel peuvent s'être vu accorder l'immunité contre les poursuites par les tribunaux des pays où elles opèrent. Tel est le cas, par exemple, en Irak, où le cadre juridique mis en place par l'Autorité provisoire de la Coalition accorde aux contractants – y compris les sociétés de sécurité privées – l'immunité à l'égard des lois irakiennes et contre les actions en justice⁷⁰. Bien que l'arrêté pertinent ne s'applique pas à toutes les sociétés privées opérant en Irak, il bénéficie à un nombre important d'entre elles, en particulier celles qui fournissent des services aux forces multinationales et aux États qui entretiennent des relations diplomatiques ou consulaires avec l'Irak.

Deuxièmement, il se peut que les tribunaux des pays où opèrent les SMP/SSP – instances devant lesquelles il semble le plus logique d'engager des poursuites – aient cessé de fonctionner à cause du conflit.

Troisièmement, les États tiers, y compris l'État de nationalité de la SMP/SSP concernée ou de ses employés et, lorsqu'il est le client, l'État qui engage la société, peuvent être incapables d'exercer une compétence extraterritoriale sur le personnel de la SMP/SSP, parce qu'ils ne disposent pas de la législation nationale nécessaire. Les États peuvent aussi être réticents, pour des raisons pratiques et politiques, à engager des poursuites pour violations graves du droit international humanitaire commises à l'étranger.

Enfin, même lorsque des États tiers sont en mesure d'engager de telles poursuites et disposés à le faire, ces procédures sont compliquées par le fait que la plupart des preuves et des témoins se trouvent dans le pays où les violations ont été perpétrées.

Tout comme pour déterminer les limites de la participation directe aux hostilités, les difficultés d'amener les coupables de violations graves du droit international

69 On connaît à ce jour un seul cas de poursuite de trois employés d'une SMP/SSP pour prise d'otages et actes de torture, commis alors qu'ils administraient un lieu de détention non autorisé en Afghanistan. Cette affaire n'est cependant pas représentative des problèmes que pose ce secteur d'activité, car Jack Idema, le dirigeant de ce groupe, était plus un chasseur de primes qu'un employé typique d'une SMP/SSP. L'existence même d'une quelconque structure de société ne semble pas avoir été établie, et il agissait apparemment pour son propre compte, et non pour un client quel qu'il soit. Voir, p. ex., Fariba Nawa, *Afghanistan, Inc.*, Corpwatch Investigative Report, 2006, p. 15, que l'on peut consulter à l'adresse <http://www.corpwatch.org/article.php?id=13518>. Les deux affaires dont sont actuellement saisis des tribunaux des États-Unis sont des procédures civiles engagées contre les sociétés et non contre leur personnel. Voir la note 39 ci-dessus.

70 L'arrêté n° 17 de l'Autorité provisoire de la Coalition accorde l'immunité à l'égard des lois et des procédures juridiques irakiennes aux contractants pour les actes accomplis en exécution de contrats ou de contrats de sous-traitance conclus avec l'Autorité ou avec des États qui ont fourni du personnel ou un large éventail d'autres formes d'assistance à l'Autorité provisoire, ou aux forces multinationales en Irak, ou à l'effort international d'aide humanitaire ou de reconstruction, ou aux missions diplomatiques ou consulaires pour la fourniture de biens et de services en Irak aux forces multinationales ou en leur nom; ou à des fins humanitaires, pour des projets de reconstruction ou de développement approuvés ou organisés par l'Autorité ou par un tel État; ou pour les missions diplomatiques consulaires de tels États. Les contrats pour des services de sécurité fournis à de tels États et à leur personnel, ou aux forces multinationales et à leur personnel, leurs consultants et leurs contractants internationaux, sont aussi expressément couverts par l'arrêté. Coalition Provisional Authority Order N° 17 (Revised): Status of the Coalition Provisional Authority, MNFIraq, Certain Missions and Personnel in Iraq, 27 juin 2004. En vertu de l'art. 26 c) de la loi portant administration de l'État irakien pour la période transitoire, datée du 8 mars 2004, cet arrêté reste en vigueur jusqu'à ce qu'il soit abrogé ou amendé par un texte législatif dûment promulgué et ayant force de loi.

humanitaire à répondre de leurs actes sont générales, et ne concernent pas spécifiquement le personnel de SMP/SSP. Il existe, à vrai dire, davantage de voies juridiques pour engager des poursuites contre ces personnes que contre les membres des forces armées, y compris des procédures pénales contre des personnes, et, si elles sont engagées par un État, des procédures contre cet État et peut-être aussi des poursuites pénales ou civiles contre la société.

Il n'existe pas d'obstacles juridiques supplémentaires pour engager des poursuites contre les employés d'une SMP/SSP, mais il reste néanmoins un certain nombre de difficultés pratiques, notamment pour identifier la société pour laquelle travaille une personne donnée.

Qui plus est, s'il existe un certain nombre d'États qui peuvent être compétents pour des violations graves du droit international humanitaire, il n'en va pas de même des «crimes ordinaires» qui ne sont pas liés au conflit armé. En pareil cas, seuls les tribunaux locaux sont compétents, mais, comme nous l'avons déjà vu, il se peut qu'ils ne fonctionnent pas ou que les contractants se soient vu accorder l'immunité. C'est une situation insatisfaisante, tant pour les victimes de ces crimes «moins graves» que pour les États associés aux SMP/SSP, qui sont souvent associés, dans l'esprit de la population locale, aux contractants et perçus comme bénéficiant de l'impunité pour leurs infractions. Afin de remédier à ce problème, le Royaume-Uni, par exemple, envisage d'appliquer son système de «standing court», qui lui permet de juger des civils qui commettent des infractions à l'étranger sur des théâtres d'opérations, à certains contractants⁷¹.

Les États-Unis ont adopté une autre méthode en promulguant en 2000 la loi sur la compétence militaire extraterritoriale (Military Extraterritorial Jurisdiction Act, «MEJA»⁷²), afin d'étendre la compétence pénale fédérale aux civils suivant les forces armées des États-Unis à l'étranger. La compétence est accordée pour des infractions qui auraient été passibles d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an si elles avaient été commises sous la juridiction des États-Unis, à condition qu'aucun pays étranger ne poursuive la même infraction. La MEJA est expressément applicable, entre autres, aux contractants et aux sous-traitants du Département de la défense. Cet élargissement de la compétence était nécessaire pour les «crimes ordinaires» évoqués plus haut, mais non pour les violations graves du droit international humanitaire, pour lesquelles les tribunaux des États-Unis avaient déjà une compétence extraterritoriale en vertu de la loi sur les crimes de guerre⁷³.

71 Rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), pp. 9 et 58-59. La compétence de ces tribunaux serait limitée aux contractants directement engagés par le gouvernement du Royaume-Uni.

72 USC, Chapter 18, 1 3261-3267 (2000). Concernant cette loi, voir, p. ex., Andrew Fallon et Theresa Keene, «Closing the legal loophole? Practical implications of the Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Civilians accompanying the armed forces», *Air Force Law Review*, N° 51, 2001, p. 271; et Joseph Perlak, «The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Implications for contractor personnel», *Military Law Review*, N° 169, p. 92.

73 USC, Chapter 18, 1 2441. La compétence des tribunaux civils des États-Unis sur les «crimes communs» commis par des contractants doit être distinguée de la question de savoir si les contractants peuvent être poursuivis pour avoir manqué d'obéir à des ordres donnés par des membres des forces armées, ce qui pourrait constituer une faiblesse de «commandement et de contrôle» souvent évoquée par les forces armées qui travaillent avec des contractants. Alors qu'un tel comportement, s'il est le fait de membres des forces armées, est passible de sanctions au titre du Code uniforme de justice militaire, les

Pourtant, la MEJA n'a pas réglé tous les problèmes. En particulier, elle ne s'applique qu'aux contractants civils travaillant directement pour le Département de la défense et non à ceux qui travaillent pour d'autres départements ou agences du gouvernement, sans même parler de ceux qui sont engagés par d'autres clients. Les ressortissants du pays hôte sont aussi exclus. Cette loi ne concerne donc qu'une minorité des employés des SMP/SSP.

Le statut des cadres et des dirigeants des sociétés

Outre la responsabilité pénale des employés qui commettent effectivement, ou qui ordonnent de commettre, une violation grave du droit international humanitaire, les cadres, et peut-être les responsables de rang plus élevé des sociétés, peuvent aussi avoir à répondre de leurs actes devant la justice⁷⁴. La responsabilité des supérieurs en cas d'infraction grave au droit international humanitaire est expressément reconnue au paragraphe 2 de l'article 86 du Protocole additionnel I⁷⁵. Elle peut être invoquée si un supérieur savait, ou possédait des informations lui permettant de conclure, qu'un subordonné commettait ou allait commettre une infraction au droit international humanitaire, et n'a pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'infraction⁷⁶.

Cette possibilité d'imputer la responsabilité aux cadres et aux dirigeants des SMP/SSP doit encore être examinée dans la pratique, car elle n'a jamais été appliquée à des supérieurs sans lien avec un État ou un groupe armé organisé. Ceci étant, il semble généralement accepté que le «supérieur» dont il est question peut être un civil, et que la relation requise entre supérieur et subordonné peut être une relation *de facto*, et non fondée sur la loi. La question

contractants ne sont soumis à cette loi et à la compétence des tribunaux militaires qu'en cas de guerre déclarée par le Congrès des États-Unis (*United States v. Averette*, 19 C.M.A. 363 (1970)). Dans toute autre situation, si la société, et l'employé, peuvent être poursuivis pour rupture de contrat, les employés ne peuvent être poursuivis pour avoir manqué d'obéir aux ordres. Les commandants ont exprimé leur préoccupation à cet égard, craignant que, étant donné le recours croissant au secteur privé, cela n'aboutisse à la perte d'une fonction essentielle, comme la maintenance des aéronefs à un moment important. Voir p. ex., sur ce point, Stephen Blizzard, «Increased reliance on contractors on the battlefield: How do we keep from crossing the line?», *Air Force Journal of Logistics*, N° XXVIII, 2004, p. 2. Le champ d'application a été considérablement étendu à la fin de 2006 par une clause du Code uniforme de justice militaire introduite sans que personne ou presque ne le relève dans la législation budgétaire 2007 du Département de la défense. Cette clause étend l'application du Code au-delà des «guerres déclarées», pour inclure aussi les «opérations d'urgence» (Section 552, National Defense to Authorization Act for Fiscal year 2007). Au sujet de cet amendement, voir p. ex. P. Singer, *Law Catches up to Private Militaries*, *Defense Tech*, 4 janvier 2007.

74 Le par. 2 de l'art. 86 du Protocole additionnel I mentionne la possibilité de «responsabilité pénale ou disciplinaire».

75 Il ne s'agissait pas là d'une idée nouvelle; un certain nombre d'actions en justice engagées après la Seconde Guerre mondiale reposaient sur cette même notion de «responsabilité du supérieur» en droit national. *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit. (note 58), par. 3450 et suiv. Voir aussi Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, 2001, pp. 251 et suiv.

76 La notion de responsabilité du supérieur a aussi été reconnue dans le par. 3 de l'art. 7 du statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, dans le par. 3 de l'art. 6 du Tribunal international pour le Rwanda, et dans l'art. 28 du Statut de la Cour pénale internationale. Elle a servi de base à un certain nombre de poursuites devant les deux tribunaux *ad hoc*.

clé est l'autorité sur les actes du subordonné⁷⁷, que l'on peut aussi considérer comme présente au sein d'une SMP/SSP. L'une des limitations significatives est la « gamme » de supérieurs couverts. Selon le *Commentaire*, la disposition est généralement limitée aux supérieurs directs qui ont une responsabilité personnelle concernant les subordonnés placés sous leur autorité⁷⁸. Dans une SMP/SSP, le responsable direct d'un employé serait indubitablement couvert, mais cette responsabilité ne s'étendrait probablement pas aux plus hauts dirigeants de la société. Quoi qu'il en soit, même si la notion de responsabilité des supérieurs ne devait pas s'appliquer *de jure* dans une SMP/SSP, les types d'activité que les supérieurs doivent entreprendre pour empêcher ou réprimer des infractions, et par là ne pas être tenus responsables, peuvent offrir des directives utiles aux sociétés afin d'encourager le respect du droit international humanitaire. Ces activités comprennent à la fois des mesures de prévention – mettre en place des systèmes destinés à empêcher les violations, et veiller à ce qu'ils soient appliqués de manière constante et efficace, par exemple – et des mesures à posteriori, comme enquêter sur toute allégation d'acte illicite et transmettre les conclusions aux autorités compétentes⁷⁹.

Le rôle des sociétés

Comme nous l'indiquions au début de cet article, les sociétés ne sont pas *elles-mêmes* liées par le droit international humanitaire⁸⁰. Il pourrait y avoir une exception à ce principe général si une SMP/SSP pouvait, dans un conflit armé international, être considérée elle-même comme une « partie au conflit » au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ou comme un « groupe armé organisé » au sens du paragraphe 1 de l'article premier du Protocole additionnel II⁸¹. Dans de tels cas, la société aurait exactement les mêmes obligations que toute autre partie non étatique à un conflit armé non international⁸². Ce n'est pas impossible, mais c'est hautement improbable, en particulier parce qu'il faut que la SMP/SSP soit *elle-même* une partie au conflit, et non qu'elle combatte au nom de l'une des parties.

Ceci étant, il est hors de doute que les sociétés ont des responsabilités au regard du droit national. Les personnes morales doivent respecter la législation

77 Voir, p. ex., la pratique citée par Henckaerts et Doswald-Beck, *op. cit.* (note 66), Vol. I: *Règles*, règle 153, et Vol. II, *Practice*, Part 2, pp. 3733 et suiv.

78 *Commentaire des Protocoles additionnels*, *op. cit.* (note 58), par. 3544. L'une des raisons données pour expliquer cette limitation est que le supérieur immédiat est celui qui a le plus de chances d'avoir la connaissance requise de l'infraction (potentielle) donnant lieu à la responsabilité. *Ibid.*

79 *Ibid.*, par. 3548, et Henckaerts et Doswald-Beck, *op. cit.* (note 66), Vol. I: *Règles*, règle 153.

80 Voir Clapham, *op. cit.* (note 68), pour une analyse complète de la nature et de l'étendue des responsabilités des acteurs non étatiques en droit international, dans une optique plus générale, par un des principaux tenants d'une démarche plus inclusive.

81 Une analyse de ces critères sortirait du cadre de cet article, mais on peut se reporter par exemple, pour un examen détaillé, à Liesbeth Zegveld, *Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability*, 2002.

82 L'auteur remercie James Cockayne, membre associé de la International Peace Academy, pour avoir appelé son attention sur ce point.

de l'État où elles opèrent⁸³, y compris (ce qui est particulièrement pertinent pour les SMP/SSP) la législation pénale ainsi que la législation fiscale, les lois touchant l'immigration et le travail, en plus des lois de leur État de nationalité. Le droit national applicable peut aussi imposer des obligations en vertu du droit international humanitaire, qui devient alors contraignant pour les sociétés du fait de son incorporation dans le droit national⁸⁴. Même lorsque tel n'est pas le cas, les actes qui constituent des violations du droit international humanitaire sont souvent aussi des crimes au regard du droit national, et des poursuites peuvent être engagées sur cette base, tant contre le personnel de la société que contre la société elle-même, dans les États qui reconnaissent la responsabilité pénale des personnes morales.

Qui plus est, certaines violations du droit international humanitaire peuvent aussi constituer des délits civils au regard de la législation nationale. Dans un grand nombre de pays de *common law*, par exemple, ils pourraient être considérés comme des actes dommageables (ainsi, la privation illégale de la vie en droit international humanitaire pourrait constituer un meurtre; la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pourraient constituer des coups et blessures volontaires; la privation illégale de liberté pourrait constituer une détention abusive⁸⁵). Les sociétés pourraient de toute évidence être poursuivies pour de tels actes. Les poursuites civiles présentent plusieurs avantages. Premièrement, elles sont instituées par les victimes, et non par un procureur. Deuxièmement, les critères de preuve à respecter sont plus souples que dans une procédure pénale (c'est «la probabilité la plus forte» qui l'emporte, plutôt que «l'intime conviction au-delà de tout doute raisonnable»). Troisièmement, en cas de victoire devant les tribunaux, les «victimes-plaignants» seraient dédommagés aux frais des sociétés. En revanche, l'un des inconvénients est que la compétence extraterritoriale est beaucoup plus rare en matière civile qu'en matière pénale, et de portée beaucoup plus limitée, et que, par conséquent, il pourrait être difficile de trouver une instance compétente, sauf si les poursuites civiles sont intentées dans le pays où ont été commis les actes incriminés⁸⁶.

Les deux affaires intentées à ce jour contre des SMP/SSP, entre autres pour des violations alléguées du droit international humanitaire, sont en réalité des procès civils en application de la loi des États-Unis relative aux demandes de non-ressortissants pour actes dommageables. Cette loi confère aux tribunaux de district des États-Unis la compétence de connaître «de toute action civile intentée

83 À moins qu'elles en aient été exemptées, comme en Irak, par exemple, sur la base de l'arrêté n° 17 de l'Autorité provisoire de la Coalition mentionné plus haut.

84 Voir, p. ex., Emanuela-Chiara Gillard, «Business and human rights obligations: The position with regard to international humanitarian law», *Proceedings of 100th Annual Meeting*, American Society of International Law, 2006, pp. 114 et suiv.

85 Sur ce point, voir p. ex. Jennifer Zerk, «Common law tort liability for corporate participation in international crimes», exposé préparé pour le Expert Legal Panel on Corporate Complicity de la Commission internationale de juristes, 15 septembre 2006; et Craig Scott (éd.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Tort Litigation*, 2001.

86 Voir la discussion de la réunion d'experts d'août 2005 sur ce sujet : rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, op. cit. (note 12), pp. 58 et suiv.

par un ressortissant étranger, uniquement pour un acte dommageable commis en violation du droit des gens ou d'un traité en vigueur aux États-Unis⁸⁷. C'est là une compétence exceptionnellement large pour une juridiction civile, qui pourrait s'appliquer à un très large éventail de violations du droit international, y compris des violations commises hors du territoire américain.

Il existe donc diverses possibilités pour amener des SMP/SSP à répondre de leurs actes devant les tribunaux en droit national. En tout état de cause, les employés des SMP/SSP sont évidemment tenus de respecter le droit international humanitaire; toute violation qu'ils commettraient, voire de simples allégations de violation, pourrait avoir des conséquences néfastes pour les sociétés. Le risque de poursuites judiciaires est le plus évident. Plus largement, des délits graves – ou de simples allégations – risquent de susciter des augmentations de primes d'assurance et une publicité négative, particulièrement néfaste pour des sociétés cotées en bourse, sans oublier le fait qu'une société dont la réputation a été compromise pourrait avoir du mal à obtenir des contrats à l'avenir avec des clients «prudents», tels que les États, les organisations intergouvernementales et les grandes entreprises commerciales⁸⁸.

Il est donc dans l'intérêt des SMP/SSP de prendre des mesures pour encourager leur personnel à respecter le droit international humanitaire. Elles peuvent même être tenues de le faire afin d'éviter que soit mise en cause la responsabilité des supérieurs, au cas où des violations graves seraient commises.

Bien qu'aucun traité ne spécifie les mesures que peuvent prendre les sociétés à cet effet, les dispositions prises par les États pour assurer le respect du droit par les membres de leurs forces armées peuvent, par analogie, donner quelques indications. Il semble tenu pour acquis que les éléments suivants représentent un minimum nécessaire.

Premièrement, le recrutement de personnel doit comprendre des mesures de vérification, afin d'écarter toute personne qui aurait commis des violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme, ou qui aurait été associée à des forces ou des groupes armés connus pour leurs agissements illégaux.

Deuxièmement, les sociétés doivent dispenser à leurs employés une formation en droit international humanitaire, à la fois en termes généraux et en ce qui concerne spécifiquement les tâches à accomplir. Les sociétés ne doivent pas se contenter de la formation que leurs collaborateurs pourraient avoir reçue dans leurs emplois précédents au sein des forces armées, car leur statut, leurs tâches, et par conséquent leurs obligations, en tant que contractants privés, sont très différentes.

Troisièmement, le personnel doit recevoir des modalités opératoires types et des règles d'engagement conformes aux obligations qui lui incombent en vertu du droit international humanitaire et du droit local applicable.

87 USC, N° 28, par. 1350 [notre traduction]. Pour plus d'informations sur ces affaires, voir la note 39 ci-dessus.

88 Sur ce dernier point, voir Spear, *op. cit.* (note 2), p. 44.

Quatrièmement, les sociétés doivent mettre en place des mécanismes permettant d'enquêter sur toute allégation de violation, et d'assurer la transparence, entre autres par la communication des résultats de ces enquêtes aux autorités compétentes de l'État aux fins de poursuites judiciaires.

Étant donné, cependant, l'incertitude qui entoure la notion de « responsabilité du supérieur » au sein d'une société, et l'absence de mécanismes disciplinaires internes aussi perfectionnés et complets que ceux des forces armées (dont la justice militaire), des doutes ont été exprimés sur la question de savoir si les mesures d'encouragement et les outils à disposition des SMP/SSP pour encourager le respect du droit par leur personnel pourront jamais être aussi efficaces que ceux des forces armées.

Les codes de bonne conduite

Il convient, en dernier lieu, de mentionner les codes volontaires de bonne conduite, parfois cités par les sociétés et par certains auteurs comme s'ils étaient l'unique source d'obligations pour les SMP/SSP.

Une démarche « volontaire » peut être appropriée en matière de droits de l'homme. En effet, exception faite de certaines violations graves reconnues comme des crimes sur le plan international (comme la torture), le droit des droits de l'homme est contraignant pour les États et pour leurs agents, mais non pour des entités ou des personnes privées, comme les SMP/SSP et leur personnel⁸⁹.

Il en va tout autrement en droit international humanitaire. Comme nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises, le personnel des SMP/SSP est bel et bien lié par ce droit. Il n'est donc pas possible pour les sociétés de déterminer librement leur comportement, ou celui de leur personnel, dans les domaines régis par le droit international humanitaire. Le rôle des codes de bonne conduite adoptés par des entreprises ou par des associations commerciales, comme la *British Association of Private Security Companies* ou la *International Peace Associations Organization*, doit donc être compris dans ce contexte. En ce qui concerne les questions régies par le droit international, ces codes peuvent décrire des pratiques optimales garantissant que les sociétés et leur personnel s'acquittent de leurs obligations au regard du droit international humanitaire, mais en aucun cas ces codes ne peuvent être l'occasion pour les sociétés d'indiquer, en termes non contraignants et généralement très vagues, quel sera leur comportement.

Les responsabilités des États qui engagent des SMP/SSP

Les discussions sur le cadre juridique applicable aux SMP/SSP éludent parfois le fait que lorsque des sociétés sont engagées par des États, ces derniers ont des

89 Voir Gillard, *op. cit.* (note 84), p. 115. Pour un point de vue différent sur la question, voir Clapham, *op. cit.* (note 68).

obligations importantes, indépendamment de celles des employés de ces sociétés, que nous avons évoquées plus haut. Dans de telles circonstances, les États ont un rôle important à jouer pour favoriser le respect du droit international humanitaire.

Certains aspects ou certaines conséquences de cette responsabilité parallèle sont expressément mentionnés dans les traités de droit international humanitaire, mais les dispositions pertinentes sont, le plus souvent, une expression spécifique des règles générales relatives à la responsabilité des États au regard du droit international public pour les actes de leurs agents⁹⁰.

Les États ne peuvent se dégager de leurs obligations au regard du droit international humanitaire en engageant des SMP/SSP

De manière générale, le droit international humanitaire n'interdit pas aux États d'engager des SMP/SSP pour effectuer certaines activités. Il est évident, cependant, qu'en pareil cas, ils demeurent tenus de remplir leurs obligations au regard de ce droit. Si la société ne remplit pas les obligations des États, ces derniers ne sont pas pour autant libérés de leur responsabilité de satisfaire aux normes fixées dans les traités pertinents.

Les III^e et IV^e Conventions de Genève contiennent des exceptions de portée limitée à ce principe général, dans la mesure où elles exigent que les camps de prisonniers de guerre et les lieux d'internement des personnes protégées soient placés sous l'autorité directe d'un « officier responsable » ou d'un « officier ou fonctionnaire responsable, choisi dans les forces militaires régulières ou dans les cadres de l'administration civile régulière de la Puissance détentrice », respectivement⁹¹. Toutefois, aussi longtemps que ce contrôle et cette responsabilité généraux sont assurés, rien n'interdit à un État d'engager une SMP/SSP pour administrer de tels lieux de détention.

Supposons par exemple qu'une société soit engagée pour administrer un camp de prisonniers de guerre. L'État détenteur reste tenu de veiller à ce que les normes d'internement et de traitement fixées dans la III^e Convention de Genève soient respectées, et il ne peut échapper à ses responsabilités en invoquant le fait qu'il recourt aux services d'une SMP/SSP pour administrer le camp⁹².

Les États peuvent cependant souhaiter, pour diverses raisons, limiter les types d'activités pouvant être effectuées par des sociétés. Ces limitations peuvent être appliquées de manière ponctuelle ou conformément à des règlements qui définissent formellement les limites des activités qu'il est possible de sous-traiter. Ainsi, le Département de la défense des États-Unis, qui table sur un soutien important du secteur privé, a

90 Un grand nombre de ces principes s'appliquent aussi, par analogie, aux obligations en matière de droits de l'homme. Voir, p. ex., Droege, *op. cit.* (note 13), et Hampson, *op. cit.* (note 13).

91 III^e Convention de Genève, art. 39, et IV^e Convention de Genève, art. 99.

92 Voir, p. ex., l'al. 1 de l'art. 12 de la III^e Convention de Genève, qui dispose que: « Les prisonniers de guerre sont au pouvoir de la Puissance ennemie, mais non des individus ou des corps de troupe qui les ont fait prisonniers. Indépendamment des responsabilités individuelles qui peuvent exister, la Puissance détentrice est responsable du traitement qui leur est appliqué. »

adopté récemment une instruction qui précise, entre autres, quelles sont les activités pouvant être sous-traitées et quelles sont celles qui ne peuvent être réalisées que par des membres des forces armées ou par des employés civils du Département de la défense⁹³. Le principe sous-jacent, qui est fondé sur le droit administratif général des États-Unis, est que les fonctions et tâches qui sont «de nature intrinsèquement gouvernementale» ne peuvent être sous-traitées, et doivent être réalisées exclusivement par le personnel civil ou militaire du Département de la défense⁹⁴.

Sans entrer dans le détail du texte de cette instruction, il vaut la peine de s'arrêter sur certaines activités particulièrement pertinentes du point de vue du droit international humanitaire. Ainsi, la «maîtrise opérationnelle des forces militaires» est-elle une tâche intrinsèquement gouvernementale⁹⁵, de même que les «opérations de combat», ce qui a pour conséquence que seuls des membres des forces armées peuvent participer directement aux hostilités⁹⁶. En revanche, les «conseils techniques sur le fonctionnement de systèmes d'armement ou autres mesures d'appui, n'impliquant pas l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, fournis à l'appui des opérations de combat» sont exclus, et peuvent donc être offerts par des acteurs privés⁹⁷.

Les services de sécurité destinés à protéger des ressources (personnes, informations, matériel et fournitures) dans des zones hostiles sont «intrinsèquement gouvernementaux» s'ils «englobent des situations internationales imprévisibles ou des situations à haut risque échappant à toute maîtrise, dans lesquelles le succès dépend de la manière dont sont gérées les opérations⁹⁸». Il en est par exemple ainsi des situations qui exigent une démonstration de force militaire ou des activités d'appui direct aux combats (par exemple la surveillance de la circulation sur le champ de bataille et la sécurité de zone), ou qui se déroulent contre une «organisation militaire ou paramilitaire dont les capacités sont si perfectionnées que seules les forces militaires peuvent fournir une défense appropriée⁹⁹». En revanche, le secteur privé peut fournir des services

93 US Department of Defence Instruction N° 1100.22, *op. cit.* (note 35).

94 *Ibid.*, par. 4.1. On trouve la même disposition dans l'instruction n° 3020.41 du Département de la défense des États-Unis (*op. cit.* (note 35)). En termes généraux, selon l'instruction n° 1100.22, les fonctions «intrinsèquement gouvernementales» comprennent: «les activités qui exigent, soit de faire usage d'un pouvoir d'appréciation en exerçant l'autorité du gouvernement fédéral, ou de porter des jugements de valeur en prenant des décisions au nom du gouvernement fédéral» [notre traduction].

95 US Department of Defence Instruction N° 1100.22, Enclosure 2, Manpower Mix Criteria, par. E2.1.1.

96 *Ibid.*, par. E2.1.3 et E2.1.3.3. La raison donnée est la suivante: «Seules les forces militaires offrent les autorités et les contrôles appropriés (autorité du commandement, autorité du [Code uniforme de justice militaire] et pouvoir discrétionnaire), la discipline, les armes, le matériel et l'organisation nécessaires pour exécuter des missions de combat au nom des États-Unis. Si des opérations de combat étaient réalisées par des contractants du secteur privé, cela représenterait un renoncement malencontreux à l'autorité souveraine du gouvernement des États-Unis.» [Notre traduction].

97 *Ibid.*, par. E2.1.3.3.2 [notre traduction]. Autres éléments «intrinsèquement gouvernementaux», l'«autorité du Code uniforme de justice militaire», c'est-à-dire le pouvoir d'arrêter ou de priver de liberté les membres des forces armées et les civils qui suivent les forces armées durant une guerre déclarée s'ils sont soupçonnés de violation du Code uniforme de justice militaire (par. E2.1.2.1) et la discipline militaire ainsi que le pouvoir de décision discrétionnaire (par. E2.1.2.2).

98 *Ibid.*, par. E2.1.4.1.

99 *Ibid.*, par. E2.1.4.1.2 et E2.1.4.1.3 [notre traduction].

de sécurité qui ne comportent pas « l'exercice d'un pouvoir d'appréciation important, comme la sûreté dans des bâtiments situés à l'intérieur d'enceintes sécurisées dans des environnements hostiles¹⁰⁰ ».

Enfin, le traitement, le transfert, la détention et l'interrogatoire de prisonniers de guerre, d'internés civils et d'autres personnes privées de liberté sont des fonctions intrinsèquement gouvernementales¹⁰¹. Toutefois, lorsqu'une sécurité suffisante est assurée, « des contractants dûment formés et approuvés » peuvent être engagés dans des opérations de ce type en qualité de linguistes, d'interprètes et de rédacteurs de rapports, à condition que « leur travail soit dûment vérifié par un nombre suffisant de fonctionnaires gouvernementaux ayant reçu la formation nécessaire¹⁰² ».

À l'intérieur de cette catégorie d'opérations importante, on mentionne spécifiquement en premier lieu « la direction et le contrôle des opérations de renseignement en zone hostile », activité intrinsèquement gouvernementale. Des contractants dûment formés peuvent cependant être employés pour rédiger des plans d'interrogatoire et pour mener des interrogatoires approuvés par le gouvernement, à condition d'être correctement supervisés et étroitement surveillés¹⁰³. En second lieu, on trouve une référence à la « direction et [au] contrôle des installations de détention » pour prisonniers de guerre, internés civils et autres personnes privées de leur liberté dans les zones d'opération, tâches qui doivent être effectuées par du personnel militaire¹⁰⁴.

Les États doivent faire respecter le droit international humanitaire par les SMP/SSP qu'ils engagent

Dans l'article premier commun aux Conventions de Genève, les États se sont engagés à respecter et à faire respecter le droit international humanitaire¹⁰⁵. Cet engagement exige entre autres que les États prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que leurs forces armées respectent le droit. Elles peuvent le faire par des mesures de préparation, y compris la diffusion de connaissances sur le droit international humanitaire au sein de leurs forces armées, mais aussi en supervisant la mise en œuvre de leurs obligations, par exemple en surveillant l'exécution des ordres et des instructions donnés aux autorités militaires¹⁰⁶. Dans la mesure où les employés des SMP/SSP peuvent être considérés comme des membres des forces armées, sur la base de l'analyse ci-dessus, ils doivent eux aussi bénéficier de telles mesures.

Cette obligation ne se limite pas aux forces armées de l'État; elle s'étend aux autres personnes qui agissent en son nom ou sous sa direction et son autorité.

100 *Ibid.*, par. E2.1.4.1.5 et E2.1.4.1.5.1 [notre traduction].

101 *Ibid.*, par. E2.1.6.

102 *Id.* [notre traduction].

103 *Ibid.*, par. E2.1.6.2.

104 *Ibid.*, par. E2.1.6.4 [notre traduction].

105 Le par. 1 de l'art. premier du Protocole additionnel I réitère cet engagement.

106 Commentaire de la III^e Convention de Genève, op. cit. (note 27), p. 24; *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit. (note 58), par. 41.

Ces personnes peuvent de toute évidence inclure aussi les employés des SMP/SSP engagées par un État qui ne sont pas membres des forces armées.

Quelles sont les mesures qu'un État peut prendre pour remplir cette obligation de faire respecter le droit international humanitaire? Les traités formulent spécifiquement certaines mesures qui doivent être prises eu égard aux personnes qui ne sont pas membres des forces armées. On peut en suggérer d'autres, sur la base de celles qui doivent être prises par rapport aux forces armées.

Premièrement, l'une des conditions préalables au respect du droit est la connaissance de ses dispositions. Les employés des SMP/SSP engagées par des États doivent donc recevoir une formation appropriée en droit international humanitaire¹⁰⁷. Cette exigence est expressément formulée dans les Conventions de Genève pour les personnes qui assument certaines responsabilités, notamment à l'égard des prisonniers de guerre¹⁰⁸ et des personnes protégées en vertu de la IV^e Convention de Genève¹⁰⁹.

Si la formation en droit international humanitaire est donc indubitablement obligatoire pour les personnes qui assument des responsabilités à l'égard des personnes protégées par ce droit, les Conventions sont muettes sur la question de savoir qui doit dispenser cette formation. Par conséquent, lorsque des SMP/SSP sont engagées par des États, soit le client peut fournir une telle formation, ou une exigence de formation peut être inscrite dans le contrat, à charge pour la société de veiller à ce que cette condition soit remplie. Ainsi, une directive adoptée en 2006 par le Département de la défense des États-Unis a choisi la deuxième voie, en imposant que les cahiers des charges des contractants engagés par le Département « exigent des contractants qu'ils instituent et mettent en œuvre des programmes efficaces pour prévenir les violations du droit de la guerre par leurs employés et leurs sous-traitants, y compris la formation et la diffusion touchant le droit de la guerre¹¹⁰ ».

107 Le par. 2 de l'art. 87 du Protocole additionnel I exige des commandants qu'ils s'assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions de Genève et du Protocole. Les employés des SMP/SSP pouvant être considérés comme des membres des forces armées seraient de toute évidence concernés par cette disposition.

108 L'art. 127 de la III^e Convention de Genève stipule que: «Les autorités militaires *ou autres* qui, en temps de guerre, assumeraient des responsabilités à l'égard des prisonniers de guerre, devront posséder le texte de la Convention et être instruites spécialement de ses dispositions.» (Souligné par nous.) Il convient aussi de citer l'art. 39 de la Convention, qui exige que l'officier responsable d'un camp de prisonniers de guerre veille à ce que les dispositions de la Convention soient connues du personnel du camp. Ce personnel peut de toute évidence inclure des employés de SMP/SSP.

109 L'art. 144 de la IV^e Convention de Genève dispose que: «Les autorités civiles, militaires, de police *ou autres* qui, en temps de guerre, assumeraient des responsabilités à l'égard des personnes protégées, devront posséder le texte de la Convention et être instruites spécialement de ses dispositions.» (Souligné par nous.) L'art. 99 de la Convention est pertinent lui aussi; il stipule que: «Le personnel de surveillance sera instruit des dispositions de la présente Convention et des règlements ayant pour objet son application.» On trouve une exigence plus générale de formation au par. 2 de l'art. 83 du Protocole additionnel I, qui dispose: «Les autorités militaires ou civiles qui, en période de conflit armé, assumeraient des responsabilités dans l'application des Conventions [de Genève] et du présent Protocole devront avoir une pleine connaissance du texte de ces instruments.»

110 «DoD Law of War Program», US Department of Defence Directive N°. 2311.01E, 9 mai 2006, par. 5.7.4.

Deuxièmement, les employés des SMP/SSP doivent recevoir des instructions conformes à leurs obligations découlant du droit international humanitaire¹¹¹. L'État qui engage la société peut soit fournir lui-même de telles « règles d'engagement » ou « modalités opératoires types », ou exiger de la société qu'elle les fournisse.

Troisièmement, afin de contrôler l'exécution de ses instructions, l'État qui engage la société devrait mener une sorte de suivi des activités par lesquelles la SMP/SSP s'acquitte des tâches qui lui ont été confiées. Cette supervision a entre autres pour objet de permettre d'enquêter sans retard sur toute allégation de comportement illicite, conformément à l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire¹¹².

À titre d'exemple dans ce domaine, la directive citée plus haut du Département de la défense des États-Unis exige de tous les employés, militaires et civils, des États-Unis, mais aussi du personnel contractant et des sous-traitants affectés à une composante du Département de la défense ou l'accompagnant, qu'ils signalent toute violation possible, soupçonnée ou alléguée du droit international humanitaire, pour qu'elle fasse l'objet d'une enquête. En outre, elle exige que cette obligation de signalement figure dans les contrats passés avec des sociétés¹¹³.

Les États sont responsables des violations du droit international humanitaire commises par les employés des SMP/SSP qu'ils engagent et qui peuvent leur être attribuées

Divers acteurs peuvent encourir une responsabilité juridique pour la même violation du droit international humanitaire. Outre la responsabilité pénale individuelle des employés des SMP/SSP pour les crimes de guerre – et l'éventuelle responsabilité de la société au regard du droit national –, l'État qui a engagé la société peut aussi être responsable de la violation si elle peut lui être attribuée¹¹⁴.

Les règles de droit international public relatives à la responsabilité des États ont récemment été reformulées par la Commission du droit international dans ses

111 Le par. 2 de l'art. 80 du Protocole additionnel I exige des États qu'ils donnent des ordres et des instructions propres à assurer le respect des quatre Conventions de Genève et du Protocole, et en surveillent l'exécution.

112 *Ibid.* En outre, le par. 1 de l'art. 87 exige des commandants qu'ils empêchent que soient commises des infractions aux Conventions de Genève et au Protocole et, au besoin, qu'ils les répriment et les dénoncent aux autorités compétentes. Cette obligation existe à la fois à l'égard des membres des forces armées placés sous leur commandement et à l'égard des « autres personnes sous leur autorité ». Cette expression a été interprétée de manière très large comme incluant, par exemple, la population civile dans un territoire occupé. (*Commentaire des Protocoles additionnels, op. cit.* (note 58), par. 3555). Il n'y a, semble-t-il, aucune raison que cette obligation n'existe pas aussi par rapport aux employés des SMP/SSP engagées par les forces armées ou autrement placées sous leur autorité, même si elles ne font pas partie de leur structure hiérarchique officielle.

113 US Department of Defence Directive N° 2311.01E, *op. cit.* (note 110), par. 6.3.

114 Alors que la responsabilité pénale individuelle n'existe, sur le plan international, que pour les crimes de guerre et pour certaines violations très graves des droits de l'homme, les États peuvent être tenus responsables de toute violation du droit international.

articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹¹⁵. Les projets d'articles qui sont particulièrement pertinents en l'occurrence sont les projets d'articles 4, 5, 7 et 8, qui définissent certains des critères permettant d'attribuer un acte illicite à un État.

Une analyse détaillée des règles d'attribution des actes aux États sortirait du cadre du présent article; on s'en tiendra ici à quelques remarques de portée générale. La question de savoir si un État peut être considéré responsable de violations du droit international humanitaire commises par le personnel d'un SMP/SSP qu'il a engagée n'a pas de réponse univoque. Cela dépend essentiellement du statut des personnes concernées et de la base sur laquelle ont été exécutées les opérations en question¹¹⁶.

Si les employés des SMP/SSP peuvent, en fonction des critères évoqués plus haut, être considérés comme des membres des forces armées de l'État, alors leurs actes sont ceux d'«un organe» de l'État, et ils sont par conséquent attribuables à l'État qui a engagé la SMP/SSP, sur la base du projet d'article 4, qui dispose (au paragraphe 1) que:

«Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État¹¹⁷.»

La responsabilité de l'État pour les violations du droit international humanitaire commises par des employés des SMP/SSP qui ne sont pas membres des forces armées (c'est-à-dire les civils suivant les forces armées et les civils «ordinaires») est plus difficile à établir. L'une des bases possibles pourrait être le projet d'article 5, qui traite du comportement des personnes ou d'entités qui exercent des éléments de l'autorité gouvernementale et qui dispose que:

«Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.»

115 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international, reproduit dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 53^e session, 23 avril – 1^{er} juin et 2 juillet – 10 août 2001, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquante-sixième session, supplément n° 10* (doc. Nations Unies A/56/10), 2001, chapitre IV.E.1. Le Projet d'articles en discussion est considéré, de l'avis général, comme reflétant les règles de droit coutumier sur ce sujet.

116 La base et l'étendue de la responsabilité de l'État à l'égard des SMP/SSP a fait l'objet de longs débats lors de la réunion d'experts qui s'est déroulée en 2005 à Genève. Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12).

117 Le commentaire de ce projet d'article indique qu'aucune distinction n'est établie entre les faits des «supérieurs hiérarchiques» et des «subordonnés» aux fins de l'attribution; ainsi, le fait qu'il est peu probable que des employés de SMP/SSP occupent des postes élevés au sein des forces armées n'exclut pas la responsabilité de l'État. (Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *op. cit.* (note 115), p. 92.)

À première vue, cette disposition semble s'appliquer à une proportion considérable d'activités des SMP/SSP à l'égard desquelles le droit international humanitaire est pertinent; en effet, les opérations liées aux combats en temps de guerre et les détentions qui leur sont associées semblent intuitivement correspondre à la notion de «prérogatives de puissance publique»¹¹⁸. Cependant, l'exigence que l'entité soit «habilitée par le droit de cet État» limite considérablement la portée de la disposition. Le commentaire précise que le projet d'article 5 ne couvre que la conduite des entités «habilité[e]s par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique», ce qui le distingue du cas des entités qui agissent sous la direction ou le contrôle de l'État de manière plus générale.

L'existence d'un contrat entre l'État et la société n'est visiblement pas suffisante en soi pour que l'État se trouve couvert par la disposition. La question de savoir dans quelle mesure le droit interne doit être spécifique n'est toutefois pas parfaitement claire. Faut-il identifier nommément les fonctions déléguées, ainsi que la manière dont elles doivent être réalisées? La société doit-elle être spécifiquement désignée, ou suffit-il de formuler des critères que les sociétés doivent respecter pour effectuer l'activité en question? Des instruments définissant les types d'activités qui peuvent être déléguées, ainsi que des indications générales pour leur exécution et leur suivi, comme les directives du Département de la défense des États-Unis sur les contractants et la combinaison de main-d'œuvre, sont-ils suffisants? Il n'y a pas de réponse univoque à ces questions.

Une dernière base possible pour l'attribution est le projet d'article 8, qui traite du comportement sous la direction ou le contrôle de l'État, et qui stipule que:

«Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.»

À première vue, cette disposition semble aussi concerner la situation d'un grand nombre de SMP/SSP, puisque, à condition d'être suffisamment détaillé, le contrat pourrait être considéré comme une forme d'«instructions», ou suffire à placer la société sous la direction et le contrôle de l'État qui l'a engagée. Toutefois, comme pour le projet d'article 5, une lecture plus attentive montre que la disposition est de portée assez étroite. Il ressort clairement du

118 Le commentaire du projet d'art. 5 cite en exemple le recours à des sociétés de sécurité privées pour assurer des fonctions de gardien de prison, qui, en cette qualité, exerceraient des prérogatives de puissance publique comportant par exemple un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire, ainsi que le cas de compagnies aériennes qui peuvent se voir déléguer certains pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine. (Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *op. cit.* (note 115), p. 97.) Les activités qui pourraient être considérées comme exercice d'une «puissance publique» ont fait l'objet de longs débats lors de la réunion d'experts. Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), pp. 16 à 18.

libellé de l'article («en adoptant ce comportement») ainsi que du commentaire que cette disposition ne couvre pas les actes illicites commis alors que la société appliquait des instructions de l'État ou agissait sous sa direction et son contrôle. En effet, «les instructions, les directives ou le contrôle doivent être en rapport avec le comportement qui est censé avoir constitué un fait internationalement illicite¹¹⁹». La responsabilité de l'État n'est donc établie, aux termes du projet d'article 8, que si l'État a donné instruction à la société de commettre des violations du droit international humanitaire, mais pas si elle a engagé la société pour réaliser une activité licite et si les employés, en exécutant le contrat, ont violé la loi.

Le projet d'article 7 formule la règle générale selon laquelle la responsabilité de l'État est engagée pour toutes les violations du droit international commises par les organes de l'État ou par les personnes habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique dans l'exercice de leurs fonctions officielles, y compris lorsqu'ils outrepassent leurs compétences¹²⁰. Il n'existe toutefois pas de telle responsabilité générale en ce qui concerne les actes commis par des personnes qui outrepassent leurs compétences alors qu'elles agissent sur instruction de l'État ou sous sa direction ou son contrôle.

Il ressort donc de tout cela qu'un État n'est pas automatiquement responsable des violations du droit international humanitaire commises par le personnel d'une société qu'il a engagée. Pourtant, des situations dans lesquelles les actes de contractants ne peuvent être attribués à un État peuvent néanmoins engager la responsabilité directe de l'État pour ses propres violations du droit. Cette responsabilité peut être engagée parce que l'État a manqué à ses obligations au regard du droit international humanitaire, ou parce qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour garantir le respect du droit.

Enfin, tout comme pour la responsabilité pénale individuelle pour les crimes de guerre, si cette responsabilité des États est bien établie en droit, elle est souvent difficile à faire reconnaître dans la pratique. Les procédures devant les tribunaux internationaux sont rares, notamment parce qu'il est difficile de trouver une juridiction compétente, alors que les procédures devant les tribunaux nationaux sont souvent entravées par des assertions d'immunité souveraine ou par le fait que le droit international humanitaire n'est pas directement applicable dans certains États.

La responsabilité des supérieurs

Outre la responsabilité potentielle de l'État, les violations du droit international humanitaire commises par le personnel des SMP/SSP engagées par des États pourraient aussi entraîner la responsabilité des commandants des forces

119 Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *op. cit.* (note 115), p. 114.

120 L'art. 91 du Protocole additionnel I réaffirme spécifiquement cette règle en ce qui concerne les violations du droit international humanitaire commises par les personnes faisant partie des forces armées.

armées et des représentants de l'État sur la base du principe de la responsabilité des supérieurs.

Cette notion a été évoquée plus haut en rapport avec la responsabilité éventuelle des dirigeants et de l'encadrement de la société à l'égard des actes de leurs employés. Si le degré nécessaire de contrôle des actes des subordonnés est établi – et il convient de rappeler que la responsabilité se limite généralement aux supérieurs directs ayant une responsabilité personnelle à l'égard des subordonnés placés sous leur commandement –, la responsabilité pourrait être invoquée en théorie aussi bien pour un commandant militaire, si la société a été engagée pour assister les forces armées, que pour un fonctionnaire civil dans d'autres circonstances. Toutefois, à moins qu'ils puissent être considérés comme des membres des forces armées, auquel cas la responsabilité du commandement sera établie de la manière habituelle, le plus souvent les employés des SMP/SSP reçoivent des instructions des dirigeants de la société et non de membres des forces armées ou de responsables de l'État qui les a engagés. Qui plus est, ce sont en général les sociétés qui sont responsables de la discipline des employés¹²¹. Il est donc peu probable que les représentants de l'État exercent le degré de contrôle nécessaire sur les actes des employés des SMP/SSP pour que la responsabilité des supérieurs puisse être invoquée.

Les États doivent enquêter sur les crimes de guerre allégués du personnel des SMP/SSP qu'ils ont engagés, et, si nécessaire, les poursuivre

Comme nous l'avons vu plus haut, les Conventions de Genève exigent des États qu'ils prennent les mesures nécessaires pour faire cesser tous les actes contraires aux Conventions et pour rechercher et faire comparaître devant leurs tribunaux, ou extradier, les personnes suspectées d'avoir commis des infractions graves. Cette obligation existe pour toutes les personnes, et elle s'applique à fortiori aux personnes engagées par un État. Les États doivent donc veiller à disposer des mécanismes et de la législation nécessaires pour enquêter, et si nécessaire pour poursuivre les employés des SMP/SSP qu'ils ont engagés, au cas où ces personnes viendraient à commettre des violations graves du droit international humanitaire.

Les responsabilités et les rôles des autres États

Nous avons traité, dans le chapitre précédent, des obligations des États qui engagent des SMP/SSP. Ils ont des responsabilités claires et directes. Cependant, les autres États ont aussi un rôle à jouer pour encourager le personnel des SMP/SSP intervenant dans des situations de conflit armé à respecter le droit international humanitaire.

121 L'instruction du Département de la défense des États-Unis relative aux contractants attribue expressément aux sociétés la responsabilité de veiller à ce que leurs employés agissent dans le respect du contrat et respectent les ordres donnés sur le théâtre d'opérations ainsi que les directives, lois et règlements applicables. Elles sont aussi responsables du maintien de la discipline parmi leurs employés. US Department of Defence Instruction N°. 3020.41, *op. cit.* (note 35), par. 6.3.3.

Le devoir de réprimer les infractions graves

Comme nous l'avons indiqué plus haut, *tous* les États ont le devoir de rechercher et de poursuivre ou d'extrader les personnes soupçonnées de crimes de guerre. Par conséquent, tous les États sont responsables de poursuivre en justice les employés des SMP/SSP soupçonnés d'avoir commis de graves violations du droit international humanitaire.

De toute évidence, certains États sont plus appropriés que d'autres pour engager des poursuites, car ils sont liés à la violation commise. Il en est notamment ainsi de l'État où la violation alléguée aurait été commise; de l'État dont sont ressortissantes les victimes ou, si ce n'est pas le même, de l'État où elles se trouvent; de l'État de nationalité des supposés coupables; et enfin, éventuellement, de l'État de nationalité de la société employant les personnes en question. Rien n'empêche d'autres États d'engager des poursuites, à condition que leurs tribunaux aient une compétence suffisamment étendue.

L'engagement de «faire respecter» le droit international humanitaire

En vertu de l'article premier commun aux Conventions de Genève, les États parties se sont engagés à respecter et à faire respecter le droit international humanitaire. Le volet «faire respecter» de cette disposition a été interprété au sens large. Il exige de toute évidence des États qu'ils prennent des mesures pour veiller à ce que leurs troupes, et toute autre personne agissant en leur nom, respectent le droit. Il a aussi été interprété, cependant, comme un engagement pris par tous les États de tenter d'influencer le comportement des parties à un conflit armé afin d'encourager le respect du droit¹²².

Certains États sont en situation particulièrement favorable pour encourager le respect du droit international humanitaire par les SMP/SSP opérant dans des situations de conflit armé. En plus de l'État qui engage la société – qui a des obligations claires, que nous avons déjà vues –, ils incluent les États sur le territoire desquelles opèrent les sociétés et leur État de nationalité, ainsi que (dans une moindre mesure, certes) l'État de nationalité des employés.

Les traités ne précisent pas comment peut être tenu l'engagement de faire respecter le droit. La méthode la plus répandue a consisté, pour les États non impliqués dans un conflit armé, à intervenir par les canaux diplomatiques pour rappeler aux belligérants leurs obligations¹²³. Il existe de nombreuses autres options.

L'une des possibilités qui s'offrent aux États sur le territoire desquels opèrent des SMP/SSP et à leur État de nationalité serait l'adoption d'un cadre

122 Voir p. ex. *Commentaire de la III^e Convention de Genève*, *op. cit.* (note 27), p. 25, et *Commentaire des Protocoles additionnels*, *op. cit.* (note 58), par. 41 et suiv. Des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si les rédacteurs des Conventions avaient pensé à cette interprétation. Voir p. ex. 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, p. 3.

123 Voir p. ex. Henckaerts et Doswald-Beck, *op. cit.* (note 66), Vol. I: Règles, règle 144.

réglementaire. En plus d'encourager le respect du droit international humanitaire en incluant par exemple des exigences en matière de formation du personnel, cette démarche permettrait aussi aux États de résoudre certains autres problèmes posés par les activités dans ce secteur, comme le manque de transparence et la nécessité de fixer des limites claires aux activités pouvant être réalisées par le secteur privé, pour n'en citer que deux. De fait, la mise en place d'un cadre réglementaire national est bien la solution préconisée par de nombreux auteurs¹²⁴.

Nous n'évoquerons ici que quelques éléments clés d'éventuelles démarches réglementaires, car un examen détaillé de ces questions nous entraînerait hors du cadre de cet article.

Le rôle des États sur le territoire desquels opèrent les SMP/SSP

Les États sur le territoire desquels opèrent des SMP/SSP peuvent non seulement avoir engagé les sociétés elles-mêmes, mais aussi « accueillir » des SMP/SSP engagées par autrui. Ainsi, on trouve actuellement en Irak des sociétés engagées par les États-Unis – c'est-à-dire par une partie au conflit –, par des États tiers qui ne participent pas aux hostilités, par des sociétés privées et par des organisations intergouvernementales et non gouvernementales.

Ces États hôtes ont évidemment intérêt à exercer leur contrôle sur ces acteurs, souvent armés, qui opèrent sur leur territoire. Comme cela a déjà été indiqué, seuls deux États, à l'heure actuelle, sont dotés d'une législation qui réglemente spécifiquement les opérations des SMP/SSP, à savoir la Sierra Leone et l'Irak¹²⁵. L'Afghanistan est en train de mettre au point un cadre réglementaire.

Sans entrer dans le détail, un tel système pourrait en premier lieu exiger des sociétés souhaitant fournir des services de sécurité ou militaires qu'elles obtiennent une autorisation d'exploitation pour opérer. Une société devrait pour cela satisfaire à quelques critères de base, y compris, pour assurer le respect du droit international humanitaire, l'exigence de procéder à un contrôle de sécurité de ses employés, de les former au droit international humanitaire, d'adopter des modalités opératoires types ou des règles d'engagement conformes à leurs obligations en vertu de ce droit, d'établir des mécanismes internes

124 Voir p.ex. Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2), ainsi que Holmqvist, *op. cit.* (note 2). Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la question de la torture a lui aussi suggéré un cadre réglementaire. Il a appelé les États : « [à] adopter une législation pour contrôler et surveiller les activités de prestataires privés de services dans les domaines militaire, policier et sécuritaire afin qu'ils ne facilitent ni ne pratiquent la torture. Les entreprises et les personnes fournissant ces services devraient être tenues de s'inscrire sur des registres et de présenter des rapports annuels circonstanciés sur leurs activités. Chaque transfert international proposé de personnel ou de formation devrait être préalablement autorisé par les autorités, et ce, uniquement s'il est conforme à des critères accessibles à tous et fondés sur les normes internationales relatives aux droits de l'homme et le droit international humanitaire. » Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture, Theo van Boven, Doc. Nations Unies E/CN.4/2005/62, 15 décembre 2004, al. h) du par. 37.

125 CPA Memorandum 17: Registration Requirements for Private Security Companies, 26 juin 2004, et section 19 de la loi sierra-léonaise, National Security and Central Intelligence Act (2002).

pour enquêter sur les allégations d'actes illicites et de transmettre les conclusions aux autorités compétentes pour qu'elles poursuivent les enquêtes¹²⁶.

De toute évidence, le cadre réglementaire couvrirait de nombreux autres aspects des opérations des SMP/SSP, y compris les types d'activités pouvant être confiées au secteur privé¹²⁷ et les types d'armes qui peuvent être employés¹²⁸. Il pourrait être basé sur une autorisation d'exploitation «à usage unique» ou exiger une autorisation ou notification contrat par contrat, plus l'enregistrement de tous les employés. Enfin, il pourrait établir un mécanisme de supervision des activités des SMP/SSP ainsi que des sanctions pour celles qui fonctionnent sans autorisation ou en violation de celle-ci (comme par exemple retrait de l'autorisation d'exploitation, perte de caution, amendes et sanctions pénales). Pour favoriser la transparence, des rapports annuels au parlement sur la mise en œuvre du cadre réglementaire pourraient aussi être envisagés.

Le rôle de l'État de nationalité des SMP/SSP

Un cadre réglementaire permettrait aussi à l'État de nationalité de la SMP/SSP d'exercer un certain degré de contrôle et de supervision des activités de ses sociétés à l'étranger. À l'heure actuelle, l'Afrique du Sud est le seul pays à avoir adopté une législation qui traite spécifiquement des opérations de ses sociétés – et de ses ressortissants – à l'étranger¹²⁹. Une petite minorité d'États traitent de la prestation de certains services militaires et de sécurité à l'étranger dans leur législation sur le contrôle des exportations d'armes¹³⁰. Le Royaume-Uni – pays de nationalité d'un nombre important de SMP/SSP – envisage depuis un certain temps d'adopter un tel cadre réglementaire¹³¹.

Les éléments de base d'un cadre réglementaire pourraient comprendre l'exigence d'une autorisation d'exploitation, qui ne serait délivrée qu'aux sociétés qui satisfont à des normes similaires à celles évoquées ci-dessus pour le États où opèrent des SMP/SSP, y compris celles qui visent à encourager le respect du droit international humanitaire.

En outre, on pourrait exiger des sociétés qu'elles obtiennent une autorisation pour chaque opération. Les critères de délivrance de l'autorisation

126 Ni le CPA Memorandum 17, ni la loi de Sierra Leone, ne traitent de cette question.

127 La section 9.1 du CPA Memorandum 17 dispose que: «Le rôle essentiel des SSP est la dissuasion. Aucune SSP ni aucun employé de SSP ne peut exercer des fonctions de répression.» [Notre traduction.]

128 Voir p. ex. la section 6 du CPA Memorandum 17.

129 Regulation of Foreign Military Assistance Act (FMAA), 1998. Un certain nombre d'amendements ont été apportés à cette loi; ils devraient entrer en vigueur en 2007. Voir au sujet de ce texte Raenette Talijaard, «Implementing South Africa's Regulation of Foreign Military Assistance Act», dans Alan Bryden et Marina Caparini (éd.), *Private Actors and Security Governance*, 2006, pp. 176 et suiv.

130 Voir p. ex. le règlement des États-Unis International Traffic in Arms Regulations. Voir à ce sujet Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2), pp. 104 et suiv.

131 Voir, p. ex., *Private Military Companies: Options for Regulation*, Foreign and Commonwealth Office, HC 577, 2002. Au sujet de ce livre vert et de l'évolution ultérieure de la question au Royaume-Uni, on peut consulter p. ex. Christopher Kinsey, «Regulation and control of private military companies: The legislative dimension», *Contemporary Security Policy*, Vol. 26(1), 2005, p. 1; Elke Krahmann, «Private military services in the UK and Germany: Between partnership and regulation», *European Security*, Vol. 14(2), 2005, p. 277; et Walker et Whyte, *op. cit.* (note 8).

pourraient être fondés sur des critères similaires à ceux qui sont définis pour les transferts d'armements, sans oublier la question de savoir si l'opération risque de compromettre le respect du droit international humanitaire¹³². Les règlements pourraient aussi interdire l'exécution d'activités particulières (par exemple la participation directe aux hostilités), et définir des sanctions en cas d'opérations menées sans les autorisations nécessaires ou en violation de celles-ci. La présentation au parlement de rapports annuels sur la mise en œuvre du cadre réglementaire pourrait aussi être envisagée dans l'État de nationalité de la SMP/SSP.

Mettre au point les éléments essentiels d'un tel système réglementaire n'est pas difficile. La principale difficulté réside dans la surveillance de son application dans la pratique, puisque par définition la prestation de services se déroule à l'étranger, et puisque, contrairement aux exportations d'armes, elle ne s'accompagne pas de mouvements de marchandises qui pourraient être contrôlés par les services des douanes. La communication et la coopération avec les autorités de l'État où se déroulent les opérations sont donc indispensables pour que le système fonctionne correctement.

La réglementation nationale pourrait être complétée par un système similaire à l'échelon régional, ce qui présenterait l'avantage, entre autres, de placer tous les partenaires régionaux dans des conditions d'égalité. La possibilité d'une réglementation régionale par l'Union européenne a été débattue par des spécialistes, mais pas par des fonctionnaires de l'Union (ou en tout cas pas publiquement)¹³³.

Mercenaires?

Une analyse détaillée de la place des mercenaires en droit international sortirait du cadre du présent article. Nous nous limiterons donc à présenter leur statut en droit international humanitaire et dans les deux conventions spécifiques sur les mercenaires: la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (1977)¹³⁴ et la Convention internationale des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (1989)¹³⁵.

Ces deux traités spécialisés ont pour objet d'interdire le recours aux mercenaires et de faire aussi bien du recours aux mercenaires que de la participation aux hostilités en tant que mercenaire des infractions pénales. Le droit

132 Voir p. ex. les critères qui figurent dans le Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements (doc. n° 8675/2/98 Rév. 2, 8 juin 1998).

133 Voir p. ex. Elke Krahmann, «Regulating private military companies: What role for the EU?», *Contemporary Security Policy*, N° 26, 2005, p. 103, et «Regulating military and security services in the European Union», dans Bryden et Caparini, op. cit. (note 129), p. 190.

134 Doc. OUA CM/817 (XXIX), Annexe II, Rev. 1 (1977). Cette convention est entrée en vigueur le 22 avril 1985. À l'heure où ces lignes sont écrites, elle a été ratifiée par 27 États.

135 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2163, p. 75. Cette convention est entrée en vigueur le 20 octobre 2001 et elle a été ratifiée, à l'heure où ces lignes sont écrites, par 28 États.

international humanitaire aborde la question des mercenaires sous un angle différent; il n'interdit pas le recours aux mercenaires et ne définit pas leurs activités comme des actes criminels. Il se concentre plutôt sur le statut qui doit leur être reconnu s'ils sont capturés.

Les mercenaires et le droit international humanitaire

L'article 47 du Protocole additionnel I formule une définition des mercenaires et stipule que les personnes couvertes par cette définition n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture¹³⁶.

La définition du mercenaire

Sans examiner dans le détail les six conditions définies au paragraphe 2 de l'article 47, il vaut la peine de mentionner certains aspects de la définition. Premièrement, toutes les conditions doivent être remplies de manière cumulative. Dans la pratique, cela signifie qu'il est difficile pour une personne d'être couverte par la définition du mercenaire¹³⁷.

Deuxièmement, l'exigence formulée à l'alinéa b) que la personne concernée prenne en fait une part directe aux hostilités limite fortement la portée de la définition. De nombreuses personnes qui apportent un appui important aux belligérants et qui seraient couramment considérées comme des mercenaires ne mènent probablement pas d'activités qui représentent une « participation directe aux hostilités » au sens du droit international humanitaire. En outre, l'inclusion de cette expression ajoute un élément de complexité à la définition. Comme nous l'avons vu plus haut, la notion de « participation directe aux hostilités », même si elle est essentielle en droit international humanitaire

136 Le par. 2 de l'art. 47 du Protocole additionnel I définit le mercenaire comme toute personne:

- a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;
- b) qui en fait prend une part directe aux hostilités;
- c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie;
- d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit;
- e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit; et
- f) qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État.»

137 Le seuil a délibérément été fixé à un niveau élevé lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire, qui a négocié les Protocoles additionnels de 1977, du fait que «l'attribution du statut de mercenaire à une personne pouvait être une question de vie ou de mort»; certains États voulaient réduire le risque que cet article serve de prétexte pour dénier aux non-combattants et aux combattants réguliers le statut de combattant et de prisonnier de guerre. *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Vol. XV, Rapports de la Commission III, quatrième session, 17 mars – 10 juin 1977, CDDH/407/Rev. 1, par. 25.

puisqu'elle détermine les circonstances dans lesquelles un civil peut être légalement attaqué, n'est pas définie, et il est notoirement difficile de fixer ses limites avec précision.

Enfin et surtout, il faut mentionner la condition de l'alinéa e), qui a été décrite, non sans raison, comme vidant entièrement de toute signification pratique ou juridique la définition du mercenaire, et même l'article 47 tout entier. L'alinéa e) du paragraphe 2 de l'article 47 exclut de la définition toute personne qui est membre des forces armées d'un État partie au conflit. Ainsi, un État qui souhaite employer des mercenaires peut tout simplement les enrôler dans ses forces armées, et éviter par là qu'ils soient considérés comme mercenaires, quand bien même ils rempliraient toutes les autres conditions. Cette manière de procéder, qui avait déjà été évoquée à titre de possibilité pendant la Conférence diplomatique¹³⁸, a bel et bien été appliquée par la Papouasie-Nouvelle-Guinée en 1997 à l'égard des employés de Sandline International, qui se sont vu accorder un statut de « policier spécial »¹³⁹.

Qui plus est, d'un point de vue purement juridique, l'inclusion de cet alinéa e) rend l'article 47 redondant. Une personne qui n'est pas membre des forces armées d'un État – ni d'une milice ou d'un corps de volontaires répondant aux conditions du paragraphe 2 de l'article 4, lettre A, de la III^e Convention de Genève – et qui participe directement aux hostilités est un « belligérant non privilégié » ou un « combattant illégal », et n'a de toute manière pas droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. Par conséquent, bien que l'article 47 semble créer une nouvelle catégorie de personnes qui n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre, il ne fait en réalité que réitérer une disposition existante, ce qui a amené certains auteurs à évoquer à ce sujet une disposition « faussement sévère »¹⁴⁰. Bien qu'une disposition sur les mercenaires ait été incluse dans le Protocole additionnel I pour des raisons politiques, elle n'a en rien modifié le droit existant. L'unique contribution de l'article 47 à la réglementation du statut des mercenaires a été de fournir une définition qui a été reprise par la suite, avec quelques changements mineurs, dans les conventions spécialisées.

138 Voir *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Vol. XV, Rapports de la Commission III, troisième session, 21 avril – 10 juin 1976, CDDH/236/Rev. 1, par. 102.

139 Agreement for the Provision of Military Assistance between the Independent State of Papua New Guinea and Sandline International, 31 janvier 1997, consultable en ligne à l'adresse <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>. Il semble qu'un procédé similaire ait été utilisé à l'égard des employés de Executive Outcomes en Sierra Leone dans les années 1990.

140 Geoffrey Best, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflict*, 1980, p. 328. D'autres défauts de la définition sont notamment évoqués dans l'exposé de l'un des experts lors de la première réunion d'experts organisée par la Commission des droits de l'homme en 2001. Commission des droits de l'homme, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et son application aux peuples assujettis à une domination coloniale ou étrangère, ou à l'occupation étrangère, Doc. Nations Unies E/CN.4/2001/18, 14 février 2001, Annexe: Rapport de la Réunion d'experts sur les formes traditionnelles et nouvelles de l'emploi de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination, qui s'est tenue à Genève du 29 janvier au 2 février 2001, par. 24.

Les conséquences de l'article 47 sur le statut des mercenaires

L'article 47 a pour effet de transformer les personnes qui répondent à la définition du mercenaire en «combattants non privilégiés» ou en «combattants illégaux» ayant les mêmes droits et obligations que tout civil qui participe directement aux hostilités¹⁴¹.

Quelles sont les conséquences pratiques de cet article? Les combattants ont le droit de participer aux hostilités. S'ils sont capturés, ils ont le droit d'être traités comme des prisonniers de guerre et ils sont protégés par la III^e Convention de Genève de 1949. Ils ne peuvent, et c'est important, être jugés simplement pour avoir participé aux hostilités.

Les mercenaires, en revanche, sont traités comme des civils. Ils n'ont pas le droit de participer aux hostilités. S'ils participent aux hostilités et s'ils sont capturés, ils n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre, ni, de ce fait, à la protection accordée par la III^e Convention de Genève, et ils peuvent être jugés en vertu de la législation nationale pour le seul fait d'avoir pris part aux hostilités, même s'ils n'ont violé aucune règle de droit international humanitaire.

Ceci ne signifie pas pour autant que les mercenaires capturés ne seraient pas du tout protégés par le droit international humanitaire. Ils bénéficient en effet de la protection de la IV^e Convention de Genève, et s'ils tombent parmi les exceptions prévues par cette Convention, ils demeurent couverts par les garanties fondamentales prévues par l'article 75 du Protocole additionnel I.

Les mesures de protection inscrites à l'article 75 sont extrêmement importantes d'un point de vue pratique. Non seulement elles garantissent que les personnes couvertes par la définition du mercenaire ne sont pas privées de toute protection en droit international humanitaire, mais, plus spécifiquement, elles

141 Bien que l'art. 47 ait été adopté par consensus lors de la Conférence diplomatique, il s'agissait d'un texte de compromis, qui avait fait l'objet de controverses considérables, de nature politique plutôt que juridique. Certains États, notamment ceux qui émergeaient de la domination coloniale ou qui avaient été «victimes» d'activités de mercenaires, avaient souhaité l'adoption d'un texte plus strict exigeant des États qu'ils prohibent le recrutement, la formation, la réunion et les opérations de mercenaires et qu'ils interdisent à leurs ressortissants de s'engager en qualité de mercenaires. C'est la position qui a été adoptée par la suite dans les conventions spécialisées sur le mercenariat. D'autres États ne souhaitaient pas que le Protocole interdise le statut de mercenaire et le mercenariat, et étaient d'avis que même la démarche qui a finalement été retenue, et qui est axée sur le statut de mercenaire, pourrait dans la pratique limiter la protection, et par conséquent n'avait pas sa place dans un traité de caractère humanitaire tel que le Protocole additionnel, point de vue partagé par certains auteurs. *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Vol. VI, Comptes rendus analytiques des séances plénières, quatrième session (CDDH/SR.34-46), CDDH/SR.41, pp. 158-204; Au sujet des négociations, voir entre autres *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit. (note 58), par. 1789 et suiv.; Michael Bothe, Karl Partsch et Waldemar Solf (éd.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts – Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, 1982*, pp. 267 et suiv.; François Bugnion, *Le CICR et la protection des victimes de la guerre*, 2^e édition, 2000, p. 733; Rosas, op. cit. (note 51), pp. 392 et suiv.; Henry Van Deventer, «Mercenaries at Geneva», *American Journal of International Law*, No. 70, 1976, p. 811; et Abdulqawi Yusuf, «Mercenaries in the Law of Armed Conflicts», dans Antonio Cassese (éd.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, 1979, pp. 113 et suiv.

comprennent l'exigence expresse que ces personnes se voient accorder les garanties minimales d'une procédure régulière. Cette disposition est particulièrement importante étant donné les procédures pénales souvent sommaires qui ont conduit, par le passé, à l'exécution de personnes accusées de mercenariat¹⁴².

Il convient cependant de noter que l'article 47 n'*interdit* pas aux États d'accorder aux mercenaires le statut de prisonnier de guerre¹⁴³. Il stipule uniquement que les mercenaires, contrairement aux membres des forces armées des États, n'ont pas *droit* à ce statut.

Bien qu'il y ait peu d'exemples de pratique nationale concrète dans ce domaine, on a signalé des cas dans lesquels un État a affirmé avoir accordé le statut de prisonnier de guerre à des personnes qu'il considérait comme correspondant à la définition des mercenaires. Ainsi, un rapport du secrétaire général de l'ONU sur la guerre Iran-Irak, en 1988, se faisait l'écho de la déclaration faite par l'Iran, selon laquelle il avait capturé pendant les hostilités des ressortissants de pays tiers, dont il affirmait qu'il s'agissait de mercenaires, mais qu'il les avait traités comme les autres prisonniers de guerre plutôt que de les juger¹⁴⁴.

Les conflits armés non internationaux

L'article 47 du Protocole additionnel I ne s'applique que dans les conflits armés internationaux, y compris en cas d'occupation. Le droit international humanitaire ne dit rien sur le statut des mercenaires dans les conflits armés non internationaux. Au demeurant, puisque le statut de prisonnier de guerre n'existe pas dans ces conflits, il serait absurde de préciser que certaines personnes n'y ont pas droit.

Dans la pratique, ceci signifie que dans un conflit armé non international, une personne qui aurait correspondu à la définition du mercenaire si elle avait participé à un conflit armé international se trouve dans la même position que toute autre personne qui participe directement aux hostilités. Elle a droit

142 On peut citer, à titre d'exemple, le procès qui s'est déroulé en Angola en 1976, décrit par Mike Hoover: «The Laws of War and the Angolan Trial of Mercenaries: Death to the Dogs of War», *Case Western Journal of International Law*, 1977, pp. 323 et suiv. Voir aussi Edwin Nwogugu, «Recent Developments in the Law Relating to Mercenaries», *The Military Law and Law of War Review*, N° XX-1-2, 1981, p. 11, et, plus récemment, le communiqué de presse d'Amnesty International, «Equatorial Guinea: Trial of alleged coup plotters seriously flawed», AFR/24/017/2004, 30 novembre 2004. C'est précisément en raison de ce problème qu'un projet de texte pour l'article 47, proposé pendant les négociations, comprenait une référence explicite au fait que les mercenaires avaient droit aux mesures de protection qui ont ensuite été intégrées à l'art. 75. Cette disposition a finalement été supprimée dans le cadre du compromis atteint durant la Conférence diplomatique. CDDH/407/Rev.1, *op. cit.* (note 137), par. 27.

143 Pendant les négociations, certains États avaient plaidé pour que les mercenaires ne puissent pas recevoir ce statut. Voir *Commentaire des Protocoles additionnels*, *op. cit.* (note 58), par. 1795.

144 Rapport de la Mission envoyée par le Secrétaire général pour enquêter sur la situation des prisonniers de guerre en République islamique d'Iran et en Irak, doc. Nations Unies S/20147, 24 août 1988, par. 65. Cette affirmation semble contredire l'expérience du CICR touchant les visites aux prétendus mercenaires détenus par l'Iran pendant le même conflit, telles que décrites par F. Bugnion (*op. cit.* (note 141), p. 733).

aux mesures de protection définies dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève, dans le Protocole additionnel II ainsi que dans les règles coutumières de droit international humanitaire applicables dans les conflits armés non internationaux, mais elle peut être jugée en application du droit national pour le seul fait d'avoir participé aux hostilités.

L'obligation des mercenaires de respecter le droit international humanitaire

Bien que la seule référence explicite aux mercenaires dans le droit international humanitaire soit exclusivement axée sur leur statut, il ne fait aucun doute que les mercenaires sont tenus, comme toute autre personne dans une situation de conflit armé, de respecter ce droit et qu'ils peuvent être appelés à répondre individuellement de leurs actes au pénal pour toute violation grave qu'ils pourraient commettre.

Il est intéressant de noter qu'à ce jour, un seul des procès de personnes accusées de mercenariat a donné lieu en même temps à une accusation d'actes constituant des crimes de guerre. Ce fut le cas dans le procès, cité plus haut, qui s'est déroulé en 1976 en Angola, dans lequel les prévenus furent aussi accusés d'avoir assassiné des civils et d'autres mercenaires qui avaient refusé de combattre¹⁴⁵.

Les conventions sur le mercenariat

Le statut des mercenaires au regard du droit international humanitaire doit être mis en rapport avec celui qui est défini par les deux conventions traitant spécifiquement du sujet: la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (1977) (Convention de l'OUA) et la Convention internationale des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (1989) (Convention des Nations Unies). Ces deux traités spécialisés ont pour objet d'interdire le recours aux mercenaires et de faire du mercenariat et du fait d'être mercenaire des infractions pénales.

Ces deux instruments contiennent des définitions du mercenaire très proches de celle de l'article 47 du Protocole additionnel I¹⁴⁶; la Convention de l'OUA définit le crime du mercenariat, y compris les personnes qui s'engagent dans des «bandes» de mercenaires, ainsi que ceux qui engagent ou qui soutiennent d'une manière quelconque de telles bandes¹⁴⁷. La définition du crime est extrêmement large, de même que la gamme des coupables potentiels: individus, groupes, associations, représentants de l'État et États eux-mêmes. La Convention des Nations Unies adopte une méthode similaire mais plus restrictive, en définissant comme une infraction le fait pour un mercenaire de

145 Voir la note 142 ci-dessus.

146 Convention de l'OUA, art. premier, et Convention des Nations Unies, art. premier.

147 Convention de l'OUA, art. 2.

prendre une part directe à des hostilités¹⁴⁸ ou le fait de recruter, de financer ou d'instruire des mercenaires¹⁴⁹. Les deux instruments exigent que les États parties définissent ces actes comme des infractions pénales dans leur droit national et poursuivent ou extradent les personnes soupçonnées.

Les conventions sur le mercenariat ne mentionnent pas le type de conflit auquel elles s'appliquent. Ainsi, contrairement à l'article 47 du Protocole additionnel I, on peut supposer qu'elles s'appliquent à la participation aux conflits armés tant internationaux que non internationaux¹⁵⁰.

La Convention de l'OUA aborde aussi la question du *statut* des personnes qui correspondent à la définition. Elle affirme dans son article 3 que les mercenaires «n'ont pas le statut de combattants», mais pour répéter ensuite, de manière assez surprenante (étant donné que pendant la Conférence diplomatique, ce sont essentiellement les États africains qui avaient appelé à une position plus stricte *refusant* que les mercenaires se voient accorder le statut de prisonnier de guerre) la règle formulée à l'article 47 du Protocole additionnel I, à savoir que les mercenaires n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. La Convention des Nations Unies, quant à elle, est muette sur la question du statut.

Trois autres aspects des conventions méritent d'être commentés. Premièrement, dans les deux traités, les chapitres concernant les éventuelles procédures pénales contre les mercenaires contiennent une disposition sur les garanties judiciaires. Toutefois, les deux articles sont malheureusement faibles, car ils ne font pas référence aux droits de l'homme définis sur le plan international comme norme minimale à respecter dans de telles procédures. La Convention de l'OUA se borne à exiger que les mercenaires bénéficient «de toutes les garanties normalement reconnues à tout justiciable par l'État sur le territoire duquel ont lieu les poursuites¹⁵¹». La Convention des Nations Unies fait référence au droit international, mais uniquement pour affirmer que «les normes applicables du droit international devraient être prises en compte» dans la procédure¹⁵². Il eût été préférable, de toute évidence, que soit affirmée clairement la nécessité du respect des normes des droits de l'homme¹⁵³.

Deuxièmement, la Convention des Nations Unies (contrairement à celle de l'OUA) comprend une clause de sauvegarde à l'égard du droit international

148 Convention des Nations Unies, par. 1 de l'art. 3.

149 Convention des Nations Unies, art. 2.

150 En réalité, la Convention des Nations Unies s'applique aussi aux personnes qui prennent part à un acte concerté de violence visant à renverser un gouvernement ou, de quelque autre manière, porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État, ou à porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État (par. 2 de l'art. premier).

151 Convention de l'OUA, art. 11.

152 Convention des Nations Unies, art. 11.

153 D'autres instruments des Nations Unies, qui adoptent une méthode similaire (c'est-à-dire définir l'infraction comme une infraction pénale, poursuivre ou extraditer) formulent de manière bien plus énergique la nécessité d'accorder toutes les garanties minimales d'une procédure régulière pendant les procédures pénales. Voir, p. ex., l'art. 14 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif.

humanitaire¹⁵⁴. L'objectif premier de cette disposition semble concerner les questions relatives au statut, lesquelles, il faut le rappeler, ne sont pas mentionnées dans la Convention des Nations Unies. Toutefois, cette disposition est importante car elle règle le rapport entre le statut et les droits des personnes qui ont participé directement aux hostilités au regard du droit international humanitaire et les conventions sur les mercenaires de manière plus générale.

La définition précise de ce rapport est importante pour plusieurs raisons. Pour donner un exemple concret, au regard du droit international humanitaire, il existe dans les conflits armés internationaux une présomption de droit au statut de prisonnier de guerre. En cas de doute, le statut de la personne concernée doit être déterminé par un tribunal compétent¹⁵⁵. Dans l'attente de la décision du tribunal, les personnes capturées ont droit à la protection de la III^e Convention de Genève. En l'absence de clause de sauvegarde, les conventions sur le mercenariat pourraient être interprétées comme supprimant cette présomption et ce droit à un examen du statut. Il ne s'agit pas là d'une préoccupation purement théorique, mais bien d'une question qui a des conséquences tout à fait immédiates et importantes pour la protection des personnes accusées de mercenariat. La clause de sauvegarde préserve implicitement ces droits¹⁵⁶.

La clause de sauvegarde compense aussi, dans une certaine mesure, le fait que la Convention des Nations Unies n'affirme pas l'application des normes des droits de l'homme touchant le droit à un procès équitable, puisqu'elle y intègre les mesures de protection inscrites ou citées dans le droit international humanitaire. Les plus notables sont celles de l'article 75 du Protocole additionnel I pour les personnes jugées en relation avec des conflits armés internationaux, et l'interdiction contenue à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève des «condamnations prononcées et [des] exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés» pour les personnes jugées en rapport avec la participation à des conflits non internationaux.

Enfin, il convient de mentionner la référence, dans la Convention des Nations Unies, aux visites effectuées par le CICR aux personnes privées de liberté parce qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction au regard de la Convention. Le paragraphe 4 de l'article 10 préserve en effet:

«[le] droit de tout Etat partie ayant établi sa compétence conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 9 d'inviter le Comité international de la Croix-Rouge à communiquer avec l'auteur présumé de l'infraction et à lui rendre visite.»

154 L'art. 16 de la Convention des Nations Unies dispose que:

«La présente Convention n'affecte pas:

a) Les règles relatives à la responsabilité internationale des États;

b) Le droit des conflits armés et le droit international humanitaire, y compris les dispositions relatives au statut de combattant ou de prisonnier de guerre.»

155 III^e Convention de Genève, art. 5, et Protocole additionnel I, art. 5.

156 Voir Declaration of the International Committee of the Red Cross on the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, Assemblée générale des Nations Unies, point 144 de l'ordre du jour, 44^e session, novembre 1989.

Cette disposition, bien qu'elle ait été adoptée ultérieurement dans d'autres conventions des Nations Unies qui qualifient d'infraction pénale une activité particulière et qui exigent des États qu'ils poursuivent ou extradent les suspects¹⁵⁷, soulève aussi des questions concernant la relation entre la Convention des Nations Unies et le droit international humanitaire.

En vertu des Conventions de Genève, le CICR a le droit de rendre visite aux personnes privées de leur liberté pour des raisons liées à un conflit armé international¹⁵⁸. Les personnes détenues en vertu de la Convention des Nations Unies pourraient, à l'évidence, être dans ce cas. Ce droit ne dépend pas d'une invitation qui serait faite au CICR, par l'État de nationalité ou de résidence de la personne concernée, à communiquer avec elle et à lui rendre visite, comme cela est envisagé au paragraphe 4 de l'article 10. Cependant, grâce à la clause de sauvegarde, il est clair que cette disposition ne limite ni ne compromet en rien ce droit¹⁵⁹.

Y a-t-il incompatibilité entre les dispositions du droit international humanitaire et celles des conventions spécialisées?

La question de savoir si les démarches différentes du droit international humanitaire et des conventions spécialisées, s'agissant de la même catégorie de personnes, peuvent être accordées ou si elles créent des incohérences est souvent soulevée.

Bien que les différences puissent causer quelque confusion dans un premier temps (exacerbée par le fait que les définitions inscrites dans les conventions spécialisées sont tirées du droit international humanitaire), les méthodes différentes utilisées par ces deux corpus de règles juridiques à l'égard des mercenaires ne créent pas, en réalité, de problème juridique¹⁶⁰.

Le droit international humanitaire et les conventions sur le mercenariat ont des priorités et des objectifs différents, mais leurs conceptions respectives peuvent coexister et sont complémentaires. Le droit international humanitaire traite du statut des personnes correspondant à la définition des mercenaires ainsi que des protections spécifiques dont elles bénéficient et, implicitement, de leurs obligations: comme tous les acteurs dans des situations de conflit armé, les mercenaires doivent respecter le droit international humanitaire. Les conventions spécialisées, quant à elles, traitent

157 Voir, p. ex., le par. 5 de l'art. 7 de la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et le par. 5 de l'art. 9 de la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme.

158 III^e Convention de Genève, art. 126, et IV^e Convention de Genève, art. 143.

159 Étant donné l'importance que revêt pour le CICR le fait de conserver son accès, en toute indépendance, aux personnes privées de liberté pour des motifs liés à un conflit armé, le CICR a fait, lors de l'adoption de la Convention des Nations Unies, une déclaration à l'Assemblée générale pour rappeler son droit de visite aux personnes privées de liberté, qu'il y ait été ou non invité par l'État dont ils sont ressortissants ou citoyens. La déclaration insiste sur le fait qu'il est vital pour le CICR de conserver la liberté d'accepter ou de refuser toute invitation en ce sens. Elle relève en outre qu'en pareil cas, le CICR ne se considérerait pas comme agissant au nom de l'État ayant formulé la demande, mais agirait en toute indépendance et sur la base exclusive de considérations d'ordre humanitaire. Déclaration du CICR, *op. cit.* (note 156).

160 Cette conclusion a été confirmée lors d'une réunion organisée en 1988 entre des représentants du CICR et le professeur Tullio Treves, vice-président du Comité spécial de l'Assemblée générale des Nations Unies pour l'élaboration d'une convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, Doc. CICR 88/1578, 16 décembre 1988, Réf. CICR 130, 215(00).

de manière plus large de la légalité du phénomène. Elles régissent le comportement des États en restreignant les circonstances dans lesquelles ils peuvent recourir aux mercenaires, domaine que le droit international humanitaire ne couvre pas.

En ce qui concerne les personnes, les conventions spécialisées ont un objectif différent de celui du droit international humanitaire, à savoir établir la responsabilité pénale individuelle, ce qui ne crée aucune contradiction avec la question du statut telle qu'elle est régie par le droit international humanitaire. Les deux démarches forment en réalité un système complémentaire et cohérent pour les poursuites contre les civils qui participent directement aux hostilités et qui remplissent les autres conditions fixées dans les définitions du mercenaire. Le droit international humanitaire ne prévoit pas d'immunité pour une telle participation directe aux hostilités, et il n'exige pas non plus des États qu'ils définissent cette participation comme une infraction pénale. Les bases pour ce faire sont les conventions spécialisées, telles que mises en œuvre dans le droit pénal national. Les contributions du droit international humanitaire aux éventuelles procédures consistent en la définition de conditions minimales de traitement pendant la détention, y compris le droit aux visites par le CICR, et en l'exigence du respect des garanties judiciaires minimales.

Les employés des SMP/SSP sont-ils des mercenaires?

Là encore et de toute évidence, il n'y a pas de réponse simple à cette question. À l'instar de toute autre personne, les employés des SMP/SSP ne peuvent être considérés comme des mercenaires que s'ils remplissent toutes les conditions définies par l'article 47 du Protocole additionnel I ou par la convention spécialisée pertinente. Chacun sait qu'il est difficile de remplir toutes ces conditions; on cite souvent à ce sujet la remarque de Geoffrey Best, selon lequel «tout mercenaire qui n'arrive pas lui-même à s'exclure de cette définition mérite d'être abattu et son avocat avec lui¹⁶¹!» Les caractéristiques particulières des SMP/SSP et du marché de leurs services rendent encore plus improbable la possibilité que la définition couvre davantage qu'une petite minorité de leurs employés.

Il convient de relever, en premier lieu, que la définition des mercenaires, tant dans l'article 47 que dans les conventions spécialisées, porte sur les personnes physiques et non sur les personnes morales. Ce sont par conséquent les employés des SMP/SSP qui doivent remplir les conditions, et non les sociétés. Si cela ne constitue pas un problème en soi, cela peut néanmoins, comme on le verra, conduire à des résultats inattendus.

Les facteurs cruciaux pour déterminer le statut des employés des SMP/SSP seront en premier lieu l'identité de leur client. Comme nous l'avons vu plus haut, il est possible, s'ils sont engagés par un État et si certaines conditions sont réunies, que les employés des SMP/SSP soient considérés comme des membres des forces armées de cet État; par conséquent, en vertu de l'alinéa e) du paragraphe 2 de l'article 47, ils seraient exclus de la définition¹⁶². Là encore, étant donné les politiques qui sous-tendent

161 Best, *op. cit.* (note 140), p. 328.

162 Nous nous limiterons ici, pour simplifier, aux dispositions contenues dans la définition de l'art. 47 du Protocole additionnel I, mais ces remarques s'appliquent aussi aux définitions des deux conventions spécialisées.

la baisse du nombre des membres des forces armées et la sous-traitance des tâches militaires, il est peu probable que cela se produise, mais cela n'est pas impossible.

Ensuite, si l'on admet que les critères du motif et des avantages concrets, à l'alinéa c), sont sans doute satisfaits dans la plupart des cas, les alinéas a) et b), qui exigent que la personne soit spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé et prenne en fait une part directe aux hostilités, excluront sans doute la majorité des personnes. Les informations disponibles tendent à montrer que la majorité des SMP/SSP opérant en Irak et en Afghanistan, par exemple, n'ont pas été spécifiquement engagées pour participer directement aux hostilités, mais plutôt pour fournir un large éventail de services logistiques et de services d'appui aux forces armées. De fait, l'unique réglementation nationale adoptée à ce jour qui régit spécifiquement le recours à des contractants par les forces armées d'un État exclut expressément que les contractants réalisent des activités de nature «intrinsèquement gouvernementales», expression qui englobe les opérations de combat¹⁶³.

De manière similaire, même si de nombreuses SMP/SSP fournissent des services de sécurité – souvent armée – à diverses entités autres que des États, ces activités n'équivalent que rarement à une participation directe aux hostilités. Même lorsque tel est le cas, il est peu probable que le recours à la force ait été expressément envisagé au moment où elles ont été engagées, comme cela est requis à l'alinéa a); il aura vraisemblablement plutôt résulté d'une évolution des réalités sur le terrain.

Enfin, un dernier critère qui aura probablement pour effet d'exclure un grand nombre d'employés de SMP/SSP de la définition est le critère contenu à l'alinéa d), à savoir que la personne dont il s'agit «n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit». À titre d'exemple, ceci exclut de la définition tous les employés américains, britanniques et irakiens des SMP/SSP engagées par ces États ou par n'importe quel autre acteur en Irak.

Qui plus est, cette exigence aboutit à un résultat qui paraît arbitraire, en établissant des distinctions qui ne peuvent qu'être dénuées de tout fondement entre personnes de nationalités diverses. Pour reprendre l'exemple de l'Irak, ce critère de nationalité signifie qu'un ressortissant des États-Unis et un ressortissant chilien pourraient travailler ensemble, en tant qu'employés de la même SMP/SSP, avec un contrat identique et menant exactement la même activité, mais le citoyen américain ne serait pas considéré comme mercenaire, alors que le Chilien tomberait dans cette catégorie. On ne voit pas la raison pour laquelle le comportement de l'une de ces personnes serait passible de poursuites pénales, mais pas celui de la deuxième.

Sans ouvrir un débat sur la question de savoir s'il serait souhaitable et faisable de modifier la définition du mercenaire¹⁶⁴, le critère de la nationalité est la

163 US Department of Defence Instruction N° 3020.41, *op. cit.* (note 35), par. 6.1.5.

164 Un examen des travaux de la Commission des droits de l'homme consacrés au thème des mercenaires et en particulier des activités des deux Rapporteurs spéciaux sur les mercenaires, Enrique Bernales Ballesteros et son successeur Shahista Shameen, ainsi que du Groupe de travail sur les mercenaires, qui a repris ce mandat en 2005, sortirait du cadre du présent article. Signalons cependant qu'un amendement éventuel à la définition du mercenaire inscrite dans la Convention des Nations Unies fait l'objet de discussions depuis plusieurs années, et a entre autres été évoqué lors d'une série de trois réunions d'experts organisées en 2001, en 2002 et en 2004. Doc. Nations Unies E/CN.4/2001/18, 14

composante qui semble la plus éloignée des réalités d'aujourd'hui. Il s'expliquait lors des négociations du Protocole additionnel I par la préoccupation des États à l'égard d'une ingérence *étrangère* dans les conflits, mais il exclut aujourd'hui une large proportion des personnes qui fournissent des services militaires, et il crée des distinctions injustifiées entre des personnes qui réalisent les mêmes activités. Pour éviter des résultats aussi arbitraires, il a été suggéré qu'à tout le moins, cette condition soit interprétée comme s'appliquant à la nationalité des sociétés, plutôt qu'à celle des employés pris individuellement.

Conclusion

Comme nous l'avons indiqué au départ, il existe bel et bien un cadre juridique contraignant qui régit les activités du personnel des SMP/SSP dans des situations de conflit armé. Il n'est donc pas nécessaire de rédiger de nouvelles règles à l'échelon international.

Ceci ne signifie pas que la situation soit sans ambiguïté du point de vue juridique, ni que l'application des obligations dans la pratique ne pose aucun problème. Pour déterminer le statut du personnel des SMP/SSP et les obligations qui en découlent, il est nécessaire d'aborder certaines des questions les plus complexes du droit international humanitaire, comme celle de savoir qui sont les combattants et ce qu'il faut entendre par participation directe aux hostilités. Il s'agit là de questions auxquelles on ne peut répondre que cas par cas.

Quant à l'impératif de faire respecter le droit, force est de constater que les poursuites sont rares, alors même qu'il existe des obligations claires d'amener les personnes soupçonnées de violations graves du droit international humanitaire à répondre de leurs actes devant des tribunaux. On ne peut que déplorer cet état de fait, qui favorise l'impunité, qui prive les victimes de recours judiciaire, qui ne fournit aucune dissuasion contre les violations futures et qui peut donner l'impression qu'il n'existe pas de droit applicable, ce qui accroît le risque de nouvelles violations.

Qui plus est, le présent article s'est limité à décrire la situation au regard du droit international humanitaire, qui représente la dimension la plus simple du cadre juridique régissant les opérations des SMP/SSP. Or, le droit international humanitaire ne s'applique qu'en période de conflit armé. Lorsque ces sociétés opèrent dans d'autres contextes, ce corpus de textes juridiques n'est pas pertinent, et leurs activités sont alors régies par le droit pénal local, voire le cas échéant par le droit relatif aux droits de l'homme. D'autre part, même lorsqu'elles sont actives sur le territoire d'États qui connaissent un conflit armé, le

février 2001; Doc. Nations Unies E/CN.4/2003/4, 24 juin 2002, et Doc. Nations Unies E/CN.4/2005/23, 18 janvier 2005. Dans son rapport présenté en 2005 à l'Assemblée générale des Nations Unies, le Rapporteur spécial a notamment recommandé que la sixième Commission de l'Assemblée générale ou la Commission du droit international réalise une étude de la définition des mercenaires. Doc. Nations Unies A/60/263, 17 août 2005, par. 60.

droit international humanitaire n'est applicable qu'aux actes qui sont commis dans le contexte du conflit et qui lui sont associés. Un grand nombre des activités de ces sociétés ne sont pas dans ce cas, et ne sont donc couvertes que par le droit local, et, là encore, éventuellement par le droit des droits de l'homme. Quant à la mesure dans laquelle le droit relatif aux droits de l'homme s'applique aux activités des SMP/SSP, il s'agit d'une question juridique bien plus complexe que leur statut au regard du droit international humanitaire, et une analyse détaillée à cet égard reste à entreprendre.

Pour en revenir au cadre juridique esquissé dans le présent article, il est possible de formuler un certain nombre de suggestions pour tenter de résoudre certaines des difficultés juridiques et des préoccupations d'ordre politique que nous avons recensées.

Premièrement, les problèmes soulevés par les types d'activités qui peuvent être effectuées par les employés des SMP/SSP et les doutes touchant leur statut s'ils participent directement aux hostilités pourraient être réglés si les États faisaient en sorte que ces personnes ne mènent aucune activité qui pourrait constituer une participation directe aux hostilités, sauf si elles sont enrôlées dans les forces armées. Cette manière de procéder présenterait de nombreux avantages. Elle leverait tout doute quant au statut des personnes concernées lors de leur capture puisqu'elles auraient droit au statut de prisonnier de guerre, indépendamment de la question de savoir si elles ont participé directement aux hostilités. Elle supprimerait aussi le risque que des employés de SMP/SSP soient considérés comme des mercenaires, puisque de toute évidence ils échapperaient à la définition. Enfin, elle placerait ces employés sous le commandement et le contrôle de la hiérarchie et du système disciplinaire militaires. Cela répondrait aux préoccupations exprimées par des membres des forces armées au sujet de leur manque d'autorité sur les employés des SMP/SSP¹⁶⁵ et permettrait d'intégrer ceux-ci au système perfectionné dont disposent les forces armées afin de faire respecter le droit international humanitaire. Quant aux employés, ils seraient certes, en tant que membres des forces armées, exposés au risque d'attaque en tout temps, mais en revanche ils ne pourraient être tenus pénalement responsables en tant que «belligérants non privilégiés» ou «combattants illégaux»¹⁶⁶.

Deuxièmement, les États pourraient envisager d'élargir la compétence de leurs tribunaux pour donner davantage de possibilités d'intenter des

165 Le major William Epley a formulé cet argument de manière éloquent: «plus la fonction à remplir est proche du bruit du canon, et plus il est nécessaire que des soldats en soient chargés, car la nécessité de la discipline et du contrôle est d'autant plus grande.» William Epley, *Contracting in War: Civilian Combat Support of Fielded Armies*, US Army Centre of Military History, 1989, p. 1.

166 Le Royaume-Uni a fait preuve d'imagination pour traiter ce problème. La loi de 1996 «Sponsored Reserve Act» exige qu'une partie de la main-d'œuvre de tout contractant du gouvernement soit composée de membres d'une unité militaire de réserve. Au titre de cet arrangement, le gouvernement britannique peut, en cas de besoin, «détacher» des réservistes employés de SMP/SSP, qui sont mobilisés et déployés en tant que membres des forces armées en uniforme, et agissent sous le commandement et le contrôle de commandants militaires. En tant que membres des forces armées, ils ont le droit de participer directement aux hostilités, et ils ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. Voir, p. ex., Blizzard, *op. cit.* (note 73), pp. 10 et suiv., avec les références citées.

poursuites en cas d'infractions commises par le personnel des SMP/SSP. Des démarches fondées sur la responsabilité de la société, plutôt que sur celle de ses employés, seraient préférables pour diverses raisons: la responsabilité pénale individuelle existe déjà, les sociétés ont des ressources bien plus importantes pour verser des dédommagements, et le fait de considérer la société comme responsable présente plus de chances d'influer sur ses pratiques futures. Les méthodes possibles pourraient comprendre l'institution de la responsabilité pénale ou civile des sociétés lorsqu'elles commettent des actes qui constituent de graves violations du droit international humanitaire et l'octroi aux tribunaux d'une compétence extraterritoriale à l'égard de tels actes.

Troisièmement, les États qui engagent fréquemment des SMP/SSP pourraient envisager d'adopter des directives qui définissent leur position et leur politique sur certaines questions clés, comprenant par exemple les types d'activités pouvant être réalisées par le personnel des SMP/SSP, des exigences concernant la vérification préalable et la formation du personnel, une répartition claire des responsabilités entre l'État et la société pour ce type de questions et pour l'exercice du contrôle et de la discipline à l'égard des employés, des règles relatives à la sous-traitance, ainsi que des mécanismes pour la présentation de rapports et pour les enquêtes sur les allégations de violation du droit international humanitaire. En outre, les règlements touchant les marchés publics pourraient être modifiés pour inclure des critères, tels que la vérification préalable et la formation du personnel, qui devraient être respectés par les SMP/SSP afin d'encourager le respect du droit international humanitaire. De telles mesures pourraient considérablement aider les États à assumer leur responsabilité de garantir le respect, par les sociétés qu'ils engagent, du droit international humanitaire.

Enfin, les États de nationalité des SMP/SSP fournissant des services à l'étranger ainsi que les États sur le territoire desquels opèrent ces sociétés pourraient envisager d'adopter des lois régissant la prestation de ces services. Ceci leur permettrait d'encourager le respect du droit international humanitaire et de régler un certain nombre d'autres questions. Un cadre réglementaire permettrait à l'État de nationalité des sociétés d'exercer un certain contrôle sur les activités de ses sociétés à l'étranger, ce qui est essentiel, entre autres, pour éviter le risque de voir des sociétés enfreindre les obligations légales de l'État et ses intérêts de politique étrangère. La réglementation permettrait aussi à l'État sur le territoire duquel opèrent les SMP/SSP de déterminer quels types d'activités peuvent être réalisées par des acteurs privés, d'exiger le respect de certaines normes minimales, y compris celles qui concernent le port des armes, et de recueillir des données empiriques sur le nombre de sociétés et celui de leurs employés en activité sur son sol.

Attribution de mandats aux entreprises de sécurité et militaires privées et régulation de leurs activités: éléments à considérer

Michael Cottier*

Michael Cottier est chef-adjoint de la Section des droits de l'homme et du droit humanitaire, Direction du droit international public, Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), Confédération suisse.

Résumé

Les questions clés posées par le recours aux entreprises militaires et aux entreprises de sécurité privées, notamment en zones de conflit, tiennent en deux mots: responsabilité et contrôle. Rares sont les États qui se sont déjà dotés d'une réglementation nationale en la matière. En premier lieu, les États ont un rôle à jouer en tant que mandants, ou «donneurs d'ordres». L'adoption de normes et de procédures judicieuses pour la sélection, l'engagement et la surveillance de ces mandataires privés contribuerait sans doute à promouvoir le respect des droits humains et du droit international humanitaire de la part des entreprises et de leurs employés. En second lieu, tant les États «hôtes», sur le territoire desquels les entreprises opèrent, que les États «exportateurs» pourraient envisager de se doter d'une réglementation visant à promouvoir la responsabilité des entreprises et à accroître le contrôle exercé sur elles. Il reste encore beaucoup à faire dans ce domaine. Le présent article passe donc en revue différentes options pouvant être envisagées.

.....

* Original anglais, «Elements for contracting and regulating private security and military companies», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N° 863, septembre 2006, pp.637-663.

Les opinions exprimées dans le présent article sont personnelles et ne reflètent pas nécessairement la position du Département des affaires étrangères. L'auteur souhaite remercier Emanuela-Chiara Gillard et Marina Caparini pour les commentaires apportés à une version précédente de ce texte.

Le phénomène du recours aux entreprises militaires et aux entreprises de sécurité privées s'est amplifié au cours des conflits de ces dernières années, et pas uniquement en Irak. Certes, les clients de ces entreprises appartiennent souvent au secteur privé, qui, dans la plupart des pays, constitue probablement aujourd'hui leur principale source de revenus. Néanmoins, tant les organisations non gouvernementales et les organisations internationales que les États utilisent aussi leurs services. C'est pour des raisons diverses, notamment la réduction des effectifs militaires survenue depuis la fin de la guerre froide, que les gouvernements font de plus en plus appel à des entreprises privées. Ils leur confient différentes tâches: protection des personnes et des biens (militaires et non militaires), activités de formation et de conseil auprès des forces armées et des forces de sécurité, services d'experts en matière d'entretien et d'utilisation de systèmes d'armements complexes, recueil de renseignements et, plus rarement, participation aux opérations de combat¹.

La vente transnationale de services de sécurité et de services militaires privés soulève de nombreuses questions d'ordre politique, juridique et pratique. La situation des prestataires de ces services par rapport aux concepts et cadres juridiques existants n'est pas toujours claire. Le fait que les États, auxquels le droit international fait essentiellement référence, constituent le pivot du système international explique en partie le flou actuel. Le rôle croissant des acteurs paraît aujourd'hui «égratigner», peut-être même menacer, le monopole que les États détiennent (ou détenaient?) dans les domaines du recours à la force et des activités de guerre.

Le fait d'armer des entreprises privées soulève des questions fondamentales à trois égards: la transparence, le contrôle des moyens de violence et, enfin, la responsabilité des acteurs privés armés (des tierces parties risquant en effet d'avoir à supporter de lourdes conséquences, ou même des effets meurtriers, de leur conduite). Le contrôle et la responsabilité revêtent une importance particulière lorsque ces entreprises interviennent dans des situations de conflit et d'après-conflit, la force publique étant souvent inefficace dans ce type de situations. Le terme de «responsabilité» est compris ici comme signifiant «pouvant être tenu responsable», c'est-à-dire ayant à rendre compte de ses propres actes. Au sens juridique, les entreprises et/ou leurs employés sont responsables dans la mesure où ils peuvent être tenus responsables au regard du droit (et sont passibles de sanctions sur les plans pénal ou civil) en cas de violation des lois, des règlements ou des contrats. Les entreprises et leurs employés peuvent également être responsables dans un sens plus large, politique ou sociétal, dans la mesure où ils sont censés «rendre des comptes» en particulier aux autorités publiques et/ou aux victimes et autres personnes affectées par leur conduite.

Lorsque des prestataires de services de sécurité et/ou de services militaires privés interviennent, [en particulier] deux questions se posent: comment peut-on résoudre les questions de contrôle et de responsabilité et quels seraient les moyens de promouvoir le respect des droits humains et du droit international humanitaire? Il n'existe sans doute malheureusement aucune manière simple de répondre à ces questions. Aucune solution «attrape-tout» ne saurait résoudre les problèmes

1 Voir, par exemple, Peter W. Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, Ithaca (N.Y.) 2003.

complexes qu'entraîne la fourniture transnationale de prestations militaires et de services de sécurité privés dans des situations de conflit et autres contextes caractérisés par l'instabilité. De manière générale, les conférences et les réunions d'experts qui se sont tenues récemment ont conclu à la nécessité de la mise en place, par les différents acteurs, de politiques et de mécanismes complémentaires². Idéalement, les différentes «strates» de contrôle et de réglementation devraient venir se compléter, voire même être reliées entre elles, et reposer sur des normes homogènes³.

Pour les clients, les contrats établis avec les prestataires de services constituent l'un des moyens principaux, et les plus directs, de demander aux entreprises privées et à leurs employés de respecter certaines normes et d'éviter des effets externes indésirables⁴. Un autre moyen de résoudre certains problèmes résiderait dans l'autorégulation des intéressés eux-mêmes: les prestataires de services privés pourraient, par exemple, adopter – dans chaque entreprise ou dans l'ensemble du secteur – des normes telles que des codes de conduite publics; ils pourraient aussi veiller à ce que les associations professionnelles fassent effectivement respecter les normes établies d'un commun accord⁵.

- 2 Voir, par exemple, Initiative suisse, Atelier d'experts organisé les 16 et 17 janvier 2006 à Zurich, *Synthèse du Président*, 11 septembre 2006, p. 5, disponible à l'adresse suivante: <http://www.eda.admin.ch/psc> (dernière consultation le 18 décembre 2006). Voir également Benjamin Perrin, «Promoting Compliance of Private Security & Military Companies with International Humanitarian Law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 88, N° 863, septembre 2006.
- 3 À propos de la nécessité d'une «écologie de la régulation» face aux entreprises militaires privées, voir Kathleen M. Jennings, *Armed Services: Regulating the Private Military Industry*, Fafo-Report 532, 2006, pp. 11 et suiv., disponible à l'adresse suivante: <http://www.faf.no/> (dernière consultation le 14 décembre 2006).
- 4 Voir, par exemple, Laura A. Dickinson, «Contract as a tool for regulating private military companies», in Simon Chesterman/Chia Lehnardt (Sous la direction de), *From Mercenaries to Markets: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press (à paraître en 2007). Voir également W. Hays Parks, *The Perspective of Contracting and «Headquarters» States*, document d'information préparé pour l'atelier d'experts de l'Initiative suisse du 16-17 janvier 2006, pp. 5 et 6, disponible à l'adresse suivante: <http://www.eda.admin.ch/psc> (dernière consultation le 14 décembre 2006).
- 5 Ainsi, l'association britannique des entreprises de sécurité privées (British Association of Private Security Companies / BAPSC/) a adopté une charte, disponible à l'adresse suivante: <http://www.bapsc.org.uk> (dernière consultation le 18 décembre 2006), ainsi que des critères d'adhésion. Un groupe d'intérêt (The International Peace Operations Association / IPOA) a élaboré un code de conduite qui en est à sa onzième version; il est disponible à l'adresse suivante: <http://ipoaonline.org> (dernière consultation le 18 décembre 2006). En Irak, une association (*The Private Security Company Association of Iraq / PSCAI*) a fait figurer dans la section 9 de la charte qu'elle a récemment adoptée un «mini code de conduite», toutefois trop court et formulé de manière trop générale pour donner des indications utiles; ce document est disponible sur: http://www.pscai.org/Docs/PSCAI_Charter_Final.pdf (dernière consultation le 9 décembre 2006). L'intention de créer une association européenne des entreprises de sécurité privées (également actives hors d'Europe) a été annoncée lors d'une table ronde qui s'est tenue à Bruxelles le 7 décembre 2006: voir Security and Defence Agenda (SDA), *The private security phenomenon: policy implications and issues*, disponible à l'adresse suivante: <http://www.forum-europe.com/publication/ScD-PrivateSecurityDec2006.pdf> (dernière consultation le 30 janvier 2007). A la différence de cette création relativement récente d'associations d'entreprises de sécurité, il existe depuis de nombreuses années des associations d'entreprises de sécurité opérant dans le contexte domestique (et non dans les situations de conflit). La Confédération des services de sécurité européens (CoESS) a également élaboré un code de conduite pour les prestataires de services de sécurité privée: voir CoESS/UNI-Europa, Code de conduite et d'éthique pour le secteur de la sécurité privée, juillet 2003, disponible à l'adresse suivante: http://www.coess.org/documents/code_de_conduite.pdf (dernière consultation le 18 décembre 2006). Voir également Andrew Bearpark/Sabrina Schulz, «The Regulation of the Private Security Industry and the Future of the Market», in Chesterman/Lehnardt (Sous la direction de)(note 4).

Les États ont manifestement un rôle à jouer, à titre individuel comme aux niveaux régional ou international. En vertu du droit international, soit les États ont des obligations directes, soit ils doivent se conformer aux normes de diligence requise. Dans le cas d'opérations à mener à l'étranger, les «États mandants» (c'est-à-dire les États qui engagent des entreprises de sécurité et des entreprises militaires privées) doivent respecter leurs obligations juridiques internationales. L'externalisation des activités ne saurait en effet les soustraire à leurs obligations. Par exemple, les États mandants sont tenus de faire respecter le droit international humanitaire. Les États sont en outre responsables des violations du droit international – en particulier dans les domaines des droits humains et du droit international humanitaire – commises par des agents privés qu'ils ont mandatés, lorsque ces violations leur sont imputables⁶. Les «États hôtes» (sur le territoire desquels de telles entreprises opèrent) et les «États exportateurs» (à partir du territoire desquels les services de ces entreprises sont exportés) doivent, par exemple, réprimer les violations graves des Conventions de Genève. De plus, dans certaines circonstances, les États doivent prendre les mesures appropriées, ou se conformer aux normes de diligence requise, afin de prévenir et, le cas échéant, réprimer les actes des entreprises privées ou de leurs employés qui attentent aux droits humains; ils doivent en outre entreprendre les enquêtes nécessaires ou réparer les torts causés⁷. Les normes et les procédures d'attribution de mandats aux entreprises privées peuvent avoir plusieurs effets (tout comme, d'ailleurs, la réglementation nationale énonçant les conditions que les mandataires doivent remplir pour recevoir, des États hôtes comme des États exportateurs, l'autorisation d'exercer leurs activités). Trois objectifs sont visés: assurer un contrôle sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées; accroître leur responsabilité; contribuer à promouvoir le respect, tant par les entreprises que par leurs employés, des normes internationales relatives aux droits humains ainsi que du droit international humanitaire⁸.

6 Sur la question de savoir dans quels cas la conduite d'un contractant privé peut être imputée à l'État qui loue ses services, voir Centre universitaire de Droit international humanitaire, *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for Their Actions*, 2005, disponible à l'adresse suivante: http://www.ucihl.org/communication/private_military_contractors_report.pdf (dernière consultation le 14 décembre 2006); Chia Lehnhardt, «Private military companies and state responsibility», in Chesterman/Lehnardt (Sous la direction de)(note 4).

7 Voir Comité des Droits de l'Homme, *Observation générale 31 relative à la nature de l'obligation juridique générale des États parties au Pacte*, Document des Nations Unies CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), par. 8.

8 À propos des obligations que le droit international des droits de l'homme assigne aux États dans leur relation avec ce type d'entreprises, voir Andrew Clapham, *Revue internationale de la Croix-Rouge*; Vol. 88, N° 863, septembre 2006; Françoise Hampson, *The Implications of Human Rights Law*, document d'information préparé pour l'atelier d'experts organisé dans le cadre de l'Initiative suisse les 13 et 14 novembre 2006 (non publié, au dossier de l'auteur); Cordula Droge, *Private Military and Security Companies and Human Rights: A Rough Sketch of the Legal Framework*, document d'information préparé pour l'atelier d'experts organisé dans le cadre de l'Initiative suisse les 16-17 janvier 2006, disponible à l'adresse suivante: <http://www.eda.admin.ch/psc> (dernière consultation le 14 décembre 2006); Alexis Kontos, «Private security guards: privatized force and State responsibility under international human rights law», *Non-State Actors and International Law*, Vol. 4, N° 3, 2004, p. 199. À propos des obligations que le droit international humanitaire assigne aux États, voir Emanuela-Chiara Gillard, «Business Goes to War: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 88, N° 863, septembre 2006; Lindsey Cameron, «Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian law and its Impact on their Regulation», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 88, N° 863, septembre 2006. À propos de la réglementation de ce secteur d'activité,

Le présent article examine un certain nombre d'options – en matière d'attribution de mandats et de dispositions réglementaires – qui s'offrent aux États, principalement en ce qui concerne la fourniture transnationale de services de sécurité et de services militaires privés, l'accent étant mis sur ce type de prestations dans les situations de conflit et dans les États fragiles. L'article envisage en particulier divers éléments pouvant figurer dans les normes d'attribution de mandats par les États qui engagent de telles entreprises. Il examine aussi divers éléments pouvant être pris en compte dans les cadres réglementaires établis tant dans les États hôtes que dans les États exportateurs. Les options envisagées s'appuient, pour une part, sur la pratique actuelle en matière d'attribution de mandats, ainsi que sur les cadres réglementaires – existants ou prévus – relatifs à la vente transnationale de services de sécurité et de services militaires privés. Dans les domaines où les précédents internationaux sont rares, les options présentées s'appuient également sur les contextes domestiques. Ces divers éléments contribueront, espère-t-on, à encourager la poursuite de l'analyse comparative des cadres réglementaires en vigueur ainsi que la définition de modalités pratiques.

États mandants

Les clauses du contrat constituent un moyen simple, et ayant un impact direct, de réglementer le comportement du mandataire. Le contrat spécifie les conditions, en termes de conduite et d'emploi du personnel, que doit accepter de respecter toute entreprise voulant être compétitive et remporter l'appel d'offres; l'entreprise doit en outre démontrer qu'elle est apte à respecter ses engagements. Ainsi, un examen attentif des procédures d'attribution du contrat, ainsi que de ses clauses et des modalités du contrôle de son application, peut, d'une part, faciliter le choix des meilleurs services et la mise en œuvre des normes souhaitées et, d'autre part, promouvoir l'obligation de rendre compte dont devront s'acquitter les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées, notamment en ce qui concerne le respect du droit international des droits humains et du droit international humanitaire⁹.

La présente section est consacrée aux problèmes pratiques risquant de se poser lors de l'engagement des entreprises privées; elle examine également les éléments possibles du contrat et les critères à l'aune desquels les candidats et les services qu'ils proposent peuvent être évalués. Un certain nombre de meilleures pratiques ont déjà été compilées. Par exemple, le manuel¹⁰ élaboré

voir, par exemple, Caroline Holmqvist, *Private Security Companies: the Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper, N° 9, janvier 2005; Kathleen Jennings (note 3); Fred Schreier/Marina Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Centre pour le contrôle démocratique des Forces armées, Genève, mars 2005, p.120.

9 Voir, par exemple, Laura A. Dickinson (note 4). Voir également W. Hays Parks (note 4).

10 CoESS et Uni-Europa, Choisir le meilleur rapport qualité-prix: guide pour l'attribution des marchés de services dans le domaine de la surveillance et de la sécurité privée, 10 juin 1999, disponible à l'adresse suivante: http://www.coess.org/documents/security_contracts_french.pdf (dernière consultation le 9 décembre 2006). La CoESS a produit plusieurs autres documents intéressants, tous disponibles sur le site de l'organisation: <http://www.coess.org> (dernière consultation le 9 décembre 2006).

en 1999 par la Confédération européenne des services de sécurité (CoESS) et Uni-Europa (syndicats) contient des recommandations utiles. Toutefois, étant destiné aux organisations qui attribuent des contrats pour des services de gardiennage privés, ce manuel est axé sur la prestation de services des contextes domestiques et en temps de paix. À l’opposé, les directives du SEESAC présentent des meilleures pratiques spécifiquement adaptées aux situations d’après-conflit dans la région du sud-est de l’Europe¹¹.

Renseignements à fournir par l’entreprise qui soumissionne

Le prix ne devrait pas être le seul critère utilisé pour sélectionner le meilleur prestataire de services de sécurité ou de services militaires privés. D’autres éléments sont à prendre en compte (qualité du service, respect de la norme de diligence requise, éthique, formation des employés, notamment). Afin de faciliter la sélection, les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées qui soumissionnent pour obtenir un contrat devraient être priées de fournir des informations et des documents pertinents, éventuellement par le biais de réponses à un questionnaire standard¹². Les informations et documents à fournir pourraient notamment être les suivants¹³:

- preuve de la possession des licences et autorisations nécessaires selon la législation applicable, et pouvant porter sur des éléments tels que:
 - enregistrement de l’entreprise, obtention d’une licence ou encore adhésion à une association professionnelle pertinente dans l’État hôte lorsque la législation de cet État l’exige;
 - enregistrement des employés, ou obtention d’une licence, dans l’État hôte ainsi que, le cas échéant, dans les États dont les employés sont ressortissants, lorsque la législation de ces États l’exige;
- renseignements sur les propriétaires et, le cas échéant, sur les relations avec les filiales de l’entreprise, de même que sur sa situation financière, y compris présentation des états financiers montrant le chiffre d’affaires global et les profits des derniers exercices, les comptes audités et la preuve d’une couverture adéquate en matière d’assurance responsabilité civile;
- renseignements sur les qualifications des membres de la direction et des agents, portant notamment sur le mode de sélection et la procédure de vérification des antécédents, de même que sur la formation offerte, les compétences et l’expérience requises, le nombre d’employés et le taux de rotation des effectifs;

11 South Eastern and Eastern Europe Clearinghouse for the Control of Small Arms and Light Weapons (SEESAC), *The Sarajevo Client Guidelines for the Procurement of Private Security Companies*, disponible à l’adresse suivante: <http://www.seesac.org/reports/Procurement%20guidelines.pdf> (dernière consultation le 9 décembre 2006).

12 Le document élaboré au Royaume-Uni par le Foreign and Commonwealth Office (FCO) – intitulé *Pre Qualification Questionnaire (PQQ) for the Procurement of Private Security Services* – constitue notamment un exemple intéressant (au dossier de l’auteur).

13 Voir également CoESS/Uni-Europa (note 10); Directives SEESAC (note 11).

- renseignements sur les principaux services que l'entreprise a fournis au cours des dernières années, en général et dans le pays concerné; informations sur les principaux contrats attribués pour la prestation de services similaires à ceux qui font l'objet de la soumission;
- informations sur les mécanismes de gestion de la qualité ou sur la certification de l'entreprise, ainsi que sur les codes de conduite applicables et autres livres de règlements officiels de l'entreprise;
- adhésion à des associations professionnelles ou de commerce.

Bien sûr, la simple présentation des informations énumérées ci-dessus ne suffit pas: l'entreprise candidate devra se montrer par la suite à la hauteur de son discours.

Critères de sélection

Plusieurs éléments pourraient constituer des critères de sélection. L'entreprise devrait notamment: posséder toutes les autorisations requises; se conformer à des procédures et normes adéquates en matière de sélection des employés, de vérification de leurs antécédents et de leur formation; disposer de livres de règlements officiels et de procédures opérationnelles standard; enfin, avoir mis en place un système interne de surveillance ainsi que des mécanismes de contrôle et de sanctions. Le fait d'être membre d'une association professionnelle et d'adhérer à son code de conduite¹⁴, le fait de se soumettre à l'inspection d'une organisation indépendante ou même d'une association de commerce respectée, ou de recevoir l'accréditation de tels organismes, pourraient également être considérés comme des indicateurs de qualité¹⁵. D'autres critères peuvent, au contraire, disqualifier une entreprise. Il s'agit notamment de l'implication de la direction ou des employés dans des délits graves, de la commission dans le passé de sérieux écarts de conduite professionnelle, de la présentation d'informations fallacieuses, ou encore d'une situation financière douteuse et d'un manque de transparence au sujet des propriétaires de l'entreprise. Tant le manuel de la CoESS et d'Uni-Europa (relatif à l'attribution de contrats de gardiennage privés) que les Directives de la SEESAC proposent des schémas systématiques d'évaluation. Les offres peuvent ainsi être appréciées en fonction d'éléments répartis en quatre catégories: normes relatives au personnel, gestion/opérations, infrastructure et normes établies au sein de l'entreprise¹⁶.

Spécification des obligations par voie de contrat

Une fois l'entreprise choisie, le contrat offre un moyen simple et direct de spécifier les obligations de l'entreprise et de ses employés. De fait, le contrat peut

14 Au Royaume-Uni, le gouvernement a déclaré que l'adhésion à un tel code pourrait véritablement devenir l'un des facteurs pris en compte pour autoriser l'exportation de services militaires privés, voir Comité des Affaires étrangères, *Response of the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (with regard to the Green Paper)*, Session 2001–2002, octobre 2002.

15 Laura A. Dickinson (note 4).

16 CoESS/Uni-Europa (note 10), pp. 7–8, 12–16 et 23–24; Directives SEESAC (note 11), pp. 5–6.

stipuler que l'entreprise et ses employés doivent se conformer à la législation de l'État sur le territoire duquel ils opèrent et qu'ils sont tenus de respecter l'ensemble des dispositions applicables du droit international, y compris des droits humains et, le cas échéant, du droit international humanitaire¹⁷. Le contrat pourrait même prévoir que les entreprises privées doivent se conformer aux règles pertinentes des droits humains et du droit humanitaire qui sont applicables aux acteurs étatiques. Une telle disposition (qui, au niveau du concept, se rencontre parfois dans des contextes domestiques) permettrait d'éviter la nécessité de vérifier si une entreprise privée spécifique est ou non un acteur gouvernemental – juridiquement tenu, par conséquent, d'obéir aux mêmes règles que l'État; elle permettrait, en tout cas, de contrôler le respect des clauses du contrat¹⁸. S'agissant des normes devant être respectées par les entreprises et leurs employés, il pourrait également être fait référence à certaines normes non contraignantes. Ce sont, notamment, les Principes volontaires en matière de sécurité et de droits de l'homme¹⁹, le Code de conduite des Nations Unies pour les responsables de l'application des lois²⁰ et, enfin, les Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes par les responsables de l'application des lois des Nations Unies (1990)²¹. De même, il pourrait être fait mention des meilleures pratiques mises au point par des entreprises, la société civile ou des gouvernements, à l'instar d'instruments tels que le Code de conduite de la SEESAC pour les entreprises de sécurité privées (Code de Sarajevo)²².

Le contrat pourrait également prévoir certaines obligations. Il pourrait notamment: demander que tous les employés soient identifiables (au minimum par le biais de cartes d'identité); interdire de transférer le contrat à un tiers, ou conditionner ce transfert à l'obtention d'une autorisation préalable; enfin, exiger le respect des normes anti-corruption et de transparence et stipuler qu'il convient d'éviter les activités susceptibles de provoquer un conflit d'intérêts. Le devoir de confidentialité pourrait également y être rappelé. La sélection des agents qui opèrent sur le terrain revêt une importance capitale. Le contrat pourrait donc explicitement prévoir que l'entreprise doit vérifier les antécédents de tous ses employés et qu'elle ne peut ni engager ni armer quiconque

17 Aux États-Unis, une instruction émise en 2005 par le Département de la Défense stipule que les mandataires devront «respecter les lois et réglementations applicables, la politique générale du Département de la Défense et les accords internationaux» – DoD Instruction, N°. 3020.41, 3 octobre 2005, par. 6.1 (Traduction CICR).

18 Laura A. Dickinson (note 4).

19 «Voluntary Principles on Security and Human Rights», disponible (en anglais) à l'adresse suivante: <http://www.state.gov/g/drl/rls/2931.htm> (dernière consultation le 9 décembre 2006).

20 Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979 (Résolution 34/169), disponible sur: http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/h_comp42_fr.htm (dernière consultation le 23 avril 2007).

21 Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990; document disponible à l'adresse suivante: www.un.org/french/documents/ecosoc/docs/1999/ecn41999f.pdf (dernière consultation le 23 avril 2007).

22 PNUD/SEESAC, *The «Sarajevo Process Code of Conduct»*, 2006, disponible à l'adresse suivante: <http://www.seesac.org/reports/Code%20of%20conduct.pdf> (dernière consultation le 9 décembre 2006).

aurait un casier judiciaire ou aurait été mêlé dans le passé à des atteintes aux droits humains ou au droit international humanitaire. Afin que les antécédents de tous ses employés puissent être contrôlés de manière plus rigoureuse, l'entreprise pourrait aussi devoir fournir la liste de son personnel. Les personnes dont il serait établi qu'elles ne répondent pas aux critères devraient être immédiatement déchargées de leurs fonctions.

Formation

La formation adéquate des employés constitue l'un des éléments pouvant contribuer de façon décisive au respect des droits humains et du droit international humanitaire, tout en favorisant une conduite appropriée sur le terrain. Par conséquent, l'entreprise devrait être tenue, aux termes mêmes du contrat, de s'assurer que tout employé qui s'acquitte des tâches en question a bénéficié d'une formation suffisante, tant sur le plan général qu'en ce qui concerne le contexte et les services spécifiques relevant de chaque affectation. La formation devrait, de manière générale, couvrir les domaines suivants: procédures opérationnelles standard dans les situations auxquelles on peut s'attendre; conduite à tenir vis-à-vis des personnes faisant preuve d'un comportement violent, y compris en cas de légitime défense et de défense d'autres individus; règles applicables du droit national et du droit international (droits humains et, le cas échéant, droit international humanitaire compris); sensibilité culturelle (conduite appropriée vis-à-vis des personnes ayant des origines différentes sur les plans culturel, religieux ou autre), en particulier dans un contexte transnational; règles relatives aux pots-de-vin et aux conflits d'intérêts; parfois même, premiers secours et risques sanitaires. De plus, le contrat devrait exiger que tout employé appelé à porter une arme soit formé à son maniement et connaisse les règles opérationnelles applicables. Le contrat pourrait en outre spécifier que toutes les armes doivent être dûment enregistrées.

Une instruction datant de 2005 du Département américain de la Défense stipule qu'avant leur déploiement, toutes les entreprises doivent «valider ou achever toute formation requise, couvrant, par exemple, les thèmes suivants: Conventions de Genève; droit des conflits armés; instructions générales; règles de comportement; protection armée; récupération de personnel; questions médicales; sécurité opérationnelle; lutte contre le terrorisme; équipement de protection contre les risques nucléaires, biologiques et chimiques; informations sur le pays et sensibilisation à la culture locale; enfin, tout autre complément de formation jugé indispensable²³». (Traduction CICR.)

Contrôle

L'exercice d'un contrôle et d'une surveillance appropriés – tant de la part de l'entreprise elle-même que de la part de l'autorité qui lui confie le mandat et/ou de la

23 Département américain de la Défense, Instruction N° 3020.41 (*Instruction on Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces*), 3 octobre 2005, par. 6.2.7.1.

part d'autres instances – contribue de manière capitale à promouvoir le principe de responsabilité. Il peut être demandé à l'entreprise, par contrat, de contrôler et de sanctionner elle-même tout comportement abusif (en mettant par exemple en place un dispositif de contrôle interne faisant appel à des « mouchards » au sein de l'entreprise). De plus, le contrat devrait toujours préciser les obligations de l'entreprise en matière de présentation de rapports à l'autorité qui lui confie le mandat. Il peut s'agir notamment des documents suivants: rapports périodiques sur l'exécution du mandat; rapports faisant suite à des incidents particuliers (usage de la violence, changements dans l'effectif ou infractions – possibles, suspectées ou alléguées – au droit); rapports établis à la demande de l'autorité qui loue les services de l'entreprise; enfin, rapports transmis aux autorités locales en cas de violation du droit applicable.

Pour que l'exécution du mandat ainsi que le respect des codes et réglementations applicables puissent être contrôlés de manière efficace, les autorités devraient notamment faire appel à des contrôleurs dûment formés et expérimentés. Divers indicateurs de performance pourraient être utilisés, parmi lesquels: taux d'absentéisme; emploi abusif de la force; violations des normes ou procédures établies ainsi que des codes de conduite ou des meilleures pratiques adoptés par l'entreprise ou l'industrie; infractions au droit; autres violations des termes du contrat; plaintes²⁴.

Une difficulté particulière tient au fait que l'entreprise opère loin de l'autorité qui lui confie le mandat et souvent dans des zones de conflit. En conséquence, les informations provenant de tierces parties (gouvernement du pays hôte, autres clients, société civile, organisations et médias, notamment) peuvent être utiles, bien qu'elles n'aient au mieux qu'un caractère occasionnel. En matière d'audit ou d'inspection et de contrôle, les clients pourraient envisager d'externaliser certaines fonctions et faire ainsi appel à une commission indépendante, à une entreprise, à une organisation ou à une équipe possédant une expérience dans des domaines-clés (droit international – en particulier, droit relatif aux droits humains –, pratiques commerciales et questions de sécurité et/ou militaires). La population locale risque de ne pas avoir les moyens de déposer des plaintes auprès des autorités ou des tribunaux de l'État mandant (elle risque même d'ignorer l'existence d'une telle possibilité). En conséquence, il est vraiment important de lui permettre de s'exprimer et de lui ouvrir l'accès aux tribunaux ou aux procédures alternatives de plaintes établies par le client, l'entreprise ou une association professionnelle²⁵.

L'un des moyens de favoriser la transparence et la surveillance externe des activités de l'organe de régulation réside dans la présentation au Parlement, à intervalles réguliers, de rapports accompagnés de listes des contrats en cours entre les instances gouvernementales et des entreprises militaires ou des entreprises de sécurité privées. De la même manière, la centralisation des informations relatives aux contrats passés entre les instances du gouvernement et des

24 Directives SEESAC (note 11), p. 8.

25 À propos de la faisabilité de la création de droits au bénéfice de tierces-parties, voir Laura A Dickinson (note 4).

entreprises militaires privées²⁶ est susceptible de faciliter la mise en place de normes homogènes au sein d'une administration. Par exemple, des informations sur les cas de conduite abusive (établissement et communication de listes noires) pourraient également être échangées, en particulier avec l'État hôte, voire avec d'autres clients.

Sanctions et juridiction pénale

En cas de rupture de contrat, diverses pénalités – amendes, terminaison du contrat, exclusion du processus de soumission d'offres ou encore durcissement des conditions de participation au processus – peuvent être prévues dans le contrat lui-même. Les États devraient s'assurer de l'existence d'un mécanisme d'information, d'enquête et de poursuites, permettant de sanctionner toute conduite abusive. Les États devraient veiller à ce que leurs tribunaux aient la compétence de poursuivre les crimes relevant du droit international – crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de torture. Une telle compétence revêt une importance particulière lorsque les services de sécurité ou les services de nature militaire sont fournis dans des situations de conflit ou dans des États faibles, en l'absence éventuelle d'un dispositif efficace de justice pénale²⁷.

Les employés responsables de crimes au regard du droit international – comme, par exemple, les violations graves des Conventions de Genève – doivent être traduits en justice, ou extradés à cette fin s'ils sont retrouvés sur le territoire de l'État mandant. En outre, les États mandants devraient examiner leur éventuelle compétence vis-à-vis des employés étrangers de l'entreprise de sécurité ou de l'entreprise militaire qu'ils ont engagée, dans la mesure où ces employés commettent des crimes hors des frontières nationales et restent à l'étranger²⁸. L'une des façons de contribuer à prévenir tout comportement criminel peut consister à établir la responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise pour des crimes relevant du droit international (tels que crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou crime de torture) commis par leurs employés et imputables à la négligence des cadres dirigeants. L'État mandant pourrait également envisager de se déclarer compétent pour recevoir des plaintes invoquant la responsabilité civile de l'entreprise, ou même la responsabilité pénale de ses employés ou de ses dirigeants.

26 Une telle approche a été recommandée, au Royaume-Uni, par le Comité des Affaires étrangères dans son Neuvième Rapport: voir *Private Military Companies: Ninth Report of Session 2002–02 (on the Green Paper)*, Session 2001 – 2002, recommandation a).

27 En Irak, l'Autorité provisoire de la coalition (CPA) a même accordé aux contractants une immunité vis-à-vis de la justice irakienne pour les actes qu'ils commettent dans le cadre même d'un contrat (ou d'un contrat de sous-traitance) liant les États qui fournissent du personnel, etc., à la CPA, aux forces multinationales ou à d'autres liens internationaux spécifiques – voir la directive n° 17 de la CPA (révisée). L'octroi d'une telle immunité exige – afin d'éviter l'impunité – de veiller à l'existence d'un mécanisme alternatif efficace en matière d'application des lois et de justice, en particulier dans l'État mandant ou possiblement aussi dans l'État exportateur.

28 Dans le cas de crimes relevant du droit international, de nombreux États conditionnent l'exercice de la compétence universelle par leurs propres tribunaux à la présence de l'accusé sur leur territoire. Si, dans ces conditions, un État engage une entreprise devant fournir des services et si ces employés sont les ressortissants d'un autre État et commettent des crimes relevant du droit international, l'État mandant pourrait potentiellement être tenu responsable de crimes qui lui sont imputables, alors que ses propres tribunaux seraient dans l'incapacité d'engager une action contre les auteurs de ces actes.

Les circonstances dans lesquelles des gérants et des dirigeants d'entreprises militaires et d'entreprises de sécurité privées peuvent être tenus pénalement responsables, à titre individuel, d'infractions au droit international commises par leurs employés méritent de faire l'objet d'analyses et de recherches plus poussées. De fait, au sens de l'article 28, alinéa b, du Statut de Rome de 1998 de la Cour pénale internationale (CPI), les supérieurs hiérarchiques – tels que les gérants ou les dirigeants d'une entreprise – peuvent être tenus pénalement responsables des crimes commis par leurs subordonnés s'ils ont eux-mêmes omis de prendre «toutes les mesures nécessaires et raisonnables» pour prévenir ou réprimer ces actes. Néanmoins, en ce cas, plusieurs conditions cumulatives (nécessitant une interprétation) doivent être remplies. Tout d'abord, et c'est là le plus important, les subordonnés du supérieur hiérarchique doivent être placés «sous son autorité et son contrôle effectifs». Ensuite, les délits doivent être liés aux «activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs». Le supérieur hiérarchique doit savoir que «ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes» ou avoir «délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement». Il ou elle doit ne pas avoir «exercé le contrôle qui convenait» et ne pas avoir pris «toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites». Enfin, il doit en résulter au moins un risque plus élevé de commission de tels crimes²⁹.

États sur le territoire desquels les entreprises opèrent

Les États hôtes peuvent adopter des réglementations visant, notamment, à contrôler le recours à la force et à protéger leur population contre les effets indésirables pouvant résulter des activités menées par des entreprises de sécurité ou des entreprises militaires privées. La fixation de normes est d'autant plus facile qu'il existe un tel ensemble de règles officielles émanant du gouvernement et que leur application est supervisée par un organe public.

Réglementations existantes dans les États hôtes

La plupart des États européens ont adopté des réglementations, d'un type ou d'un autre, établissant les conditions dans lesquelles des entreprises de sécurité privées peuvent opérer sur leur territoire³⁰. Les cadres réglementaires, néanmoins, diffèrent

29 Voir, par exemple, Kai Ambos, «Superior Responsibility», in Antonio Cassese et al. (Sous la direction de), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, p. 823.

30 Pour une vue d'ensemble des réglementations existantes, voir CoESS / UNI-Europa, *Panoramic overview of private security industry in the 25 Member States of the European Union*, 2004, disponible à l'adresse suivante: <http://www.coess.org/studies.htm> (dernière consultation le 14 décembre 2006); Tina Weber, *A comparative overview of legislation governing the private security industry in the European Union*, ECOTEC Research and Consulting, Birmingham, 2002; SEESAC, *SALW and private security companies in South Eastern Europe: A Cause or Effect of Insecurity?*, Belgrade, 2005, disponible à l'adresse suivante: <http://www.seesac.org> (dernière consultation le 14 décembre 2006); Comité européen pour les problèmes criminels, *Regulating Private Security in Europe: Status and Prospects (Rapport du Centre pour le contrôle démocratique des Forces armées, Genève, à paraître en 2007)*.

de manière importante. Certains États (la France et le Royaume-Uni, par exemple) ont adopté des législations portant spécifiquement sur la sécurité privée³¹. Dans d'autres États, tels que la Suisse, où les réglementations sont différentes dans les diverses composantes du système fédéral, des initiatives sont en cours pour élaborer des normes communes et harmoniser les réglementations³². Ailleurs encore, le cadre réglementaire est basé sur le droit commercial général³³.

De nombreux États sur le territoire desquels des conflits armés sont en cours ou se sont déroulés récemment ne disposent toujours pas de telles réglementations. Certes, quelques exceptions existent: en Sierra Leone, des licences sont exigées en vertu de la section 19 de la loi du 4 juillet 2002 sur la sécurité et le renseignement³⁴; en Irak, la CPA (Coalition Provisional Authority / Autorité provisoire de la coalition) a issu le 26 juin 2004 une directive (n° 17, encore en vigueur à ce jour) précisant les exigences en matière d'enregistrement pour les entreprises désirant être prestataires de services privés de sécurité en Irak³⁵; dans le Kurdistan iranien, le Gouvernement régional a émis en date du 7 décembre 2005 des directives concernant les entreprises de sécurité privées³⁶, qu'il convient de rapprocher, tout particulièrement, des textes de la CPA en Irak – directives n° 17, n° 3 (révisée) (amendée), n° 17 (révisée) et n° 100. De plus, tant en Irak qu'en Afghanistan, le gouvernement a entrepris la rédaction de projets de réglementation nationale dans ce domaine.

L'élaboration, à l'intention des pays en conflit ou en transition qui ne disposent pas d'une telle réglementation, d'un cadre réglementaire-type relatif à l'obtention d'une licence par les entreprises de sécurité (ou même par les entreprises militaires) privées pourrait être considérée comme l'un des moyens d'aider le gouvernement de ces pays à se doter d'une réglementation. Un tel modèle pourrait aussi se révéler utile pour les puissances occupantes ou dans le cas de territoires sous administration des Nations Unies.

Options et éléments possibles de réglementation dans les États hôtes

Certains États peuvent souhaiter exercer un contrôle et une surveillance plus stricts sur les entreprises offrant des services de sécurité armée ou des services de nature militaire sur leur territoire. Pour introduire une réglementation spécifique, ils ont le choix entre deux principales démarches possibles. La première démarche consiste à interdire aux entreprises privées d'exécuter certaines tâches de sécurité armée ou certaines

31 Voir, par exemple, en France, la Loi réglementant les activités privées de sécurité du 12 juillet 1983, modifiée le 10 mars 2004; au Royaume-Uni, la loi de 2001 sur l'industrie de la sécurité privée (*Private Security Industry Act of 2001*), disponible sur: <http://www.the-sia.org.uk> (dernière consultation le 14 décembre 2006).

32 Voir, par exemple, Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité de la Conférence Latine des chefs des Départements de Justice et Police, disponible à l'adresse suivante: <http://www.eda.admin.ch/psc> (dernière consultation le 14 décembre 2006).

33 Voir Comité européen pour les problèmes criminels (note 30).

34 Loi de 2002 de la Sierra Leone sur la sécurité et le renseignement (*National Security and Central Intelligence Act*), disponible sur: <http://www.sierra-leone.org/Laws/2002-10.pdf> (dernière consultation le 14 décembre 2006).

35 Disponible sur: <http://www.cpa-iraq.org/regulations> (dernière consultation le 14 décembre 2006).

36 Voir http://www.psc.ai.org/Docs/Foreign_Security_Company_Guidelines.pdf (dernière consultation le 14 décembre 2006).

tâches de nature militaire, et/ou à définir les conditions auxquelles doivent satisfaire ces entreprises et leurs agents pour être autorisés à mener de telles activités. La seconde démarche prévoit la mise en place d'un régime de licences, en particulier dans les pays dont le gouvernement s'efforce de promouvoir de bons standards et d'améliorer tant la responsabilité des entreprises privées opérant sur son territoire que le contrôle qu'il exerce sur elles. Nous examinerons quatre options différentes pouvant se combiner entre elles de diverses façons:

- interdiction d'exercer sur le territoire ou dans la juridiction de l'État pour toute entreprise privée fournissant certains services de sécurité ou de nature militaire;
- nécessité, pour chaque entreprise, d'obtenir une licence opérationnelle afin d'être autorisée à entreprendre des tâches bien définies de sécurité (armée) ou de nature militaire (octroi d'une licence à l'entreprise);
- nécessité, pour chaque entreprise, d'obtenir l'approbation de contrats particuliers relatifs à la prestation de services bien définis de sécurité (armée) ou de nature militaire (octroi d'une licence ou notification pour un contrat particulier); et/ou
- nécessité, pour chaque agent, d'obtenir à titre individuel une licence opérationnelle pour être autorisé à exercer des tâches bien définies de sécurité (armée) ou de nature militaire.

Interdiction de certaines activités

Des entreprises privées pourraient se voir interdire d'exercer certaines activités de caractère militaire ou relevant de la police ainsi que d'autres tâches de sécurité armée. Par exemple, la section 9(1) de la directive n° 17 de l'Autorité provisoire de la coalition, en Irak, interdit aux entreprises de sécurité privées et à leurs employés d'exercer toute activité relevant du mandat de la force publique. Une autre option consisterait à interdire les activités mercenaires, même si une telle interdiction ne saurait contribuer de manière efficace à résoudre un grand nombre de problèmes soulevés par la prestation de services de nature militaire et de services de sécurité privés³⁷.

³⁷ Le mercenariat est défini de manière très restrictive, tant par la Convention internationale contre le recrutement, l'usage, le financement et la formation des mercenaires (1989) que par la Convention de l'Organisation de l'unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (1977). L'article premier de l'une et l'autre de ces conventions définit de la même manière les éléments cumulatifs, à savoir, notamment, la motivation de la personne «qui prend part aux hostilités en vue d'obtenir un avantage personnel» et qui est «spécialement recrutée ... pour combattre dans un conflit armé.» Il serait donc difficile de mener avec succès des poursuites à l'encontre de quiconque pour le crime de mercenariat; c'est pourquoi les observateurs ont émis des doutes quant à l'efficacité d'une telle mesure d'interdiction. De plus, le fait de mettre hors la loi les activités mercenaires n'apporterait pas de réponses aux questions soulevées par l'utilisation de la force armée par la grande majorité des employés d'entreprises militaires privées qui sembleraient ne pas tomber sous le coup de cette définition. Voir, au Royaume-Uni, *Private Military Companies: Options for Regulation* (document du Foreign and Commonwealth Office (FCO), connu sous le nom de «Green Paper»), p. 23; Peter W. Singer, «War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, N° 2, 2004; Juan-Carlos Zarate, «The Emergence of a New Dog of War: Private International Security Companies and the New World Disorder», in *Stanford Journal International Law*, Vol. 34 (1998), pp. 93 and 121; International Alert, *The Mercenary Issue at the UN Commission on Human Rights: the Need for a New Approach*, 2001, pp. 28–29.

Régimes d'octroi de licences

Obtention d'une licence par l'entreprise

La première option, dans ce cas, réside dans un dispositif classique de contrôle de l'activité commerciale, aux termes duquel, dans la juridiction d'un État, une entreprise donnée n'est autorisée à s'engager que dans une activité commerciale bien définie avec l'approbation des autorités gouvernementales. Une telle licence pourrait être octroyée pour un laps de temps limité. Là encore, les activités (de caractère militaire ou de sécurité) concernées devraient être clairement définies³⁸. L'un des éléments essentiels résiderait dans la mise en place de procédures qui ne soient pas excessivement compliquées; de plus, l'instance administrative chargée d'examiner les demandes de licence devrait disposer des ressources, de l'autorité et de la formation nécessaires. Parmi les autres points à examiner figure notamment la question de savoir si les exigences posées pour l'obtention d'une licence devraient être identiques pour les entreprises locales et les entreprises étrangères. Dans le cas des entreprises étrangères dont l'État de nationalité exige une licence opérationnelle pour la vente des services de ce type à l'étranger, la licence opérationnelle domestique pourrait être liée à la présentation de la preuve d'une licence à l'exportation en cours de validité.

Certains critères tels que ceux figurant ci-dessous pourraient être exigés pour octroyer une licence opérationnelle; ils pourraient éventuellement aussi être inclus dans le contrat, de la même façon que les éléments examinés plus haut:

- existence en tant que personne juridique, y compris, le cas échéant, preuve de l'enregistrement et/ou de la possession d'une licence générale³⁹;
- fourniture par l'entreprise elle-même d'informations suffisantes permettant d'évaluer sa réputation et sa situation financière, d'identifier ses dirigeants, ses actionnaires et leur État de résidence, la nature des services qu'elle prévoit d'offrir, etc.⁴⁰;

38 Selon la section 19, par. 9, de la loi sur la sécurité et le renseignement de la Sierra Leone (*National Security and Central intelligence Act*), une «entreprise de sécurité privée» est une «entreprise qui fournit des services de sécurité, y compris des services d'escorte armée, à des personnes, des habitations, des entreprises ou des institutions, tant publiques que privées.» (Traduction CICR.) Une définition du «gardienage» (*manned guarding*) s'appliquant aux entreprises de sécurité privée figure, par exemple, au Royaume-Uni, dans la loi de 2001 sur la sécurité privée (*Private Security Act*), 2-2.

39 La section 2, par. 1, de la directive n° 17 de la CPA, par exemple, stipule que les entreprises de sécurité privées doivent, en premier lieu, recevoir une «licence d'exploitation» (délivrée par le ministère du Commerce) leur concédant le droit général d'exercer leur activité en Irak; en second lieu, elles doivent recevoir une «autorisation d'exploiter», délivrée par le ministère de l'Intérieur conformément à la directive. Avant même de se voir délivrer l'une et l'autre de ces licences, l'entreprise peut aussi – en vertu de la même section de la directive n° 17 – devoir solliciter une «autorisation d'exploiter provisoire». Le paragraphe 4, alinéa b, de la même section demande «la preuve de l'enregistrement de l'entreprise de sécurité privée et, dans le cas où celle-ci est enregistrée dans un État autre que l'Irak, la preuve que l'entreprise de sécurité privée est enregistrée dans son État d'origine.» (Traduction CICR.)

40 La section 2, par. 4, de la directive n° 17 de la CPA exige notamment les informations suivantes: «b) le nom complet de tous les employés, cadres et directeurs de l'entreprise ...; c) des informations détaillées sur les activités que l'entreprise de sécurité privée entend déployer en Irak, en fournissant toute documentation pertinente (comme, par exemple, une copie de tous les contrats de services ou des déclarations d'intention relatives à l'engagement de l'entreprise, y compris des données concernant le nombre d'employés et de clients).» (Traduction CICR.) La section 19, par. 3, de la loi de 2002 de la

- qualification des dirigeants et des employés de l'entreprise, y compris le contrôle – par l'entreprise elle-même, par les autorités, ou par les deux – des antécédents des employés⁴¹, ainsi que la formation adéquate de ces derniers ;
- bonne gestion de l'entreprise et exigences éthiques, y compris, par exemple, existence de codes de conduite et de livres de règlements officiels appropriés, de même que de mécanismes internes de contrôle, de discipline interne et de sanctions. L'obligation d'enquêter en cas d'allégations de conduite abusive et d'infractions au droit – et de signaler ces dernières aux autorités dans certaines circonstances – devrait être mentionnée « noir sur blanc » dans la licence. Le fait d'être membre d'associations reconnues et d'adhérer aux codes de conduite de ce secteur d'activité⁴² peut constituer un facteur positif;
- situation financière saine, preuve d'une couverture d'assurance adéquate, et/ou fourniture d'une caution (confisquée en cas de violation du contrat ou du droit)⁴³;
- identification des employés, au minimum par le biais d'une carte d'identité à produire sur demande, dans le but d'accroître la responsabilité et, possiblement, de permettre le dépôt de plaintes;
- présentation de rapports périodiques sur l'exécution du mandat, de même que présentation de rapports sur les incidents. L'entreprise pourrait périodiquement faire l'objet d'une évaluation limitée ou être soumise à l'obligation de présenter des rapports, par exemple chaque fois que se produit un

Sierra Leone sur la sécurité et le renseignement (*National Security and Central Intelligence Act*) exige le même type d'informations en vue de la délivrance d'une licence: le demandeur doit notamment fournir des informations sur « b) les ressources financières ..., c) l'identité complète du demandeur et d'autres promoteurs, directeurs, et autres cadres de l'entreprise, ainsi que, d) toute autre information que [l'autorité qui délivre les licences] pourrait souhaiter recevoir. » La section 3 du document émis par le Gouvernement régional kurde, spécifiant les conditions à remplir par les entreprises privées de sécurité (*Private Security Company Requirements*), exige en outre que soient spécifiés les noms des entreprises ou des individus que l'entreprise de sécurité est chargée de protéger; les zones dans lesquelles l'entreprise mènera concrètement ses activités doivent être indiquées et diverses listes sont à fournir (nom et pays d'origine de tous les membres du personnel expatrié, nom des membres du personnel local et liste de tous les véhicules de l'entreprise).

41 La section 2, par. 5, de la directive n° 17 de la CPA stipule que les cadres et les employés doivent subir avec succès le contrôle du ministère de l'Intérieur. Des critères pouvant être utilisés pour cette vérification des antécédents personnels sont décrits ci-dessous, dans le contexte de l'octroi de licences individuelles aux agents.

42 À propos du code de conduite des services de sécurité privée en Europe, voir CoESS/Uni-Europa (note 5), *Code de conduite et d'éthique pour le secteur de la sécurité privée*, juillet 2003, disponible en anglais à l'adresse: http://www.coess.org/documents/code_of_conduct.pdf (dernière consultation le 14 décembre 2006).

43 La section 3 de la directive n° 17 de la CPA prévoit le versement d'une caution d'un montant minimum de 25 000 dollars US, ou d'un montant plus élevé, en fonction du nombre d'employés que compte l'entreprise, ainsi que la preuve d'une assurance en responsabilité civile suffisante. La caution est confisquée si l'entreprise omet de fournir des informations tous les six mois, ou sur demande, ou si l'entreprise elle-même ou ses employés commettent des infractions à la législation irakienne ou à tout autre droit applicable. La section 3 du document émis par le Gouvernement régional kurde, spécifiant les conditions à remplir par les entreprises privées de sécurité (*Private Security Company Requirements*), exige une attestation d'assurance de l'entreprise ainsi que (dans certaines circonstances seulement, semble-t-il), un effet négociable original tiré sur une banque irakienne.

- changement important (dans la structure de l'entreprise, le type de services, le recrutement des employés, etc.) ou qu'un incident survient⁴⁴;
- obligation de conduire les opérations conformément aux règles spécifiées, y compris les codes de conduite et les règles opérationnelles relatives à l'usage de la force⁴⁵;
 - l'autorité devrait réaffirmer, dans la licence qu'elle délivre, que l'entreprise et ses employés ont l'obligation de respecter la législation nationale (notamment dans les domaines du droit pénal, du droit des sociétés, du droit du travail, du droit de l'immigration et du droit fiscal), de même que les normes internationales applicables, y compris en matière de droits humains et, le cas échéant, de droit international humanitaire⁴⁶.

Octroi d'une licence ou notification pour un contrat particulier

Du fait du caractère particulièrement sensible des services offerts dans le domaine de la sécurité armée ou même dans le domaine militaire, il pourrait être envisagé de soumettre chaque contrat ou transaction d'un certain type ou d'un certain montant à l'approbation préalable des autorités gouvernementales, cela en sus de l'octroi de licences aux entreprises pour le type de services prévus. Il reste néanmoins à établir si un tel contrôle – dit «transaction par transaction» – est réalisable, et de définir l'importance des ressources administratives supplémentaires qu'il exigerait. Le délai requis par les autorités pour traiter une demande de licence ne devrait pas devenir excessif.

Alternativement, une obligation de simple notification pourrait être envisagée, les autorités ayant le droit d'intervenir au cas où le contrat ne répondrait pas aux exigences.

Pour l'approbation d'un contrat ou d'une «transaction» spécifiques, les éléments à prendre en compte pourraient, par exemple, inclure la probabilité que les services soient utilisés pour faciliter les violations du droit international et des normes internationales, en particulier les droits humains, de même que les législations nationales. D'autres éléments peuvent être envisagés.

44 Les sections 7 et 3, par. 2, de la directive n° 17 de la CPA exigent la fourniture aux autorités, tous les six mois, d'informations relatives aux états financiers et au personnel ainsi que des renseignements sur le statut du contrat et sur les armes. Le fait d'omettre de fournir de telles informations peut entraîner la confiscation de la caution.

45 La section 9, par. 4, de la directive n° 17 de la CPA spécifie que les opérations doivent être conduites conformément aux règles régissant l'usage de force, ainsi qu'au code de conduite destiné aux entreprises de sécurité privées opérant en Irak (ces deux documents étant annexées à la directive n° 17). Par exemple, les règles régissant l'usage de force exigent de traiter les civils avec dignité et respect, de tenir à jour un registre de la formation au maniement des armes et, enfin, de ne pas se joindre aux forces de la coalition ou aux forces multinationales dans les opérations de combat, sauf en cas de légitime défense ou de la défense de personnes tel que spécifié dans les contrats. La section 8 du document émis par le Gouvernement régional kurde, spécifiant les conditions à remplir par les entreprises privées de sécurité (*Private Security Company Requirements*), énonce un certain nombre d'obligations de comportement auxquelles l'entreprise autorisée doit se conformer.

46 La section 9 de la directive n° 17 de la CPA spécifie que les entreprises de sécurité privées doivent respecter toutes les lois et réglementations en vigueur (droit pénal, droit administratif, droit commercial et droit civil).

Il pourrait s'agir, d'une part, de l'impact prévu – positif ou négatif – des activités au regard de l'intérêt public (sécurité et stabilité régionales, développement durable et développement des institutions, désarmement, démobilisation et réintégration des combattants, outre les questions humanitaires telles que le déminage) et, d'autre part, du risque que les services soient utilisés contre des acteurs gouvernementaux ou autres⁴⁷. De tels critères pourraient également, dans une certaine mesure, s'inspirer des instruments relatifs à l'exportation ou au commerce des armes, parmi lesquels le Code de conduite de l'Union européenne sur le contrôle des exportations d'armes ou le Projet de convention cadre sur les transferts internationaux d'armes du 25 mai 2004 (élaboré sous les auspices d'un groupe de lauréats du Prix Nobel pour la Paix)⁴⁸ ainsi que, bien sûr, d'autres réglementations nationales relatives au secteur de la sécurité domestique⁴⁹.

Octroi d'une licence à titre individuel

Outre la nécessité d'obtenir une licence, pour chaque entreprise concernée (voire même pour chaque contrat), les États hôtes peuvent envisager d'exiger que tout individu assumant certaines tâches de sécurité et/ou de nature militaire obtienne préalablement une licence opérationnelle «personnalisée». Une telle mesure permettrait de soumettre à un certain niveau de contrôle et de surveillance les personnes qui exécutent les tâches en question sur le terrain; elle pourrait aussi aider à exclure les individus indésirables. Toutes les personnes au bénéfice d'une licence devraient recevoir une carte d'identité.

Parmi les critères d'attribution d'une telle licence à un individu en particulier pourraient figurer le fait d'avoir subi avec succès le contrôle de ses antécédents (absence de casier judiciaire, notamment), d'être en-dessous d'un certain âge limite et d'avoir bénéficié d'une formation adéquate⁵⁰.

47 La section 19, par. 5, de la loi de 2002 de la Sierra Leone sur la sécurité et le renseignement (*National Security and Central Intelligence Act*) mentionne «l'intérêt public» en tant que critère (très général) devant être pris en compte lors de l'examen de la demande d'autorisation présentée par une entreprise. La section 19, par. 7, de la même loi spécifie qu'en cas de refus de la demande d'autorisation, une déclaration écrite doit exposer les motifs du refus, contre lequel il est possible de faire appel.

48 Disponible en français à l'adresse suivante: http://www.amnesty.fr/index.php?amnesty/agir/campagnes/armes/bilan_du_comite_onu/convention_cadre (dernière consultation le 23 avril 2007).

49 Voir notes 28 à 30.

50 Par exemple, la section 2, par. 5, de la directive n° 17 de la CPA stipule que l'entreprise, de même que les antécédents de ses cadres et de ses employés «seront contrôlés par le [ministère de l'Intérieur] pour s'assurer que tous les éléments criminels ou hostiles sont identifiés, ainsi que pour prévenir toute tentative, de la part d'organisations illégales (organisations criminelles et milices illégales, par exemple), de légitimer leurs activités.» (Traduction CICR.) Parmi les critères mentionnés dans la section 2, par. 6, figurent: âge minimum (20 ans); bon état de santé mentale et physique; volonté de respecter la loi ainsi que tous les droits fondamentaux et toutes les libertés de tous les citoyens du pays; contrôle des antécédents confirmant le respect de la politique de «deBaathification de la société irakienne»; absence de casier judiciaire; absence d'implication dans des activités terroristes; enfin, minimum de formation (opérations et armes). Pour les employés non irakiens, cependant, la section 2, par. 7, prévoit la possibilité de lever les conditions ci-dessus si l'intéressé peut produire une copie d'une certification comparable établie par une autorité gouvernementale étrangère.

Exigences concernant les armes

Le fait d'imposer à une entreprise de sécurité privée certaines exigences en termes de possession, de port et d'utilisation des armes pourrait être envisagé pour chacun des régimes d'octroi de licences décrits ci-dessus, sauf dans le cas où une réglementation générale s'applique de manière satisfaisante. La plupart des États ont promulgué des réglementations précisant les conditions dans lesquelles un individu est autorisé à posséder et à utiliser des armes. En ce qui concerne les entreprises de sécurité privées, les contrôles relatifs aux armes pourraient notamment consister à : restreindre les types d'armes que ces entreprises peuvent utiliser; exiger que chaque entreprise (ou chacun de ses agents) enregistre dûment toutes ses armes auprès de l'administration compétente, ou même fournisse une liste de ces armes à l'administration qui délivre les licences⁵¹; réglementer les importations d'armes; rendre obligatoire un permis de port d'armes; enfin, exiger la mise en place d'une formation et de procédures opérationnelles concernant spécifiquement les armes, de manière à restreindre au maximum les risques potentiels courus par les tiers⁵².

Contrôle et sanctions

Là encore, le contrôle contribuera de manière cruciale à assurer le respect du principe de responsabilité ainsi que des normes et des conditions d'octroi de licences. La mise en place d'un organe doté de compétences en matière d'inspection et/ou d'audit est de nature à faciliter considérablement l'exercice d'un contrôle efficace du respect des contrats et du droit⁵³. Afin de promouvoir la transparence, des listes de licences en cours de validité pourraient être mises à la disposition du Parlement, ou même du public. Par ailleurs, outre l'accès aux tribunaux, en particulier pour les victimes, les États hôtes pourraient envisager d'établir ou de promouvoir des procédures alternatives de plaintes.

51 Dans le cas des demandes de licence, la section 2, par. 4, de la directive n° 17 de la CPA exige notamment des informations telles que «d) détails et numéro de série de toutes les armes qui sont susceptibles d'être utilisées par l'entreprise de sécurité privée.» La section 19, par. 3, de la loi de 2002 de la Sierra Leone sur la sécurité et le renseignement exige des informations sur «toutes les armes et leurs munitions, qu'elles soient ou non autorisées en vertu de la loi de 1955 sur les armes et les munitions (*Arms and Ammunition Act, 1955*), destinées à être utilisées pour l'activité ou les opérations de l'entreprise.» (Traduction CICR.)

52 L'instruction n° 3 de la CPA (révisée) (amendée), de même que la section 6 de la directive n° 17 de la CPA, établissent diverses normes relatives, par exemple, à l'obtention d'un permis, à la possession et à l'utilisation des armes par les entreprises de sécurité privées; à l'obligation, pour les employés, de posséder et de porter sur eux un permis spécial (*weapons card*); enfin, à l'interdiction d'utiliser des armes personnelles pour exécuter des tâches de sécurité privée. Voir également la section 19, par. 3, de la loi de 2002 de la Sierra Leone sur la sécurité et le renseignement.

53 La section 8 de la directive n° 17 de la CPA prévoit la création d'un comité de surveillance indépendant, ayant la responsabilité de conduire des inspections générales ainsi que des audits des entreprises de sécurité privées, de manière à vérifier la mise en œuvre de la directive. De plus, toutes les entreprises de sécurité privées peuvent faire l'objet d'audits périodiques destinés à vérifier leurs normes et procédures en matière de contrôle des antécédents de leur personnel (audits conduits par une firme indépendante, engagée par le ministère de l'Intérieur).

Il peut également être fait référence à ce qui a été dit plus haut à propos du contrôle exercé par les États mandants.

Mise en place d'une juridiction pénale et civile

Outre la réglementation éventuelle de la fourniture de services de sécurité et de services militaires privés sur leur territoire, les États hôtes devraient s'assurer qu'ils sont en mesure de traduire en justice les employés soupçonnés d'avoir attenté gravement aux droits humains ou au droit international humanitaire. Les États hôtes peuvent également envisager d'établir la responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise dans le cas de violations commises par les employés et résultant de la négligence des dirigeants – notamment dans le cas d'atteintes graves aux droits humains et au droit international humanitaire⁵⁴. L'invocation de la responsabilité civile ou même de la responsabilité pénale de l'entreprise peut également être envisagée pour des torts résultant de délits commis par les employés ou par les dirigeants de l'entreprise⁵⁵.

États exportateurs

À ce jour, seuls quelques rares États ont adopté des réglementations portant spécifiquement sur l'exportation de services de sécurité armée ou de services militaires privés. Aux États-Unis, le Règlement international sur le trafic des armes (International Transfer of Arms Regulation / ITAR), qui met en œuvre la loi sur les exportations d'armes (Arms Export Control Act / AECA), constitue le principal ensemble de règles régissant l'octroi d'une licence à l'exportation dans le cas de services relevant de la défense⁵⁶. Il a été dit qu'aux États-Unis, le régime des exportations était de plus en plus structuré de manière à faciliter le commerce avec les pays alliés, les partenaires et les régions constituant des priorités pour la politique étrangère. Le fait d'utiliser des entreprises militaires privées pour la prestation de services précédemment fournis par des organes de l'État y est mieux accepté qu'ailleurs, ce qui engendre une atmosphère de «bonne foi» entre les organes de régulation et l'industrie⁵⁷. L'Afrique du Sud, dans la loi de 1998 relative à la réglementation de l'assistance militaire à l'étranger

54 À propos de la responsabilité pénale des supérieurs, voir la note 27.

55 Par exemple, au Royaume-Uni, la loi de 2001 (*Private Security Industry Act 2001*) – qui ne prévoit toutefois pas la vente à l'étranger de services de sécurité privés – stipule (section 23) que «[s]i un délit au sens de l'une ou l'autre disposition de la présente loi est commis par une entreprise, et s'il est prouvé qu'il a été commis avec l'accord ou la connivence (ou peut être imputable à toute négligence de sa part) de: a) un directeur, un gérant, un secrétaire ou tout autre cadre de l'entreprise; ou b) toute personne qui était censée agir en l'une ou l'autre de ces capacités, cette personne sera (de même que l'entreprise) réputée coupable de ce délit et pourra, en conséquence, faire l'objet de poursuites et de sanctions.» (Traduction CICR.) La section 9 de la directive n° 17 de la CPA spécifie qu'une entreprise au bénéfice d'une licence sera responsable des actions de ses employés.

56 Voir Marina Caparini, «Domestic regulation: licensing regimes for the export of military goods and services», in Chesterman/Lehnardt (Sous la direction de) (note 4).

57 Caparini, *ibid.*

(Regulation of Foreign Military Assistance Act) a adopté une approche très différente, plutôt restrictive. Il semble cependant que cette réglementation n'est pas appliquée comme elle devrait l'être: cela tient, notamment, à des facteurs tels que l'insuffisance des ressources affectées au contrôle extraterritorial du respect de cet instrument et le manque de confiance dans la viabilité des poursuites; le fait qu'il s'agisse d'une démarche de nature assez antagoniste pourrait également expliquer la situation⁵⁸. D'autres États – dont le Royaume-Uni⁵⁹ et la Suisse⁶⁰ – étudient actuellement la possibilité de réglementer l'exportation des services de sécurité et des services militaires privés.

Comme cela a déjà été mentionné, tous les États – les États exportateurs compris – ont l'obligation générale de faire respecter le droit international humanitaire ainsi que les droits humains. La réglementation de l'exportation de services pouvant avoir pour conséquence le recours à la force peut contribuer à promouvoir le respect du droit international. Elle permet en effet, d'une part, de contrôler qui exporte quels services, et vers où, et, d'autre part, d'établir des normes qui, espère-t-on, marginaliseront les entreprises et les individus sans scrupules. D'autres raisons encore peuvent inciter un État à envisager de réglementer l'exportation des prestations militaires ou des services de sécurité. Il s'agit notamment du risque de voir les activités menées par des entreprises ou des ressortissants de cet État entacher sa réputation. De plus, de tels actes peuvent ne pas être conformes aux objectifs de politique étrangère de l'État, ou même aller à l'encontre d'autres intérêts, voire de ses propres forces⁶¹. Il s'agit à la fois de ne pas imposer un fardeau excessif à l'industrie et aux autorités publiques en mettant en place des procédures administratives irréalistes et engendrant des retards, et de rendre efficaces la réglementation et les contrôles instaurés, sachant qu'en réalité les activités se dérouleront à l'étranger.

Options et éléments possibles d'une réglementation instaurée par les États exportateurs

Quatre possibilités s'offrent aux États qui souhaitent réglementer l'«exportation» de prestations militaires et de services de sécurité privés à destination de pays ou de régions où un conflit est en cours ou vient de prendre fin :

58 Caparini, *ibid*; Raenette Taljaard, «Implementing South Africa's Regulation of Foreign Military Assistance Act», in Alan Bryden/Marina Caparini (Sous la direction de), *Private Actors and Security Governance*, Centre pour le contrôle démocratique des Forces armées, Genève, 2006, p. 167.

59 Royaume-Uni, *Green Paper* du Foreign and Commonwealth Office (FCO) (note 37); Neuvième Rapport (*Ninth Report*) du Comité des Affaires étrangères (note 26) ainsi que la réponse (*Response*) du Comité des Affaires étrangères (note 14); Christopher Kinsey, «Regulation and Control of Private Military Companies: The Legislative Dimension», *Contemporary Security Policy*, Vol. 26, avril 2005, p. 84; Elke Krahmann, «Private Military Services in the UK and Germany: Between Partnership and Regulation», *European Security*, Vol. 14, N°. 2, juin 2005, p. 277.

60 En Suisse, le gouvernement a donné au Département fédéral de Justice et Police le mandat d'examiner «s'il est opportun de soumettre les fournisseurs de prestations militaires ou de sécurité opérant dans des zones de crise ou de conflit depuis la Suisse à une obligation d'autorisation ou d'enregistrement», Rapport du Conseil fédéral sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées, du 2 décembre 2005, disponible à l'adresse suivante: <http://www.eda.admin.ch/psc> (dernière consultation le 9 décembre 2006), section 6.3, par. 4.

61 Royaume-Uni, *Green Paper* du Foreign and Commonwealth Office (FCO) (note 37), pp. 20-21.

- interdire l'exportation de certaines prestations militaires;
- octroyer une licence générale aux entreprises;
- octroyer une licence pour des contrats particuliers; et/ou
- octroyer, à titre individuel, une licence aux agents concernés.

Beaucoup de réglementations relatives au contrôle des exportations d'armements, y compris la loi en vigueur aux Etats-Unis (Arms Export Control Act), prévoient une double approche en matière d'octroi de licences d'exportation. Tout d'abord, l'entreprise doit obtenir une licence générale. Ensuite, le contrat spécifique doit faire lui-même l'objet d'une autorisation. Le fait d'exporter des prestations militaires ou des services de sécurité privés sans y être autorisée exposerait l'entreprise à des sanctions. De tels régimes de licences d'exportation peuvent également se combiner avec une interdiction d'exporter certaines prestations de nature militaire bien définies.

Extension aux prestations militaires et de sécurité des mesures de contrôle des exportations d'armements

L'un des moyens d'introduire une réglementation dans ce domaine consisterait à étendre la portée des instruments et des mécanismes en vigueur en matière de contrôle des exportations d'armements, de manière à couvrir l'exportation des prestations militaires et de sécurité. Dans la même veine, un rapport récent de la Commission des Affaires étrangères du Parlement européen a proposé l'adoption d'une résolution contenant le paragraphe qui suit (demandant à l'Union européenne (UE) d'envisager d'étendre son Code de conduite en matière d'exportation d'armements, de manière à couvrir certaines prestations militaires et certains services de sécurité privés) :

«[Le Parlement européen] note que les Etats-Unis ont élargi leur législation relative au contrôle des exportations de matériel militaire aux sociétés de sécurité privées, et invite dès lors l'UE à envisager une démarche analogue afin d'étendre le champ d'application du Code de conduite aux services de sécurité privés; en tant que première mesure en ce sens, l'UE pourrait ajouter à la liste commune des équipements militaires, les activités et services suivants exigeant une licence à l'exportation: protection armée des personnes et des sites, protection armée des transports, formation aux armes et aux équipements militaires, formation stratégique et tactique, réforme du secteur de la sécurité, activités de conseil en matière militaire et de sécurité, logistique militaire, service de contre-espionnage et appui opérationnel⁶². ».

62 Commission des Affaires étrangères du Parlement européen, Rapport sur les septième et huitième rapports annuels du Conseil, présentés conformément au point 8 du dispositif opérationnel du Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements (2006/2068(INI)), A6-0000-2006 (final), 28.11.2006. Différentes options s'offrant à l'Union européenne – création d'un régime européen, définition d'un ensemble de normes unifiées, extension du Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements – ont été examinées par les participants

Une telle extension du Code de conduite de l'Union européenne – instrument non contraignant mais ayant toutefois eu un impact sur les réglementations adoptées par les membres de l'Union européenne⁶³ – offrirait l'occasion de promouvoir l'adoption de normes et d'approches communes dans ce domaine.

Cela dit, exporter des services n'est pas tout à fait la même chose qu'exporter des marchandises. Les problèmes soulevés risquent donc d'être différents, même si les réglementations en matière d'exportation d'armements servent souvent aussi à réglementer la fourniture de toute une gamme de services (entretien, opération ou formation) en rapport avec les armes exportées. Il peut être relativement facile de contrôler l'exportation d'armements lorsque les objets physiques traversent des frontières, ce qui sert également de «fil déclencheur» évident pour l'application de la réglementation. Il en va différemment dans le cas des services qui sont fournis dans un État de destination, loin de la juridiction et des autorités centrales de l'État qui a délivré la licence d'exportation; de plus, au fil du temps, la nature de chaque service peut se modifier.

Interdiction d'exporter certaines prestations militaires

Une interdiction complète de l'exportation de tout service de nature militaire serait très large et entraînerait des difficultés au niveau des définitions. Au Royaume-Uni, le rapport du gouvernement (dit «*Green Paper*») relève qu'une telle interdiction générale restreindrait la liberté individuelle de manière excessive et pourrait priver certains gouvernements faibles mais légitimes de l'appui dont ils auraient pourtant besoin; de plus, les exportateurs de matériel militaire se trouveraient empêchés d'exercer leurs activités légitimes car, dans ce domaine, les services font souvent nécessairement partie des ventes à l'exportation⁶⁴.

Plusieurs États interdisent de recruter sur leur territoire des membres de forces armées étrangères, ou interdisent à leurs propres ressortissants de rejoindre ou de se battre pour des forces armées étrangères, et cela parfois dans un contexte de neutralité. Ces interdictions varient: il arrive qu'elles s'appliquent à toutes les forces armées gouvernementales étrangères⁶⁵; parfois, elles s'appliquent uniquement aux forces armées engagées dans une guerre contre l'État qui les décrète⁶⁶, ou aux forces armées engagées dans une guerre contre un État ami⁶⁷, ou encore

à la table ronde du 7 décembre 2006 (parmi lesquels des représentants de l'Union européenne), voir Security Defence Agenda (SDA) (note 5). À propos des options s'offrant à l'Union européenne, voir Elke Krahmann, «Regulating Military and Security Services in the European Union», in Bryden/Caparini (Sous la direction de) (note 58), p. 189; idem, «Regulating Private Military Companies: What Role for the EU?» in *Contemporary Security Policy*, Vol. 26 (2005), p. 1. Au Royaume Uni, le Comité des Affaires étrangères a recommandé d'aller dans le sens de l'inclusion dans le document existant – le Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements – des services fournis par des entreprises militaires privées. Voir Comité des Affaires étrangères, Neuvième Rapport (*Ninth Report*) (note 26), recommandation d).

63 Krahmann (note 62), p. 116.

64 Voir, au Royaume-Uni, le «*Green Paper*» du FCO (note 37), N° 71.

65 Voir, par exemple, en Norvège, l'article 133 du Code général (civil et pénal) de 1902.

66 Suisse, Code pénal militaire, articles 90 et 94.

67 Canada, Loi sur l'enrôlement à l'étranger, Lois révisées du Canada (1985), F-28, articles 3 à 5.

aux forces armées d'un État qui pourrait éventuellement devenir un adversaire. D'ordinaire, ces interdictions sont basées sur la nationalité des individus concernés. Elles pourraient peut-être, cependant, être adaptées afin d'être applicables aux entreprises implantées dans cet État ou exportant à partir de cet État. Il convient néanmoins de relever que, de manière générale, les interdictions mentionnées trouvent leur source dans une autre époque. Non seulement l'applicabilité de ces mesures au phénomène contemporain des entreprises militaires privées n'est pas entièrement claire mais, pour l'essentiel, de telles mesures sont également devenues superflues⁶⁸.

Les États parties à la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (1989) ou à la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique (1977) sont appelés à interdire les activités liées au mercenariat, et en particulier le recrutement de mercenaires sur leur territoire⁶⁹. Toutefois, très peu de poursuites ont été engagées à ce jour; de plus, comme cela a déjà été mentionné, rien ne permet d'affirmer que les mesures prises pour interdire le recrutement de mercenaires pourraient être très efficaces⁷⁰ (sachant qu'il demeure intrinsèquement difficile de mesurer un quelconque effet dissuasif potentiel de telles interdictions).

Au lieu d'interdire le mercenariat, une alternative – pouvant permettre de répondre à certaines des questions sous-jacentes – pourrait consister à interdire trois types d'intervention: fourniture de prestations militaires à des forces non gouvernementales, quelles qu'elles soient; participation à tout renversement de gouvernement; enfin, conclusion de contrats impliquant une participation active aux hostilités ou aux combats⁷¹. Par ailleurs, l'interdiction de certaines prestations militaires pourrait être limitée dans le temps et/ou ne concerner que certains pays ou certaines parties à un conflit.

Certes, ces interdictions constituent un moyen très direct, pour les législateurs nationaux, de tenter d'interdire des activités répréhensibles destinées à être menées à l'étranger par les citoyens (ou les entreprises) de leur pays; par contre, elles n'établissent pas de normes destinées à réguler l'exportation d'autres prestations militaires ou de sécurité; elles ne prévoient pas non plus de dispositif permettant de contrôler ces activités.

Octroi de licences aux entreprises

Au lieu, ou en plus, d'interdire – sans aucune flexibilité – l'exportation de certaines activités, il pourrait être demandé aux entreprises de solliciter une

68 Voir International Alert, *Regulating private military companies: options for the UK Government*, 2001, pp. 28 et suiv.

69 Voir, par exemple, en Afrique du Sud, loi de 1998 relative à la réglementation de l'assistance militaire à l'étranger (*Regulation of Foreign Military Assistance Act*).

70 Voir les commentaires relatifs à l'interdiction du mercenariat par les États hôtes (note 37).

71 Royaume-Uni, Comité des Affaires étrangères, Neuvième Rapport (*Ninth Report*) (note 26), recommandations e), j), k) et l).

licence générale leur permettant d'exporter (vers tous les pays ou vers certains pays ou clients) une gamme bien définie d'activités de sécurité ou d'activités de nature militaire. En ce cas, la licence accordée à l'entreprise pourrait spécifier le type de services, les destinations et/ou la gamme potentielle de clients pour lesquels la licence a été obtenue. Selon le rapport du gouvernement britannique («*Green Paper*»), une licence générale ne saurait en elle-même protéger efficacement l'intérêt public: d'une part, elle ne passe pas au crible chaque exportation en particulier et, d'autre part, elle risque de conférer de la crédibilité à des entreprises menant des opérations que le gouvernement connaît peut-être mal ou dont le caractère pourrait changer. Néanmoins, toujours selon le même rapport, une licence générale attribuée à une entreprise pourrait être utile et crédible si elle est accordée en conjonction, par exemple, avec une licence portant sur des contrats de service spécifiques⁷².

Une telle approche est en vigueur aux États-Unis: les entreprises américaines voulant exporter des services relevant de la défense doivent tout d'abord s'enregistrer, avant de pouvoir solliciter une autorisation pour une vente spécifique. Les mêmes exigences figurent dans de nombreuses réglementations nationales de contrôle des exportations d'armements. En Suisse, par exemple, la Loi fédérale sur le matériel de guerre (13 décembre 1996) stipule que la licence est accordée dans la mesure où l'entreprise qui la sollicite offre les garanties nécessaires, ainsi que dans la mesure où l'activité prévue n'est pas contraire aux intérêts suisses. La licence accordée à une entreprise n'est valable que pour le matériel de guerre mentionné dans la demande; de plus, sa validité peut être limitée dans le temps, elle est soumise à conditions et peut être révoquée si la base sur laquelle la licence a été octroyée n'existe plus.

Divers critères sont à prendre en compte lors de l'évaluation d'une demande de licence opérationnelle pour une entreprise. Parmi ces critères figurent notamment ceux qui ont été mentionnés ci-dessus à propos de l'approbation des licences opérationnelles par les États sur le territoire desquels ces entreprises opèrent⁷³. Le *Directorate of Defense Trade Controls* (DDTC) du Département d'État américain recommande vivement aux exportateurs et aux fabricants enregistrés de mettre en place un dispositif de surveillance et de contrôle; un manuel contient en outre un certain nombre de recommandations pour la mise en place d'un tel programme⁷⁴.

Octroi de licences pour des contrats d'exportation particuliers

Outre l'octroi de licences «générales» aux entreprises, ou même en sus de cette procédure, les autorités de l'État pourraient exiger que les entreprises sollicitent des licences particulières dans le cas de contrats portant sur certaines activités militaires ou de sécurité à mener à l'étranger. Lors de l'examen de la demande

72 Royaume-Uni, *Green Paper* (note 37), p. 25 et 26.

73 Voir ci-dessus, pp. 648 à 650.

74 Voir <http://pmdtc.state.gov/compliance.htm> et http://pmdtc.state.gov/docs/Compliance_Programs.pdf (dernière consultation le 30 janvier 2007).

de licence, les autorités auraient ainsi la possibilité de tenir compte de facteurs tels que les circonstances du moment (y compris l'évolution récente de la situation dans le pays ou la région de destination) et la nature des clients potentiels. Par ailleurs, une autorisation relative à l'exportation de certaines prestations militaires ou de sécurité vers certains États, régions ou clients pourrait être assortie de conditions spécifiques. Par exemple, dans le cas d'une licence d'exportation ayant trait à l'instruction militaire, il pourrait être demandé de modifier le contenu des programmes de formation⁷⁵. Là encore, l'objectif global est d'empêcher les exportations de prestations militaires et de services de sécurité dont les effets pourraient être néfastes.

La définition des prestations militaires et des services de sécurité couverts par le régime de licences devra être clairement précisée⁷⁶. En Afrique du Sud, le projet de loi de 2005 définit les services de sécurité comme étant l'une, ou plusieurs, des tâches ou activités suivantes:

- «a) Assurer la protection ou la sauvegarde d'un individu, de personnel ou de biens, de quelque manière que ce soit;
- b) prodiguer des conseils en matière de protection ou de sauvegarde d'individus ou de biens;
- c) prodiguer des conseils en matière d'utilisation d'équipements de sécurité;
- d) assurer des services d'intervention rapide en relation avec la sauvegarde de personnes ou de biens, de quelque manière que ce soit;
- e) dispenser une formation/instruction en matière de sécurité à un prestataire de services de sécurité (...);
- f) installer, entretenir ou réparer des équipements de sécurité;
- g) contrôler les signaux ou les transmissions émanant des équipements de sécurité;
- h) mettre à disposition, directement ou indirectement, une personne devant fournir l'un quelconque des services mentionnés aux alinéas a) à g); ou
- i) gérer, contrôler ou superviser la fourniture de l'un quelconque des services mentionnés aux alinéas a) à h)»⁷⁷.

S'agissant des services de sécurité, l'une des options consisterait à ne couvrir que les services de sécurité armés. Aux États-Unis, l'ITAR donne un exemple de définition des «services relevant de la défense» qui, pour l'essentiel, couvre les services liés à l'exportation d'armements et à la formation militaire⁷⁸. La mesure

75 Caparini (note 56).

76 Schreier/Caparini (note 8), p.120.

77 «Prohibition of Mercenary Activities and Prohibition and Regulation of Certain Activities in Areas of Armed Conflict Bill», 24 octobre 2005, section 1(1). – <http://www.info.gov.za/gazette/bills/2005/b42-05.pdf> (Traduction CICR.)

78 Dans ce règlement, un «service relevant de la défense» exigeant une licence d'exportation est défini comme étant: «1) la fourniture d'une assistance (formation comprise) à des personnes étrangères, tant aux États-Unis qu'à l'étranger, en matière de conception, mise au point, ingénierie, fabrication, production, assemblage, essais, réparation, entretien, modification, opération, démilitarisation, destruction, transformation ou utilisation d'articles relevant de la défense [y compris, par exemple, les armes à feu et les munitions]; 2) la fourniture à des personnes étrangères de données techniques quelconques [telles

dans laquelle cette définition – et, par conséquent, le régime de l'ITAR – s'applique également aux services de sécurité «classiques» tels que la protection des personnes ou des biens, n'est pas très claire.

Critères d'octroi de licences pour des exportations particulières

Certaines procédures et certains critères qui sont appliqués en matière d'autorisation d'exportation de marchandises pourraient également être utilisés dans le cadre des licences relatives à l'exportation de services. De fait, selon le «Green Paper» britannique, les critères applicables à l'exportation de services devraient être établis selon le même axe que les critères relatifs aux exportations d'armes⁷⁹.

Instrument juridiquement non contraignant, le Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements, par exemple, inclut (entre autres) les critères suivants :

- respect des engagements internationaux de l'État exportateur, en particulier des sanctions décrétées par les Nations Unies ou l'Union européenne, et des accords en matière de non-prolifération;
- respect des droits humains dans le pays de destination finale, y compris l'évaluation du risque que le bien dont l'exportation est envisagée serve à la répression, l'État exportateur devant «faire preuve dans chaque cas et en tenant compte de la nature de l'équipement en question, d'une prudence toute particulière en ce qui concerne la délivrance d'autorisations aux pays où de graves violations des Droits de l'Homme ont été constatées...»;
- évaluation du risque que les exportations provoquent ou prolongent des conflits armés ou aggravent des tensions ou des conflits existants dans le pays de destination finale;
- dans le but de préserver la paix, la sécurité et la stabilité régionales, évaluation du risque que le destinataire envisagé utilise l'exportation en question de manière agressive contre un autre pays ou pour faire valoir par la force une revendication territoriale;
- évaluation du comportement du pays destinataire à l'égard de la communauté internationale, et notamment son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et le respect du droit international;
- incidences potentielles des exportations envisagées sur les intérêts – en termes de défense et de sécurité – de l'État qui délivre la licence ainsi que sur les intérêts des États amis ou alliés et des autres membres de l'Union européenne.

que des informations classées secret défense relatives à des articles et services relevant de la défense, des informations nécessaires pour la production, l'opération, la réparation ou l'entretien d'articles relevant de la défense, ou de programmes informatiques directement liés aux services relevant de la défense], que ce soit aux États-Unis ou à l'étranger; ou 3) la formation militaire dispensée à des unités et forces étrangères, régulières et irrégulières, y compris l'instruction officielle ou non officielle de personnes étrangères, tant aux États-Unis qu'à l'étranger, ou par le biais de cours donnés par correspondance, de publications techniques, éducatives ou d'information ainsi que de médias de tout type, de supports de formation, d'orientation, d'exercices d'entraînement et de conseil militaire.» International Traffic in Arms Regulations, 22 CFR 120–130, 1^{er} avril 2001, 1120(9). (Traduction CICR.)

79 Royaume-Uni, *Green Paper* (note 37), N° 73.

Le projet de convention cadre sur les transferts internationaux d'armes⁸⁰, stipule en son article 3 (Limitations fondées sur l'emploi):

«Les Parties Contractantes n'autoriseront pas les transferts internationaux d'armes dans les circonstances où elles savent ou devraient raisonnablement savoir que les transferts d'armes du type considéré sont susceptibles:

- a. d'être utilisés en violation de la Charte des Nations Unies ou des normes correspondantes du droit international coutumier, en particulier celles relatives à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force dans les relations internationales ;
- b. d'être utilisés pour commettre de graves atteintes aux droits humains;
- c. d'être utilisés pour commettre de graves infractions au droit international humanitaire applicable aux conflits armés internationaux ou non internationaux;
- d. d'être utilisés pour commettre des actes de génocide ou des crimes contre l'humanité;
- e. d'être détournés et utilisés pour commettre l'un quelconque des actes auxquels se réfèrent les alinéas précédents de cet Article.

Le même Projet de convention cadre prévoit aussi en son article 4 (Autres considérations):

«Lorsqu'elles examineront si un transfert international d'armes quelconque peut être autorisé conformément à l'Article 1 de la présente Convention, les Parties Contractantes étudieront si les transferts d'armes du type considéré sont susceptibles:

- a. d'être utilisés pour commettre ou favoriser la perpétration de crimes violents;
- b. de nuire à la sécurité régionale;
- c. de nuire au développement durable; ou
- d. d'être détournés et utilisés d'une manière contraire aux alinéas précédents et, dans ces circonstances, l'autorisation sera en principe refusée.»

Aux États-Unis, l'évaluation des risques qui est réalisée dans le cadre du régime de l'ITAR pour l'exportation commerciale de services relevant de la défense tient également compte d'éléments tels que la sécurité nationale ou les dangers liés à la prolifération des armes ainsi que d'éléments de politique étrangère tels que la stabilité régionale, les droits humains et les contrôles multilatéraux⁸¹. Le Département d'État américain (*Directorate of Defense Trade Controls* / DDTC) met également en œuvre, avant l'octroi d'une licence, un contrôle des utilisateurs

80 Disponible en français sur: http://www.amnesty.fr/index.php?/amnesty/agir/campagnes/armes/bilan_du_comite_onu/convention_cadre (dernière consultation le 23 avril 2007).

81 Nancy Meyer, *Directorate of Defense Trade Controls*, présentation Powerpoint, février-mars 2006, disponible sur: [http://www.industry.gov.au/assets/documents/itrinternet/ITAR_overview\(DoS\)20060316094050.pdf](http://www.industry.gov.au/assets/documents/itrinternet/ITAR_overview(DoS)20060316094050.pdf) (dernière consultation le 14 décembre 2006). En Suisse, l'Ordonnance du 25 février 1998 sur le matériel de guerre (OMG) établit, en son article 5, des critères similaires pour l'autorisation d'exportations individuelles; elle précise que si les armes ne sont pas destinées à un gouvernement étranger ou à une entreprise travaillant pour le compte de celui-ci, l'entreprise doit «prouver l'existence de l'autorisation d'importation requise du pays de destination final ou le fait que cette autorisation n'est pas nécessaire».

finaux étrangers proposés: il évalue leur responsabilité et la manière dont il est probable qu'ils respecteront les restrictions portant sur l'utilisation finale. À cette fin, le DDTC tient à jour une liste d'organisations et d'individus suspects.

Mise en œuvre administrative et contrôle

Un organe de contrôle gouvernemental, disposant de moyens adéquats, devrait être chargé, d'une part, d'administrer la délivrance et la gestion des licences d'exportation concernant des services et, d'autre part, de vérifier et de promouvoir le respect, par les entreprises, des règles juridiques pertinentes ainsi que des conditions d'octroi de licences. Afin d'éviter des tracasseries administratives excessives dans le cas de contrats de peu d'importance, ou ne posant pas de problème, une procédure «accélérée» pourrait être envisagée (en établissant, par exemple, une distinction entre «non légal» et potentiellement «légal»)⁸² ainsi qu'en fonction des régions ou des clients tels que certains gouvernements et organisations internationales. Aux États-Unis, le DDTC⁸³, par exemple, refuse automatiquement d'accorder des licences aux pays soumis à un embargo alors que, de manière générale, il accélère le processus d'octroi de licences pour les alliés clés de l'OTAN et les pays amis⁸⁴.

S'assurer du respect des conditions d'octroi de licences n'est pas chose aisée, notamment du fait que les activités se déroulent loin de l'organe de contrôle et dans la juridiction d'un autre État⁸⁵. Dans le cadre d'un programme spécial, connu sous le nom de *Blue Lantern*, les États-Unis ont demandé au personnel de leurs ambassades d'assumer des tâches d'application des lois, de procéder à des vérifications avant l'octroi des licences et, enfin, de contrôler l'utilisation finale des exportations autorisées. Ainsi, le programme vise en particulier le matériel et les services relevant de la défense qui sont le plus susceptibles de faire l'objet d'un détournement ou d'un emploi abusif. Rien, cependant, ne permet de savoir précisément jusqu'à quel point les contrats relatifs à la formation militaire ou à d'autres services font l'objet de contrôles⁸⁶. Le DDTC peut mener des investigations, engager des poursuites pénales ainsi que des actions civiles en cas d'infractions à l'ITAR. Les pénalités, en cas de violations, incluent la suspension ou la révocation des accords de licence, des amendes, des peines d'emprisonnement, l'interdiction de passer contrat avec le gouvernement pendant une période pouvant aller jusqu'à trois ans, ou encore le renforcement des contrôles à l'avenir⁸⁷. Des inquiétudes ont cependant été exprimées quant à la transparence de l'ensemble de ce régime de contrôle des exportations. Les informations publiques relatives à l'exportation de services

82 Deborah D. Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, 2005, p. 150

83 Voir <http://pmdtc.state.gov/> (dernière consultation le 30 janvier 2007).

84 Caparini (note 56).

85 Des mesures comparables à la surveillance de contrats peuvent être prises (voir ci-dessus, pp. 644–645).

86 Arms Exports Control Act, Section 40A; «End-Use Monitoring of Defense Articles and Defense Services: Commercial Exports FY 2005», disponible sur: http://www.pmdtc.org/docs/End_Use_FY2005.pdf (dernière consultation le 14 décembre 2006); Caparini (note 56).

87 Caparini (note 56).

militaires privés sont rares. De fait, l'exportation de services n'est pas clairement différenciée de l'exportation de marchandises relevant de la défense; il semble exister un «effet porte tournante», les individus changeant d'emplois et passant du gouvernement aux entreprises. De plus, la surveillance exercée par le Congrès est limitée⁸⁸.

Afin de promouvoir la transparence de cette branche d'activité ainsi que la surveillance exercée par les organes politiques, la présentation annuelle de rapports au Parlement pourrait avoir un effet positif, comme cela a été observé dans de nombreux pays dans le cas du contrôle des exportations d'armements⁸⁹. En outre, le partage d'informations concernant les licences qui ont été refusées devrait aider à éliminer les «moutons noirs».

Octroi d'une licence à des individus fournissant des prestations militaires ou des services de sécurité à l'étranger

Le fait que les employés d'une entreprise basée dans l'État «régulateur» soient les ressortissants d'un grand nombre de pays différents complique beaucoup l'octroi de licences à titre individuel à ces agents; il peut même arriver que les employés ne soient jamais physiquement présents sur le territoire de cet État. D'autres problèmes seraient soulevés par l'octroi d'une licence à des ressortissants du propre pays de l'entreprise qui s'engage à fournir des prestations militaires ou de sécurité à l'étranger, y compris – dans une certaine mesure – le fait de «légitimer» la conduite de ces personnes, alors qu'un contrôle serait très difficile, pour ne pas dire impossible, à exercer⁹⁰.

Conclusion

Le phénomène de la vente transnationale de services de sécurité et de services militaires privés soulève des questions aussi complexes que nombreuses. Toutefois, comme le présent article a tenté de le montrer, il existe des outils qui pourraient contribuer, d'une part, à promouvoir le respect des normes par ces entreprises et, d'autre part, à accroître tant leur responsabilité que le contrôle exercé sur elles. Au moment d'introduire une réglementation dans ce domaine, il convient de relever que le marché domestique des services de sécurité privés et les règles qui le régissent offrent des enseignements particuliers qui, jusqu'à présent, ont reçu (trop) peu d'attention. Il apparaît également que la réglementation de l'exportation de services de ce type pourrait s'inspirer de régimes déjà en place dans la plupart des États, notamment en matière de contrôle des

88 US Government Accountability Office, «State Department Needs to Resolve Data Reliability Problems that Led to Inaccurate Reporting to Congress on Foreign Arms Sales», GAO-05-156R, 28 janvier 2005, pp. 15–16 (n° 3), disponible sur: <http://www.globalsecurity.org/military/library/report/gao/d05156r.pdf> (dernière consultation le 14 décembre 2006); Caparini (note 56); Avant (note 84), pp. 150 et 151.

89 Voir, par exemple, en Suisse, l'article 32 de la Loi du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre.

90 Cette opinion a été exprimée par certains participants de l'atelier d'experts organisé à Montreux les 13 et 14 novembre 2006 dans le cadre de l'Initiative suisse.

exportations d'armements. Idéalement, des normes et des procédures cohérentes et harmonisées devraient se trouver à la base des réglementations mises en place par un État pour contrôler tant le marché domestique que l'exportation des services de sécurité privés, voire même les conditions d'attribution de mandats à ce type d'entreprises⁹¹. En effet, des entreprises implantées dans un État donné peuvent fort bien être actives à la fois sur le territoire de cet État et au-delà de ses frontières.

Cela dit, la fourniture transnationale de services de sécurité et de services militaires privés échappe largement au contrôle d'un seul État: il est donc nécessaire que s'instaure un dialogue international sur les moyens de traiter cette problématique. Une compréhension commune des problèmes qui se posent et des moyens de les aborder pourrait favoriser la mise en place de strates – cohérentes, complémentaires et même reliées entre elles – de réglementations et de contrôles appliquant les mêmes normes ou tout au moins – et il s'agit d'un minimum – des normes homogènes.

Devant l'absence d'un dialogue intergouvernemental spécifiquement axé sur le phénomène des entreprises militaires et des entreprises de sécurité privées, la Suisse a lancé une initiative en collaboration avec le Comité international de la Croix-Rouge (CICR)⁹². Destiné à favoriser un dialogue intergouvernemental sur les moyens d'assurer et de promouvoir le respect du droit international humanitaire et des droits humains de la part de ces entreprises privées quand elles opèrent dans des zones de conflit et d'après-conflit, ce processus poursuit plusieurs objectifs:

1. contribuer à la discussion intergouvernementale sur les problèmes soulevés par le recours à des entreprises militaires et à des entreprises de sécurité privées;
2. réaffirmer et préciser les obligations incombant aux États et aux autres acteurs en vertu du droit international, en particulier en vertu du droit international humanitaire et du droit des droits humains;
3. étudier et développer les options, les modèles réglementaires et d'autres mesures appropriées, aux niveaux national, voire régional ou international; et
4. développer, sur la base des obligations existantes, des recommandations et des indications à l'intention des États pour les aider à assumer leurs responsabilités en matière de respect du droit international humanitaire et des droits humains, y compris par le biais de la réglementation nationale»⁹³.

Dans le cadre de l'initiative de la Suisse, deux ateliers d'experts gouvernementaux et non gouvernementaux ont été organisés en janvier et novembre 2006. Lors de la première réunion, les participants se sont mis d'accord sur le fait que les États devaient respecter le droit international lorsqu'ils faisaient appel à des

91 Voir Christian Schaller, «Private Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten: Völkerrechtliche Einsatzbedingungen und Kontrollmöglichkeiten», SWP-Studie 2005/S24, septembre 2005, disponible sur: http://www.swp-berlin.org/common/get_document.php?id51387 (dernière consultation le 8 décembre 2006).

92 Voir <http://www.eda.admin.ch/psc> (dernière consultation le 14 décembre 2006).

93 Initiative suisse, *Aperçu*, 22 novembre 2006, disponible sur: <http://www.eda.admin.ch/psc> (dernière consultation le 14 décembre 2006).

entreprises militaires et à des entreprises de sécurité privées et que, d'autre part, le fait de recourir aux services de ces entreprises ne pouvait pas exonérer les États de leurs obligations juridiques internationales. Il a été en outre reconnu qu'en vertu des normes internationales régissant la responsabilité des États, lorsque la conduite des entreprises militaires ou des entreprises de sécurité privées leur est imputable, les États peuvent être tenus responsables des violations du droit international humanitaire et des droits humains commises par ces entreprises⁹⁴.

Lors de la réunion de novembre 2006, les participants ont examiné le droit international pertinent ainsi que les éléments (non contraignants) de bonnes pratiques susceptibles d'aider les États à promouvoir le respect du droit international humanitaire et des droits humains dans leurs relations avec les entreprises militaires et les entreprises de sécurité privées. Les organisateurs de l'initiative entendent poursuivre et approfondir cette discussion. À terme, l'initiative vise à réduire les éventuelles conséquences néfastes, sur le plan humanitaire, que peuvent avoir les opérations des entreprises militaires et des entreprises de sécurité privées. La Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, prévue pour fin novembre 2007, pourrait offrir l'occasion de débattre de ce phénomène, et notamment du droit international applicable⁹⁵.

Un certain nombre d'États s'efforcent actuellement d'introduire une réglementation relative aux entreprises militaires et aux entreprises de sécurité privées. L'initiative suisse devrait, espère-t-on, stimuler un débat à l'échelon international sur les meilleures pratiques et contribuer à la mise en place de pratiques cohérentes et complémentaires, tant par l'industrie que par d'autres clients non gouvernementaux.

94 Initiative suisse, Atelier d'experts organisé les 13 et 14 novembre 2006 à Montreux, Compte-rendu synthétique, disponible sur: <http://www.eda.admin.ch/psc> (dernière consultation le 14 décembre 2006).

95 Ibid.

Volume 88 Number 864 December 2006

INTERNATIONAL **REVIEW** of the Red Cross

Humanitarian debate: Law, policy, action

Methods of warfare



ICRC

ÉDITORIAL

Les règles relatives à la conduite des hostilités spécifient les droits et les devoirs qui incombent aux belligérants dans la conduite des opérations militaires. Les changements, transformations et révolutions de toutes sortes que connaissent les conflits armés viennent constamment poser de nouveaux défis au droit international humanitaire. La guerre moderne se caractérise notamment par des facteurs tels que les inégalités croissantes au niveau des armes, l'émergence de réseaux terroristes transnationaux, la privatisation de ce qui, dans le passé, constituait les activités militaires traditionnelles et, enfin, l'effondrement – total ou partiel – de certains États. Certes, ces éléments structurels de la guerre d'aujourd'hui échappent parfois au champ d'application du droit international humanitaire; ils risquent néanmoins d'en ébranler les fondements ou d'avoir des répercussions sur l'application de certains de ses principes fondamentaux. Certains aspects des méthodes de guerre actuelles, ainsi que les règles applicables, sont donc mis en évidence dans la présente sélection de la *Revue*.

Les méthodes et les moyens utilisés par les parties engagées dans un conflit dépendent de l'objectif d'ensemble qui est visé. Comme le souligne Sir Rupert Smith, l'emploi de la force doit correspondre à l'utilité de la force, et donc au but de la confrontation constituant la cause profonde du conflit. Nous nous trouvons donc au point de rencontre de deux corps de règles juridiques, les unes précisant quand, et pourquoi, la force armée peut être employée (*jus ad bellum*), les autres stipulant la manière dont les hostilités qui s'ensuivent doivent être conduites (*jus in bello*).

En matière juridique, afin de préserver la distinction fondamentale entre population civile et combattants, d'une part, et entre biens de caractère civil et objectifs militaires, d'autre part, il est essentiel de déterminer ce qu'est un «objectif militaire». La guerre moderne implique toujours davantage les civils dans les conflits armés (internationaux et non internationaux), et les opérations militaires se déroulent de moins en moins souvent sur un champ de bataille clairement identifiable. De fait, comme il peut arriver que des civils participent aux hostilités et que, de par la manière dont ils sont utilisés, des biens de caractère civil se transforment en objectifs militaires, une telle distinction est loin d'être évidente.

Afin d'empêcher que la population civile tout entière se trouve mise en danger, le droit international humanitaire stipule que seuls les combattants et les personnes qui participent directement aux hostilités peuvent faire l'objet d'attaques. Le système n'est pas parfait: un civil, universitaire et spécialiste de la technologie des armes, pourrait jouer dans l'issue de la guerre un rôle bien plus déterminant qu'un simple soldat. Le principe fondamental de la distinction entre combattants et non-combattants est encore plus difficile à faire respecter dans les guerres internes. Le CICR s'emploie actuellement, avec l'appui d'experts, à définir des critères plus subtils permettant de formuler des directives interprétatives quant à la notion de participation directe aux hostilités. Le but est de parvenir à une meilleure protection de la population civile par le biais de critères clairs et réalistes susceptibles de résister à l'épreuve de la réalité dans la guerre d'aujourd'hui.

Le droit relatif à la conduite des hostilités se compose de toute une gamme de règles spécifiques ayant pour but essentiel de protéger la population civile contre les effets des hostilités. Les attentats terroristes contre la population civile et les bombardements indiscriminés sont prohibés parce qu'ils violent le principe fondamental de la distinction entre combattants et non-combattants. Le droit interdit également toute utilisation abusive de la protection, en particulier en utilisant des personnes civiles ou des biens civils comme «boucliers» afin de protéger un objectif militaire. La proximité de personnes civiles ou de biens protégés ne signifie pas que des objectifs militaires cessent de constituer des cibles légitimes, mais que les deux parties au conflit ont l'obligation de prendre des mesures de précaution pendant et contre les attaques.

Le principe général de proportionnalité – inhérent dans l'ensemble du droit international – interdit aux parties à un conflit d'engager toute action allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le résultat souhaité. Selon la formulation figurant dans le Protocole additionnel I de 1977, il convient de «s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu». Certains États ont cependant affirmé que l'avantage militaire attendu d'une attaque ne peut être considéré que dans son ensemble, et non pas en relation avec des parties isolées ou particulières de l'attaque.

De la même façon, s'agissant de la licéité de l'emploi de la force (et en particulier du droit de légitime défense), le principe de proportionnalité se réfère non pas à l'avantage militaire direct, mais aux attaques et au but de celles-ci. S'il est vrai que les différents régimes et normes juridiques du *jus ad bellum* et du *jus in bello* poursuivent des buts différents et conduisent à des interprétations différentes, leur incidence sur la conduite des hostilités est importante. Malgré la référence contradictoire à la «survie même d'un État» dans son Avis

consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour internationale de Justice a établi que le principe de proportionnalité devait être respecté tant dans le *jus ad bellum* que dans le *jus in bello*: «[Un] emploi de la force qui serait proportionné conformément au droit de la légitime défense doit, pour être licite, satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, dont en particulier les principes et règles du droit humanitaire».

En conséquence, le droit international humanitaire doit être respecté indépendamment de tout argument de *jus ad bellum* et, comme cela est réaffirmé dans le préambule du Protocole I, «les dispositions des Conventions de Genève (...) doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances (...), sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé». L'usage excessif de la force, le fait de prendre des civils pour cibles et la destruction des infrastructures civiles sont considérés comme des méthodes de guerre inutiles, indiscriminées ou disproportionnées, qui constituent en outre des obstacles au maintien d'un minimum d'humanité dans la pire des situations.

Toni Pfanner
Rédacteur en chef

Entretien avec le général Sir Rupert Smith*

*Le général Sir Rupert Smith a servi dans l'armée britannique en Afrique de l'Est et du Sud ainsi qu'en Arabie, dans les Caraïbes, en Europe et en Malaisie, avant de commander, en qualité de général de division (Major General), la 1^{re} Division blindée britannique pendant la guerre du Golfe. En 1992, en tant qu'adjoint du chef d'état-major général pour les opérations de défense et de sécurité au ministère britannique de la Défense, il a été étroitement associé à la détermination de la stratégie concernant la Bosnie-Herzégovine. En 1995, il a été commandant militaire de la Force de protection de l'ONU (FORPRONU) à Sarajevo; de 1996 à 1998, il a commandé les Forces terrestres britanniques en Irlande du Nord. De 1998 à 2001, commandant en chef adjoint des forces alliées en Europe (SACEUR), il a assumé des fonctions dans le cadre de l'opération «Force alliée» de l'OTAN pendant le conflit du Kosovo ainsi que dans le cadre du développement de l'identité européenne en matière de sécurité et de défense. Il a quitté le service actif en 2002 et est, depuis 2006, l'un des conseillers internationaux du CICR. Il nous livre une partie de son expérience dans son traité sur la guerre moderne, publié sous le titre The Utility of Force: The Art of War in the Modern World (Penguin, Londres, 2005)**.*

: : : : : :

Le paradigme de la guerre a-t-il changé?

Oui, le visage de la guerre a changé au cours des dernières décennies. Dans le passé, la «guerre industrielle» avait pour objet de remporter l'épreuve de force: l'enjeu consistait à briser la volonté de l'adversaire pour pouvoir ensuite dicter le résultat, parvenir à l'issue politique souhaitée.

Il en va autrement dans le nouveau paradigme, la «guerre au sein de la population». Il s'agit désormais de tenter de modifier les intentions – ou de

* Le général Rupert Smith a été interviewé à Londres le 7 janvier 2007 par Toni Pfanner (rédacteur en chef de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*).

La version anglaise de ce texte a été publiée sous le titre «Interview with General Sir Rupert Smith», dans le volume 88, N° 864, décembre 2006, pp. 719-727 de l'*International Review of the Red Cross*.

** Également publié en français – *L'utilité de la force : L'art de la guerre aujourd'hui*, Economica, Paris, 2007.

capturer la volonté – non seulement de l'adversaire, mais aussi des populations au milieu desquelles se conduisent les opérations. Le but, c'est de l'emporter dans le choc des volontés pour gagner ainsi l'épreuve de force. Quelle est la différence essentielle? C'est qu'aujourd'hui, la force militaire n'est plus utilisée pour trancher un différend politique, mais plutôt pour établir les conditions dans lesquelles le dessein stratégique pourra être réalisé. Nous vivons dans un monde de confrontations et de conflits permanents, et les militaires doivent mettre en œuvre des moyens différents pour concourir à l'obtention du résultat recherché.

Vous voulez donc dire que la traditionnelle dichotomie entre la guerre et la paix n'est plus pertinente?

En effet, il est révolu le temps où la paix était comprise comme l'absence de guerre, et où les événements s'enchaînaient selon un processus linéaire: paix/crise/guerre/règlement/paix. Le monde d'aujourd'hui est marqué par une confrontation continue. Les adversaires qui s'opposent cherchent à s'influencer mutuellement, y compris par le biais d'actes militaires. Pour être suivis d'effet, ces actes doivent être en cohérence et en accord avec les autres mesures ayant un impact sur les intentions, le but étant de prendre l'avantage dans la confrontation.

Nous quittons, dites-vous, l'époque des « guerres industrielles » pour entrer dans celle des « guerres au sein de la population ». Peut-on, pour autant, écarter l'éventualité de voir éclater des guerres semblables à celles du passé?

Je ne dis pas que l'on ne reverra jamais plus de grandes batailles. La guerre du Yom-Kippur fut un exemple de guerre conduite au sein de la population, le président égyptien Anouar el-Sadat ayant tenté d'altérer la base de la confrontation au sujet du Sinaï. Ce fut un conflit de grande envergure, qui fit beaucoup de morts et de blessés. N'oublions pas, cependant, qu'il existe des armes capables de tuer un grand nombre de personnes: les armes de destruction massive (ADM). En fait, les destructions massives et la « guerre industrielle » se terminaient, assez souvent, lorsque l'une des parties pouvait détruire plus vite que l'autre ne pouvait construire. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, ceux qui ont eu recours aux ADM cherchaient non pas à imposer leur propre volonté par la force, mais à modifier la volonté de l'adversaire. Nous parlons de l'effet de dissuasion – le but consiste à changer les esprits.

Les nouvelles guerres se déroulent au sein de la population, et non plus entre des « blocs » de populations, comme ce fut le cas pendant la Seconde Guerre mondiale. Je ne suis pas en train de vous dire que cette guerre n'a pas été meurtrière: elle a, au contraire, fait plusieurs millions de morts. La différence, c'est que le clivage était clairement marqué. Il était facile de savoir à quel côté chacun appartenait, et de voir qui portait ou ne portait pas l'uniforme. Ce n'est plus le cas dans les nouvelles guerres. La population est l'un des éléments du terrain qui constitue le « champ de bataille ».

Des guerres traditionnelles n'ont-elles pas lieu encore aujourd'hui dans de nombreuses régions du monde?

Bien sûr, les forces armées (étatiques et non étatiques) abondent aux quatre coins de la planète, de même que les affrontements militaires et les conflits armés. De nos jours, cependant, ce que l'on nomme «la guerre» vise spécialement les non-combattants. Il est révolu le temps où la guerre était un combat livré sur le champ de bataille par des hommes et des machines, comme est révolu le temps où la guerre était un événement de grande ampleur, influençant de manière décisive l'issue d'un différend surgi dans les relations internationales. Prenez l'exemple des États-Unis. Alors qu'ils possèdent l'armée la plus nombreuse et la mieux équipée au monde, les États-Unis ne sont plus capables de dicter l'issue souhaitée, comme ils avaient pu le faire lors des deux guerres mondiales. Dans les conflits contemporains, des forces militaires pourtant dotées d'un fort potentiel qui devrait leur permettre d'exercer le pouvoir en sont empêchées par des forces adverses paraissant, à l'aune des mêmes critères, mal équipées et désorganisées.

La victoire militaire n'est donc pas l'issue souhaitée?

Les guerres ne sont plus livrées aux mêmes fins que dans le passé. Les objectifs concrets, «matériels», simples et destructeurs des guerres industrielles sont remplacés par des objectifs plus «immatériels» et plus malléables. Le but est désormais de modifier les intentions, d'exercer un effet dissuasif, ou de mettre en place un environnement sûr et sécurisé. Dans la guerre industrielle, les adversaires cherchent à résoudre directement, par la force militaire, la confrontation politique qui l'a provoquée. Dans la guerre au sein de la population, la force militaire ne résout pas la confrontation de cette manière. L'utilisation de la force contribue seulement – de manière positive ou négative – aux efforts déployés par l'un ou l'autre camp pour prévaloir dans le choc des volontés et, ainsi, déterminer l'issue de la confrontation.

Vous marquez une distinction entre confrontation et conflit.

En effet, je me risque à utiliser les termes de confrontation et de conflit car ils sont de plus en plus souvent employés, dans un contexte journalistique, comme s'ils étaient synonymes. Ce n'est pas le cas. Des confrontations se présentent chaque jour: dans la vie quotidienne, elles constituent la base de toute activité politique. Il y a confrontation quand deux groupes de personnes, ou davantage, ont à l'esprit des résultats différents. Une confrontation peut avoir lieu, à propos d'une question donnée, entre deux parties. L'une ou l'autre partie peut être convaincue par un argument; elle peut aussi avoir d'autres raisons d'adopter la position de l'autre partie, voire adhérer au résultat que cette dernière désire. Néanmoins, si l'une ou l'autre d'entre elles refuse de se rallier et de suivre un ensemble de règles ou de se conformer au droit, il est possible que les parties choisissent le conflit comme façon de procéder. Dans la guerre industrielle, le but du conflit était de remporter l'épreuve de force afin que le vainqueur puisse ensuite imposer sa propre volonté. Dans la guerre au sein de la population, l'objet du conflit est d'établir certaines conditions, de modifier les intentions, afin que l'adversaire adhère à l'issue souhaitée de la confrontation.

Et tout conflit implique la violence ...

Un conflit est toujours violent, et l'intention est toujours meurtrière ou destructrice. Il importe cependant de bien comprendre quel est l'objectif de l'acte militaire: c'est d'aider à atteindre l'objectif de la confrontation, à savoir obtenir que l'adversaire change d'avis. Menacer d'employer la force dans un but de démonstration, de dissuasion, est l'une des façons de faire passer le message qui devrait amener l'adversaire à changer d'avis.

Prenons, par exemple, la situation prévalant à la frontière entre le Liban et Israël en juillet-août 2006. Il y a eu une confrontation entre le Hezbollah et Israël, une confrontation politique, culturelle et religieuse. Jusqu'au moment précis de l'éclatement des hostilités ouvertes, le niveau d'intensité du conflit était très faible – les affrontements étaient sporadiques et avaient principalement lieu sur la frontière. Après l'enlèvement des soldats israéliens, le conflit a commencé, et il a pris (ou il a sérieusement menacé de prendre) une dimension régionale. Pourtant, en fin de compte, le conflit armé n'a pas joué un rôle décisif. Il a rétabli les conditions de la confrontation.

L'emploi de la force reste-t-il un moyen d'influencer cette confrontation?

Au commencement du conflit, les Israéliens ont déclaré que leurs opérations militaires avaient deux buts: la destruction du Hezbollah et l'échec des attaques de roquettes. Il s'agissait donc d'objectifs «matériels» (comme dans la guerre industrielle). Les Israéliens les ont en fait abandonnés au bout de deux ou trois jours, car ils ont réalisé, d'une part, que ces buts étaient inatteignables et, d'autre part, que ce n'était pas vraiment le résultat auquel ils voulaient parvenir avec leur forces armées. Ils essayaient de rétablir, dans la confrontation, une position à leur propre avantage. Leur rhétorique a commencé à changer au cours des trois à quatre semaines suivantes. Ils évoquaient des buts tels que le rétablissement de l'effet de dissuasion des Forces de défense israéliennes, l'établissement d'une position de négociation pour accélérer le retour des soldats dans leurs foyers, la responsabilisation du Gouvernement libanais, chargé de faire régner l'ordre sur ses propres frontières, etc. Tous ces objectifs étaient en fait destinés à amener l'adversaire à changer d'intentions ou d'avis: ils relevaient davantage de la confrontation que du conflit.

Dans la conduite des hostilités, que vous optiez pour la confrontation ou pour le conflit, vous devez comprendre où se trouve le point d'imbrication entre la confrontation et le conflit. Plus vous pouvez assurer que la logique entre eux suit son cours normal et se raccorde, plus vos actes militaires vous aideront avec succès à atteindre votre objectif dans la confrontation. La manière de conduire les hostilités dépend en fait de cet objetif.

Vous étiez commandant de division pendant la guerre du Golfe: vous avez donc traversé les différentes étapes des confrontations et des conflits, y compris une «guerre industrielle» au début des hostilités.

Nous pouvons remonter à 1990, lorsque le Koweït a été occupé par l'Irak et qu'une coalition a été constituée, sous la conduite des Etats-Unis, en vue d'une

confrontation au niveau du théâtre d'opérations. Le déclenchement de l'opération «Bouclier du désert» devait modifier les intentions des Irakiens et les dissuader d'entreprendre de nouvelles campagnes en direction du sud.

Il y eut ensuite l'opération «Sabre du désert», une autre confrontation: il s'agissait, par le biais de cette menace et de près de deux mois de diplomatie intensive, de convaincre Saddam Hussein de se retirer volontairement du Koweït. Ce fut l'échec et la confrontation se changea en conflit. Les objectifs de la campagne – anéantir la Garde républicaine et libérer le Koweït – étaient des objectifs «matériels» et, en ce sens, ce conflit ressemblait à une guerre industrielle.

Il n'existait cependant aucun moyen de le transformer en succès stratégique pour gagner la confrontation. Plus tard, la situation de confrontation a subsisté, avec l'instauration des sanctions et des zones de non-survol. Saddam Hussein déclenchait ponctuellement des combats, quand un radar de poursuite accrochait un chasseur bombardier. En 2002, nous avons commencé à préparer une autre confrontation et à déployer des forces pour l'opération «Liberté en Irak». Une fois de plus, la confrontation a dégénéré en conflit lorsque Saddam Hussein a refusé de se plier à nos exigences. L'opération a rapidement atteint ses objectifs militaires; une fois de plus, cependant, nous avons échoué à transformer le succès de la campagne militaire en succès stratégique au niveau de la confrontation. Nous nous sommes enlisés dans toute une série d'événements tactiques, et nous sommes incapables de les relier à la réalisation de notre but au niveau de la confrontation, à savoir: gagner la volonté de la population irakienne. Voilà un exemple de dissociation totale entre activité militaire et activité politique.

Dans le scénario de la «guerre au sein de la population», les adversaires cherchent à influencer les gens.

L'objectif, c'est de gagner la volonté de la population. Sur le plan tactique, l'adversaire opère souvent selon les principes de la guérilla: le terroriste dépend de la population pour se cacher, pour recevoir un soutien (moral et physique) ainsi que pour être informé. Le jeu consiste à provoquer une sur-réaction. Il est ainsi ensuite possible de peindre l'adversaire sous les couleurs du tyran et de l'opresseur. La crédibilité de la cause que l'on défend s'en trouve renforcée, et cela permet de mobiliser la sympathie et le soutien de la population. Outre la provocation, la propagande de l'action permet d'asseoir son importance, d'être pris au sérieux, d'être traité sur un pied d'égalité. Si ces conflits se déroulent au sein des sociétés, c'est aussi à cause du rôle des médias: les combats se déroulent en fait sur chaque écran de télévision, partout dans le monde, comme dans les rues et les champs d'une zone de conflit. Dernier élément, enfin, l'adversaire s'efforce d'éroder la volonté de la population en faisant en sorte que le conflit s'éternise.

Le facteur temps est donc important.

Toute «guerre au sein de la population» tend à être interminable. Dans les «guerres industrielles», nous nous battons dans le but de vaincre le plus rapidement possible. Notre société tout entière était vouée au combat, comme notre

industrie tout entière était vouée à l'effort de guerre. La situation est bien différente aujourd'hui. L'action s'inscrit dans la durée. Les groupes non étatiques ont tout particulièrement intérêt à ne pas combattre selon un calendrier. Ils préfèrent attendre, et relancer leur action au moment qui leur convient. Si ces guerres ont tendance à s'éterniser, c'est aussi parce que les objectifs militaires ne sont pas stratégiquement déterminants. Le résultat, c'est qu'il vous faut tenir votre position en recourant à des moyens militaires. Peu importe que vous vous trouviez en zone démilitarisée, sur une ligne «bleue» tenant lieu de frontière ou ailleurs. Vous devez rester sur place jusqu'au moment où vous trouverez (peut-être) la solution politique. La communauté internationale n'est-elle pas toujours présente en Corée, à Chypre, au Liban? L'histoire d'Israël n'est-elle pas celle d'un conflit permanent?

La volonté de se battre semble s'éroder rapidement dans les sociétés démocratiques.

L'une des caractéristiques des guerres de ce type, c'est que nous nous battons de manière à ne pas perdre l'épreuve de force. Personne ne veut rapatrier davantage de sacs mortuaires que cela n'est absolument nécessaire. Vous ne voulez pas que l'on vous voie en train de gaspiller des vies dans ce théâtre. Cela vient principalement de ce que, dans ces opérations modernes, l'issue n'est pas censée être définitive. L'opération doit donc pouvoir se prolonger, être de durée indéterminée. Qui pourrait vouloir réduire sa capacité à poursuivre les opérations sur le long terme?

La communication joue un rôle majeur en influençant la volonté de se battre.

Nous continuons à voir la guerre sous le prisme du modèle industriel, une guerre opposant des États. Cela tient à la manière dont les médias décrivent habituellement la guerre, en se plaçant dans la perspective de forces armées conventionnelles envoyées par des États-nations. En outre, les médias disposent de peu de temps ou d'espace pour transmettre l'information : une, deux, trois minutes sur les chaînes de télévision ou de radio, quelques colonnes dans la presse quotidienne... Pour séduire leur public, et pour que le public les comprenne, les médias doivent donc travailler avec des images «cognitives» et utiliser un certain jargon. Or, ces images et ce jargon présentent exclusivement des individus et des situations où des armées conventionnelles sont engagées dans des guerres industrielles. Ce phénomène a, par lui-même, engendré une nouvelle boucle. Une grande part du public, et même certaines parties des médias, se rendent compte d'une dissonance entre, d'une part, ce qui est vécu et montré et, d'autre part, les explications qui en sont données. Ce sont clairement d'autres formes de guerre qui sont vécues et montrées, tandis que les explications données cherchent désespérément à utiliser le modèle de la guerre interétatique pour commenter la guerre au sein de la population.

Prenons l'exemple des bulletins d'information à la télévision. Que nous montrent, jour après jour, les reportages qui nous arrivent d'Irak? Nous voyons des soldats lourdement armés, patrouillant à bord de chars dans des

rues pleines de femmes et d'enfants. Que voyons-nous d'autre? Des civils en haillons (hommes et enfants), attaquant des soldats lourdement armés, montés dans des chars. Les images que nous avons sous les yeux ne correspondent pas à notre perception du monde. Notre confusion est plus grande encore quand nous entendons le commentaire du journaliste ou du présentateur s'efforçant d'expliquer les actions militaires menées par les soldats. C'est comme si l'on tentait de restructurer une réalité nouvelle pour la mettre en concordance avec un vieux paradigme. Le succès est rarement au rendez-vous. Quel est l'effet des médias? Généralement parlant, tout se passe plus ou moins sous les yeux du public, et les opérations se déroulent désormais littéralement dans un théâtre de la guerre. Il importe de comprendre le commandement dans ce sens: l'action militaire est une pièce dramatique qui se joue devant un public, un public sur qui (et c'est là une partie de votre objectif) vous tentez d'avoir une influence.

Dans l'actuelle guerre en Irak, l'idée initiale propagée était qu'il importait de «gagner le cœur et l'esprit des Irakiens». Il semble que l'on entende bien moins souvent ce slogan.

Il y a déjà longtemps que les origines de l'idée reprise dans ce slogan ont été dissociées de l'événement initial. Nous devons donc nous assurer que nous en comprenons bien le sens. Dans une large mesure, l'objectif stratégique consiste bien à gagner le cœur et l'esprit des gens. En d'autres mots, cette activité n'a pas pour seul but de soutenir la bataille tactique. Elle constitue, au contraire, le but de l'action engagée. Il n'est pas très utile que vous veniez repeindre les salles de classe ou distribuer du dentifrice aux enfants après que vos bombes ont détruit leur école.

Que se passe-t-il en cas d'occupation? Il est arrivé que les forces d'invasion soient accueillies en libératrices, mais aussi que les forces d'occupation s'aliènent au moins une partie de la population.

Je suppose que, dans les exemples auxquels vous pensez, les troupes sont arrivées par la force. Nous excluons donc qu'elles aient été invitées ou qu'elles se soient trouvées sur place en application d'un mandat multinational ou international. Parfois, les forces armées l'emportent dans un combat, parfois elles occupent un territoire et défont et détruisent les forces ennemies. Il semble en ce cas qu'elles aient atteint leurs objectifs, sur le plan stratégique comme sur le terrain. Peut-être seront-elles bien reçues par la population. Rien n'atteste, cependant, que cet accueil est sincère, ou que tout le monde croit en ces attitudes. Cela ne signifie pas non plus que cette situation durera très longtemps... Un vieux proverbe anglais ne dit-il pas que: «Comme le poisson, les invités commencent à ne plus sentir très bon au bout de trois jours»?

Par exemple, l'occupation du Liban par la Syrie n'a pas rencontré de résistance frontale (il est vrai que cette occupation ne s'est pas faite par la force); elle a véritablement amené la paix et amélioré la situation. Il faut que les forces d'occupation aient une raison de rester sur place car, si ce n'est pas le cas, elles doivent imposer leur présence par la force. Cela nous ramène directement à une

situation d'affrontement. Par contre, si la volonté de la population occupée reste intacte et si elle refuse de coopérer, l'initiative lui revient, sur le plan stratégique et sur le terrain.

Dans l'idée de confrontation et de conflit, l'adversaire est à la fois une entité militaire et une entité politique. Cela signifie que le fait de combattre et de vaincre la résistance de l'une des entités sans se préoccuper de l'autre ne peut pas conduire à l'issue stratégique souhaitée. Partant de cette constatation, l'analyse et la planification ne devraient commencer qu'une fois les objectifs stratégiques bien compris (pour prendre l'exemple de l'Irak, il s'agirait de la volonté des Irakiens et de leur leader, ainsi que des mesures nécessaires pour l'emporter sur cette volonté, ou tout au moins, pour la maintenir neutre).

Cela signifie que la voie à suivre aurait été de commencer par définir ce que devrait être l'issue réussie de l'occupation avant que l'occupation ne commence réellement, c'est-à-dire avant l'invasion. La responsabilité de la planification aurait dû, en ce cas, être confiée non pas spécifiquement aux militaires, mais plutôt à ceux qui avaient la charge de parvenir à l'issue souhaitée et de diriger les opérations.

Les acteurs non étatiques participent toujours plus aux conflits de ce type.

Confrontations et conflits sont conduits par des groupements multinationaux ou par des groupements non étatiques, sous diverses formes: une alliance multinationale (ONU, mais aussi OTAN et Union européenne), une coalition (telle celle conduite par les États-Unis en Irak), ou même – et cette liste n'est pas exhaustive – des coalitions plutôt moins formelles, les forces armées sur le terrain coopérant étroitement avec les organisations humanitaires non gouvernementales. Il existe également des alliances informelles relativement plus dangereuses, lorsque des groupes de forces extérieures coopèrent avec l'une ou l'autre des factions internes sur le terrain même des opérations. L'Afghanistan en 2001-2002 (Alliance du Nord et coalition dirigée par les États-Unis) et le Kosovo en 1999 (Armée de libération du Kosovo et OTAN) offrent deux exemples de ce genre d'alliances.

En outre, certains États opèrent contre des groupes non étatiques, tels que le Hamas, le Hezbollah, les taliban ou l'Armée républicaine irlandaise (IRA). En raison de ces acteurs non étatiques et des objectifs malléables, d'un caractère plutôt moins affirmé, il est extrêmement difficile de concevoir des stratégies, de mettre en œuvre une stratégie, de définir ce que signifie «l'emporter», etc. Enfin, nous devons encore trouver de nouvelles manières d'utiliser les installations et l'équipement acquis dans un autre but quelques années plus tôt.

D'ailleurs, le niveau opérationnel – le théâtre d'opération – revêt toujours plus d'importance en raison de ces alliances qui, souvent, se forment sur le terrain même (c'est-à-dire dans la zone géographique) renfermant dans sa totalité militaire et politique un objectif dont la réalisation est de nature à modifier positivement la situation stratégique. D'abord collaboratives, ces confrontations se muent en confrontations conflictuelles. Même le CICR est exposé à ce danger: le CICR et les militaires ont des objectifs communs sur un certain nombre de

points. Nous sommes en situation de confrontation collaborative; nos objectifs, nos résultats peuvent coïncider si nous avons suffisamment en commun. Nous travaillons alors en limite même du principe de neutralité du CICR. Les deux parties doivent avoir pleinement conscience des limites à ne pas dépasser, et l'une et l'autre ne peuvent opérer que dans la mesure pouvant être tolérée par cette confrontation collaborative.

Les acteurs non étatiques ont des avantages parce qu'ils peuvent se jouer des faiblesses que les États peuvent avoir; ils peuvent aussi provoquer un État pour l'amener à exercer une répression drastique (l'État s'aliénant alors des segments de la population sans remporter de batailles militaires). Comment les États doivent-ils réagir? Dans le cas de l'Irlande du Nord, la réaction se situe-t-elle au niveau tactique? Faut-il prendre en compte des buts à plus long terme?

Il faut éviter de jouer le jeu de l'adversaire, même si cela vous désavantage à court terme. On peut remporter chaque combat, et perdre la guerre. Les Américains et les Britanniques n'ont pas perdu un seul combat dans le conflit actuel en Irak. Pourquoi ne peuvent-ils pas rassembler ces différents succès en une seule victoire? La réponse est simple: les succès militaires qu'ils remportent sont en fait dissociés de tout but politique.

Les objectifs sont toujours des intentions. Vous m'avez interrogé à propos de l'Irlande du Nord: dans ce cas, nous sommes parvenus très tôt à la décision de n'entrer en conflit que si les terroristes en prenaient l'initiative. En effet, nous, les militaires, nous nous trouvions sur place pour appuyer la police ou le pouvoir civil, et non pas pour agir en notre nom propre. Les attaques ont toujours été lancées par nos adversaires (parfois à notre désavantage sur le plan tactique), mais nous n'avons pas déclenché un conflit.

Comment la mutation intervenue dans le paradigme de la guerre influence-t-elle la conduite des hostilités sur le terrain? Est-il encore possible de faire la distinction entre combattants et civils?

En la matière, nos interprétations et nos conceptions doivent changer. Premièrement, la population au sein de laquelle vous vous battez fait partie de votre objectif au niveau de la confrontation. Plus vous réussirez à couper la population des véritables combattants, mieux vous obtiendrez qu'elle s'abstienne de soutenir les combattants (vous pourriez même obtenir qu'elle approuve tacitement ce que vous êtes en train de faire).

Deuxièmement, la population est importante pour l'adversaire (pour se cacher, pour recevoir un appui moral et matériel et, enfin, pour se voir conférer une légitimité politique): en fait, la population constitue également l'objectif de votre adversaire. Vous aurez peut-être parfois le sentiment que la population est très proche et partiellement – sinon totalement – alliée à votre principal adversaire. Par exemple, pour toute une série de raisons religieuses, culturelles et ethniques, la population shiite du Sud-Liban est culturellement bien disposée à l'égard du Hezbollah quand elle est confrontée aux Israéliens. Il serait donc

absurde de croire que vous pouvez faire davantage pour obtenir sa neutralité; par contre, vous devez quand même comprendre qu'elle fait partie de votre objectif.

Au Liban, pour les Israéliens l'objectif de la confrontation était, en particulier, la population shiite. Vous voudriez, au minimum, que cette population ne soutienne pas des attaques menées contre vous. De fait, la population ne peut pas être elle-même l'objet d'une attaque armée, à moins que vous supposiez pouvoir la bombarder jusqu'à ce qu'elle se soumette, ou réaliser une opération de type stalinien (purification ethnique, notamment). Si telle n'est pas votre intention, vous devez comprendre que les mesures militaires que vous prenez visent à amener la population à modifier ses intentions à votre avantage. Peut-être cela passera-t-il par un recours à la force militaire, mais vos cibles seront toujours les mêmes, et il s'agira toujours d'obtenir un changement d'intentions.

Cela est évidemment difficile.

Oui, car dans le même temps, la population est utilisée par votre véritable adversaire. Il lui demande de servir de bouclier, de l'approvisionner, de lui conférer une légitimité politique, de l'aider à obtenir des informations, etc. La population fait réellement partie de son «alliance». Dans cette confrontation, vous essayez de gagner la population à votre cause, de la soustraire plus ou moins à l'influence de votre adversaire, de manière à isoler celui-ci. Pour prendre un exemple, je dirai que c'est ce que l'Occident a fait au pacte de Varsovie pour gagner la guerre froide (qui était une confrontation, et ne s'est jamais transformée en conflit). C'est la révolte de la population des États satellites du pacte de Varsovie, puis la révolte de la population russe contre son gouvernement – et non pas du tout une aventure militaire – qui ont conduit à la fin de la guerre froide. C'est donc faisable!

Il faut donc s'efforcer de faire la distinction entre combattants et population civile pendant les hostilités?

L'objectif, c'est de «capturer» les intentions de la population. Or, plus vous traiterez l'ensemble de la population comme votre ennemi, plus l'ensemble de la population sera votre ennemi. C'est pourquoi je parle d'un changement de logique: si l'on s'en tient à la logique purement militaire, la population soutient l'adversaire: elle doit donc être l'un des éléments qui constituent l'ennemi. Or, ce n'est pas le cas: la population constitue l'un des éléments de votre objectif dans la confrontation.

Les stratégies axées sur la provocation et la propagande cherchent à dissocier l'approche politique de l'approche militaire. En conséquence, si vous opérez de manière telle que, du fait des mesures que vous prenez pendant le conflit, vous traitez toutes ces personnes comme des ennemis, ou même comme des combattants, vous dissociez votre approche confrontationnelle de l'acte militaire. Vous agissez au nom de votre ennemi; vous êtes même en train de coopérer avec lui, puisque c'est là, précisément, ce que votre adversaire cherche à obtenir grâce à sa stratégie.

Au Liban, le Hezbollah et la population shiite, de même que le Hezbollah et le gouvernement libanais, sont engagés dans une confrontation collaborative: en agissant de manière à dissocier les actes militaires des actes visant à gagner la confrontation, vous ne pourriez que renforcer votre adversaire. Lorsque je parle de cette dissociation de l'acte militaire, tout l'enjeu de ces stratégies (alliant l'action, la provocation et l'érosion de la volonté) consiste à vous conduire à agir de telle manière que vous donnerez l'avantage à votre adversaire.

Pendant un conflit, il est donc difficile de trouver l'équilibre entre les objectifs de la confrontation et les objectifs du conflit?

En effet, cet équilibre est difficile à atteindre parce que chaque ensemble d'objectifs s'inscrit dans une logique différente: la logique de la confrontation n'est pas celle du conflit. Cela dit, il faut y parvenir. Je crois que l'astuce consiste à rechercher le point de jonction de la logique de votre adversaire et à attaquer ce point.

Contextualisation de la proportionnalité: *jus ad bellum* et *jus in bello* dans la guerre du Liban

Enzo Cannizzaro*

Enzo Cannizzaro est professeur de droit international à l'université de Macerata.

Résumé

Cet article analyse le rôle et la signification de la proportionnalité au regard du droit international contemporain gouvernant l'emploi de la force, le but étant de clarifier le régime juridique qui régit la conduite des parties à un conflit armé. Dans le système du jus ad bellum, la protection est principalement octroyée dans l'intérêt de l'État faisant l'objet d'une attaque. Les autres intérêts en présence ne sont pris en compte que pour limiter le choix des moyens à employer pour atteindre ce but. Inversement, dans le système du jus in bello, par définition, aucun intérêt ne prime sur les autres. Une variété d'intérêts et de valeurs ont droit à une protection égale du droit, et doivent être mis en regard les uns par rapport aux autres. De manière générale, aucun problème grave n'est dû à l'existence de deux systèmes normatifs distincts, disposant de normes différentes pour juger de la légalité d'une même conduite. La légalité du recours à la force se mesure à l'aune de la proportionnalité en cas de légitime défense, alors que les actions individuelles devraient se conformer à l'exigence de la proportionnalité dans le jus in bello. Néanmoins, au-delà du vaste domaine dans lequel ces deux normes se chevauchent, il pourrait se présenter certaines situations où la stricte application du jus ad bellum empêche la réalisation des buts du jus in bello. En de telles

* L'auteur souhaite remercier Paolo Palchetti et Mary-Ellen O'Connell pour leurs précieux commentaires sur une ébauche précédente du présent article.

Original anglais, «Contextualizing proportionality: *Jus ad bellum* and *jus in bello* in the Lebanese war», *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N°. 864, décembre 2006, pp. 779-792.

circonstances, le test de proportionnalité au regard du jus in bello doit être vu comme faisant partie du test de proportionnalité au regard du jus ad bellum. Les États doivent donc prendre en considération les implications humanitaires quand ils déterminent le niveau de sécurité auquel ils souhaitent parvenir par le biais de l'action militaire.

.....

Tout lecteur, même le moins averti, saisira à quel point la question de la proportionnalité constitue un élément pertinent du débat sur la licéité de l'action offensive menée par Israël au Liban au cours de l'été 2006. La proportionnalité a constitué le thème central de la quasi-majorité des positions prises par les États et les organes internationaux à propos de cette problématique complexe. De manière générale, les opinions exprimées semblent converger et admettre que l'emploi de la force par Israël était justifiable au titre du droit de légitime défense. Il s'agissait d'une riposte aux attaques des milices du Hezbollah, un groupe politique et religieux exerçant un contrôle exclusif sur le territoire du sud du Liban. Le Hezbollah tirait périodiquement des roquettes contre des localités situées en territoire israélien et, finalement, au cours d'une incursion de l'autre côté de la frontière, il a échangé des tirs avec des soldats israéliens, dont certains ont été tués, d'autres enlevés. La riposte israélienne a cependant été largement qualifiée de disproportionnée. Elle a en effet débuté par des frappes aériennes qui visaient même des infrastructures militaires et civiles situées loin de la zone de combat et qui, par conséquent, ont entraîné de lourdes pertes civiles. L'offensive s'est poursuivie sous la forme d'opérations de blindés menées de l'autre côté de la frontière. Le but allégué était le démantèlement de l'organisation du Hezbollah dans le sud du Liban, puis la mise en place d'une zone tampon dans cette partie du territoire libanais¹.

1 Par exemple, le 14 Juillet 2006, lors de la 5489^e séance du Conseil de sécurité (Document ONU SC/8776), de nombreux représentants des États, tout en condamnant le caractère disproportionné de l'action israélienne, ont mentionné le droit légitime d'Israël de se défendre (Argentine, Japon, Royaume-Uni, Pérou, Danemark, Slovaquie, Grèce et France). Selon le représentant du Royaume-Uni: «Israël a tous les droits à exercer la légitime défense. Mais il doit faire preuve de retenue et veiller à ce que ses actions soient proportionnées, mesurées et conformes au droit international et qu'elles évitent de causer des morts et des souffrances parmi les civils. Une action disproportionnée ne fera qu'aggraver une situation déjà explosive». Dans une déclaration du 17 Juillet 2006 sur la situation au Moyen-Orient, le Conseil de l'Union européenne: «reconnait le droit légitime d'Israël de se défendre, mais appelle instamment cet État à faire preuve de la plus grande retenue et de ne pas faire un usage disproportionné de la force». Dans la même veine, selon la déclaration publiée à l'issue du sommet du G-8, le 16 Juillet 2006: «Il est également essentiel qu'Israël, tout en exerçant son droit de se défendre, prenne en compte les conséquences stratégiques et humanitaires de ses opérations. Nous appelons Israël à faire preuve de la plus grande retenue en s'efforçant d'éviter les victimes parmi les civils innocents et les dommages aux infrastructures civiles et de s'abstenir de tout acte qui déstabiliserait le Gouvernement libanais». Voir également le rapport de la Commission d'enquête sur le Liban, établie par le Conseil des droits de l'homme (résolution S-2/1 du 11 août 2006), disponible en français à l'adresse: http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/specialsession/A.HRC.S-2.2_fr.pdf. La conception israélienne du principe de proportionnalité a été exposée dans un document publié le 25 juillet 2006 par le ministère des Affaires étrangères: «*Responding to Hezbollah attacks from Lebanon: Issues of proportionality – legal background*», disponible en anglais à l'adresse: <http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Law/Legal+Issues+and+Rulings/Responding+to+Hizbullah+attacks+from+Lebanon+-+Issues+of+proportionality+July+2006.htm>

Le but de la présente analyse du rôle et de la signification de la proportionnalité au regard du droit international contemporain relatif à l'emploi de la force est de définir le régime juridique régissant la conduite des parties dans la situation particulière examinée ici. De fait, les événements survenus, de même que les réactions des États et des organes internationaux, peuvent nous aider à mieux cerner le rôle que la communauté internationale assigne à la proportionnalité dans le contexte des conflits armés. Une étude sur la proportionnalité qui fait référence à la guerre du Liban offre donc un double avantage sur le plan de la méthodologie. D'une part, le concept de proportionnalité aide à déterminer le régime juridique au regard duquel la licéité de la conduite des parties pourra être évaluée; d'autre part, les positions adoptées à propos de la guerre du Liban peuvent aider à poursuivre la réflexion sur ce thème, ainsi qu'à éclaircir certains points encore très disputés ayant trait au rôle et à la teneur du principe de proportionnalité.

Le champ étroit de cette analyse va également en dicter le cours, l'accent étant mis sur certaines questions spécifiques apparues en relation avec les événements du Liban. Les références bibliographiques et documentaires se limiteront au minimum requis pour illustrer la ligne de raisonnement. Alors qu'elles pourraient être pertinentes dans le cadre d'un examen global du régime juridique qui gouverne la conduite des parties, d'autres questions ne seront pas abordées (il s'agit, notamment, du statut juridique du Hezbollah en droit international et du droit, pour les États, de se défendre contre des entités non étatiques).

Coexistence de deux notions de la proportionnalité?

L'opinion qui prévaut parmi les juristes tend à marquer une nette distinction entre les deux différentes manières dont la proportionnalité impose des restrictions à l'emploi de la force armée. Pour les États, en effet, la proportionnalité constitue une limite tant en ce qui concerne leur pouvoir de recourir à la force (*jus ad bellum*) qu'en ce qui concerne leur pouvoir de choisir les moyens et méthodes de guerre (*jus in bello*)².

Évidente en théorie, la distinction entre ces deux conceptions de la proportionnalité n'est pas aussi claire dans la pratique. Il n'est pas rare, en effet, que ces notions se combinent lors d'une évaluation globale de la licéité du recours à la force. C'est précisément ce qui s'est passé dans le cas de la guerre du Liban de l'été 2006. Certes, dans leur réaction, de nombreux États ont mis l'accent sur le caractère disproportionné de la riposte israélienne. Par contre, il est bien plus difficile de savoir à quel type de proportionnalité il était fait référence. Les déclarations contiennent bien souvent des considérations qui relèvent tant du *jus ad bellum* que du *jus in bello*³.

2 Voir Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Pour une analyse plus générale, voir mon étude précédente, Enzo Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milan, 2000.

3 Voir notamment, à titre d'exemple, les observations du représentant de la France lors de la séance du Conseil de sécurité du 14 juillet 2006 (document ONU S/PV.5489).

Il n'est pas surprenant de constater un certain manque de rigueur, dans la manière d'évaluer la proportionnalité sous l'angle juridique, dans la pratique internationale. La relation entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello* n'est pas clairement définie, même parmi les juristes qui, cependant, partagent largement l'opinion selon laquelle ces systèmes normatifs ont des racines historiques différentes et assument des fonctions différentes. Il est donc approprié d'analyser brièvement le rôle et la teneur du principe de proportionnalité, dans le *jus ad bellum* comme dans le *jus in bello*; nous chercherons ensuite à savoir si chacun des deux systèmes comporte quelques notions autonomes, ou s'il y a lieu d'analyser leur interaction mutuelle.

La proportionnalité dans le *jus ad bellum*

La proportionnalité et la notion d'agression armée

Dans le *jus ad bellum*, la proportionnalité joue un double rôle. D'une part, elle sert à identifier les situations dans lesquelles l'utilisation unilatérale de la force est «permisible». D'autre part, elle sert à déterminer l'intensité et l'ampleur des opérations militaires. À ces deux titres, la prise en compte des événements de l'été 2006 au Liban peut contribuer utilement à l'analyse juridique.

Considérons le premier aspect. Les situations dans lesquelles la force peut être utilisée unilatéralement sont déterminées au moyen d'un argument fonctionnel, à savoir: les États ne peuvent unilatéralement recourir à la force que dans un but défensif, en présence d'une agression armée et dans la mesure nécessaire pour repousser une telle attaque⁴. Cela signifie que l'invocation du droit de légitime défense ne permet pas tout. Le seul but consiste à repousser des attaques armées et garantir provisoirement la sécurité des États. La suppression par la force de situations menaçantes et l'instauration de conditions permanentes de sécurité semblent être des tâches que la communauté internationale considère comme devant être assumées de manière collective. Cette solution est conforme à la structure de la communauté internationale, l'usage unilatéral de la force pouvant entraîner des abus irrémédiables et comportant un risque permanent d'escalade de la violence qui pourrait mettre en danger la sécurité collective.

En outre, la force défensive ne peut être utilisée pour repousser des agressions armées que lorsqu'un certain seuil d'intensité est dépassé. Au-dessous de ce seuil, la force utilisée ne peut être qualifiée d'«agression armée», ce qui exclut de recourir à la force pour riposter. Cela tient probablement au fait que le régime de légitime défense ne protège pas les intérêts des États qui répondent à n'importe quel type d'utilisation offensive de la force. Le recours à la force n'est approprié que pour répondre à des actes d'agression qui mettent objectivement

4 Voir l'arrêt de la CIJ du 27 juin 1986, relatif à l'affaire du Nicaragua (Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Fond, CIJ, Recueil 1986, par. 176 et suiv., en particulier 194 et 195 et 211.

en danger la sécurité des États et ce, uniquement, dans la mesure nécessaire pour repousser de telles attaques. Le système du *jus ad bellum* prédétermine donc les intérêts pour lesquels la force peut être employée de manière licite, comme il prédétermine leur niveau de protection. La proportionnalité ne sert qu'à déterminer les moyens adéquats pour atteindre ce but.

Dans son arrêt relatif à l'affaire du Nicaragua, la Cour internationale de Justice (CIJ) a estimé que le simple flux transfrontalier d'armements et de matériel logistique ne constituait pas une violation de la prohibition de l'emploi de la force, violation qui pourrait, en elle-même, déclencher une riposte armée⁵. Plus récemment, appelée à régler le différend entre l'Éthiopie et l'Érythrée concernant, entre autres, la licéité d'une riposte armée faisant suite à une incursion à travers la frontière, la Commission des réclamations est allée encore plus loin: pour que le droit de légitime défense puisse être valablement invoqué, le prédicat, selon la Charte des Nations Unies, est que la partie qui recourt à la force doit avoir fait l'objet d'une agression armée. De plus, même s'ils ont entraîné des pertes en vies humaines, les incidents frontaliers localisés opposant de petites unités d'infanterie ne constituent pas une agression armée aux fins de la Charte⁶. Il s'ensuit que lorsque les violations moins graves de la prohibition de l'emploi de la force n'ont pas le caractère d'une agression armée, elles ne justifient pas d'employer la force à un niveau correspondant en invoquant le droit à la légitime défense⁷.

Les événements qui ont immédiatement précédé la réaction israélienne contre le Liban semblent très similaires au type de conduite qui, selon la sentence arbitrale de la CPA, ne justifie pas le recours à une riposte armée. De fait, les articles de presse mentionnent un échange de tirs entre patrouilles, un nombre de pertes limité et la capture de deux soldats israéliens⁸. Pourtant, au sein de la communauté internationale (comme cela a été relevé plus haut), la riposte israélienne a été largement perçue comme un acte de légitime défense. Cette position pourrait s'expliquer par le fait que l'incursion du Hezbollah a été vue dans le contexte plus vaste de toute une série d'attaques de moindre

5 *Ibid.*, par.195 et 230. Voir également l'arrêt de la CIJ du 6 novembre 2003, relatif à l'affaire des Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), Fond, Recueil [2003], par. 55, et l'exposé de l'opinion individuelle du juge Simma sur ce point, en particulier les paragraphes 12 et 13.

6 Sentence arbitrale du 19 décembre 2005, Cour permanente d'arbitrage (CPA), Commission des réclamations, «Éthiopie c. Érythrée, *jus ad bellum*, réclamation de l'Éthiopie 1-8», disponible (en anglais) à l'adresse : www.pca-cpa.org.

7 Cela signifie que, dans le contexte du droit de légitime défense, la proportionnalité n'est pas une norme fonctionnelle dans le plein sens du terme, mais plutôt une échelle fonctionnelle marquant un certain seuil. Cette manière d'appréhender l'argument de la proportionnalité s'inscrit dans la philosophie du contrôle social de l'emploi unilatéral de la force. La force utilisée de manière unilatérale constituant un dangereux instrument, elle ne doit être employée qu'en dernier recours. Le corollaire négatif, c'est qu'en cas d'échec des mécanismes de sécurité collective, les États ne disposent pas d'un instrument coercitif qui leur permettrait de garantir efficacement leur propre sécurité.

8 Voir, par exemple, «Turmoil in the Mideast: Escalation – clashes spread to Lebanon as Hezbollah Raids Israël», *New York Times*, 14 Juillet 2006, p. 1. Voir également le communiqué publié le 2 juillet 2006 par le gouvernement israélien, disponible en anglais à l'adresse : www.mfa.gov.il/MFA/Government/Communiques/2006/Special+Cabinet+Communique+-Hizbullah+attack+12-Jul-2006.htm.

envergure, menées de manière répétée à travers les frontières⁹. Donc, la qualification de la réaction d'Israël semble impliquer que pour qu'une riposte soit considérée comme relevant de la légitime défense, ce ne sont pas les actions isolées menées par l'assaillant qui sont à prendre en considération, mais plutôt le plan d'agression tout entier (et pouvant être mis en œuvre à travers une série d'attaques de moindre envergure). Cela signifie que pour déterminer en quoi consiste une agression armée justifiant une riposte armée, il est permis de prendre en considération non seulement des opérations armées isolées constituant des violations mineures de la prohibition de l'emploi de la force, mais aussi d'autres actions, reliées entre elles dans le cadre d'une stratégie d'agression plus complexe. Néanmoins, cela n'implique pas nécessairement par ailleurs que la riposte peut être proportionnelle à toute la série d'opérations, considérées dans leur ensemble, et non pas adaptée aux opérations isolées entrant dans le cadre d'une telle stratégie. Je reviendrai plus tard sur point.

La proportionnalité et l'intensité de l'action défensive

Lorsque l'on considère que l'on est en présence d'une agression armée appelant une riposte armée au nom de la légitime défense, la question suivante porte sur le type et l'ampleur de l'action qui constitue une réaction appropriée. La proportionnalité est mesurée par le biais d'un test *quantitatif* s'il convient que la riposte soit conforme aux caractéristiques quantitatives de l'attaque (envergure de l'opération, type d'armement utilisé et étendue des dommages causés). Par contre, le test *qualitatif* vise moins à mesurer la correspondance extrinsèque entre l'attaque et la riposte. Il s'agit plutôt de déterminer si les moyens utilisés sont appropriés par rapport au but recherché à travers la riposte. Ainsi, une réaction est proportionnée quand elle est à la fois nécessaire et appropriée pour repousser l'attaque, et que ses effets secondaires sur d'autres intérêts et valeurs affectés sont acceptables.

Vue sous l'angle quantitatif, la proportionnalité satisfait intuitivement un sentiment de symétrie entre l'attaque et la défense, et elle pourrait donc paraître moins exposée à une évaluation subjective. Vue sous l'angle qualitatif, la proportionnalité semble logiquement mieux se conformer à l'élément structurel de la règle relative à la légitime défense: il s'agit non pas d'octroyer à l'État attaqué le droit d'infliger une punition, mais uniquement de lui donner le droit de repousser l'attaque dirigée contre lui, en utilisant les moyens appropriés aux circonstances particulières¹⁰.

9 Il est à noter qu'aucun État ne semble avoir considéré comme pertinent le fait qu'une petite portion du territoire libanais se trouvait alors (et se trouve encore) sous le contrôle d'Israël. Cet élément pourrait aussi permettre de mieux comprendre la structure particulière de la règle relative à la légitime défense, dans la mesure où il illustre le fait que l'objectif consistant à libérer entièrement une petite portion du territoire d'un État (qui, de surcroît, se trouvait depuis plusieurs années sous le contrôle d'un autre État) ne peut en lui-même justifier, en réaction, un recours à la force.

10 Afin de poursuivre l'examen de ces manières conceptuellement différentes d'approcher la question de la proportionnalité, j'invite le lecteur à se reporter à mon ouvrage mentionné plus haut (note 2, pp. 278 et suivant)

Dans la plupart des cas, l'application de ces deux tests conduit à des résultats similaires. L'un et l'autre semblent souligner la nécessité de l'exercice d'un contrôle social sur le recours unilatéral à la violence, en demandant à l'État qui se défend de veiller à conserver un certain degré de correspondance entre sa conduite défensive et l'attaque qui a provoqué sa riposte. En outre, le test qualitatif (dont on dit à tort qu'il laisse une large liberté de manœuvre à l'État attaqué) entraîne également une analyse quantitative. Il requiert en effet de trouver un équilibre entre deux éléments: d'une part, la nécessité de repousser l'attaque et, d'autre part, les éventuels effets négatifs de l'action militaire défensive sur d'autres intérêts en jeu et sur d'autres valeurs, notamment les valeurs humanitaires.

C'est là un aspect crucial dont il convient de tenir compte dans l'évaluation de la licéité de la riposte israélienne aux attaques du Hezbollah. Le caractère disproportionné de la réaction d'Israël a été principalement imputé à trois éléments: l'ampleur des opérations, qui ont considérablement excédé l'action estimée nécessaire pour repousser l'attaque; le fait que la riposte ait impliqué la destruction d'infrastructures militaires et civiles qui se trouvaient à plusieurs centaines de kilomètres de la zone initialement attaquée et n'avaient donc aucun rapport avec l'objectif défensif des opérations; enfin, les menaces et les dommages subis par les civils. Bien que tous ces arguments se réfèrent à l'aspect quantitatif de la riposte, ils mettent en avant non pas la nécessité d'une stricte correspondance quantitative entre l'attaque et la défense, mais une autre exigence: l'action défensive doit être raisonnablement adaptée à son but, et ce but doit pouvoir être atteint sans conséquences hors de proportion par rapport à ce qui est normalement considéré comme constituant le coût social d'une réaction défensive.

Cette observation peut nous aider à mieux cerner les caractéristiques distinctives des deux tests. S'agissant du test qualitatif, la partie qui se défend est autorisée à ne pas respecter exactement le niveau de l'attaque initiale dirigée contre elle, ce qui constitue la caractéristique essentielle du test quantitatif. Néanmoins, cette plus grande latitude est compensée par la nécessité de tenir également compte d'un ensemble illimité d'intérêts et de valeurs auxquels la riposte pourrait porter préjudice. Comme l'a déclaré la Cour internationale de Justice, à propos de la protection de l'environnement, dans son Avis consultatif sur la licéité de l'emploi d'armes nucléaires, «les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité»¹¹.

La proportionnalité et la notion d'«accumulation d'événements»

Cette observation appelle une autre remarque concernant la norme spécifique à utiliser pour évaluer le caractère approprié (proportionné) de la riposte. Nous

11 Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, 8 juillet 1996, Recueil, par. 30.

avons vu qu'une stratégie d'agression complexe peut être assimilée à une agression armée, au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Cela vaut même dans le cas d'une agression composée de plusieurs violations (individuelles et de peu d'envergure) de la prohibition de l'emploi de la force, alors même que, considérée individuellement, aucune de ces violations n'aurait peut-être rempli cette condition. Paradoxalement, néanmoins, cet exercice de logique – communément appelé «doctrine de l'accumulation d'événements»¹² – n'a pas été employé dans le contexte de la guerre du Liban pour évaluer la proportionnalité de la riposte israélienne. Bien au contraire, les réactions de la communauté internationale semblent relever que la réaction d'Israël a été disproportionnée par rapport à la série d'événements individuels qui l'ont déclenchée, et qu'elle ne pourrait pas être considérée comme proportionnée à la stratégie agressive du Hezbollah¹³.

Une telle conclusion est à peine surprenante, si l'on considère la logique qui sous-tend le concept de proportionnalité dans le *jus ad bellum*. Bien qu'elle assigne la priorité aux besoins défensifs de l'assaillant, la proportionnalité reste un instrument de contrôle social du recours unilatéral à la force. En tant que tel, l'emploi de la force doit nécessairement être proportionné non pas à la nécessité de parvenir au niveau de sécurité recherché par l'État attaqué, mais au besoin concret de repousser l'attaque en cours. Comment une série d'attaques de petite envergure (dont aucune ne met sérieusement en péril la sécurité de l'État attaqué) pourrait-elle être considérée de manière cumulative, et donc déclencher une riposte de grande ampleur? Une telle idée semble s'écarter de la conception de la proportionnalité en tant qu'instrument destiné à maintenir le niveau de force au minimum nécessaire pour repousser une attaque, ainsi qu'à éviter toute escalade ultérieure.

La proportionnalité dans le *jus in bello*

L'exigence du respect de la proportionnalité dans le *jus in bello* est inspirée par une logique différente. La réglementation juridique de l'emploi de la force repose sur le principe d'un droit supérieur de l'État attaqué vis-à-vis de son assaillant. Par contre, la réglementation juridique des moyens et méthodes de guerre est dominée par le principe de la parité entre les belligérants, ainsi que par le principe concomitant du respect dont chacun des belligérants doit faire preuve vis-à-vis des intérêts et des valeurs de caractère humanitaire. En conséquence, l'élément qui domine l'évaluation de la proportionnalité dans le *jus in bello* a trait à l'avantage militaire que l'un et l'autre des belligérants vise à obtenir, ainsi qu'aux atteintes commises à l'encontre des valeurs humanitaires, en particulier – mais non pas exclusivement – parmi les civils et les personnes

12 À ma connaissance, la conceptualisation la plus élaborée de cette doctrine figure dans l'ouvrage de Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 3^e édition, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 202.

13 Voir également, à ce propos, les positions exprimées par les représentants de plusieurs États au sein du Conseil de sécurité le 14 juillet 2006 (Documents ONU S/PV.5488 et S/PV.5489).

protégées. Il est bien connu que cette structure conceptuelle sous-tend l'évaluation de la proportionnalité telle que la prévoit l'article 51, paragraphe 5, alinéa b) du Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I). Sont considérées comme des attaques sans discrimination – donc interdites – «les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu»¹⁴. Les éléments de cette disposition amènent à conclure qu'il s'agit désormais d'une règle du droit coutumier, applicable même en dehors de la portée *ratione personae* du Protocole I¹⁵.

Les règles qui n'imposent pas une forme de conduite spécifique aux belligérants, mais requièrent un test de proportionnalité, sont applicables aux situations dans lesquelles ce n'est pas le droit qui prédétermine l'équilibre entre les valeurs. Cet équilibre doit être atteint en se référant à des situations concrètes et en utilisant, comme critère, l'importance relative revêtue par divers intérêts et en tenant compte des besoins réels dans la situation en question. Comme il n'existe pas de règle de comportement abstraite, la tâche consistant à réconcilier les intérêts en présence est assignée à l'État qui intervient. C'est à lui qu'il incombe d'appliquer le critère de la proportionnalité.

De ce fait, l'absence de toute règle spécifique prescrivant la conduite à tenir dans une situation donnée ne signifie pas forcément que les parties sont libres d'agir à leur guise. Une indication, quant à la méthodologie à suivre, est fournie par le raisonnement qui a conduit la CIJ à déclarer, dans son célèbre avis consultatif sur les armes nucléaires, qu'il n'est pas possible de raisonner dans l'abstrait pour évaluer la licéité de la menace, ou même de l'emploi des armes nucléaires, mais qu'il convient au contraire de tenir compte des situations concrètes propres à chaque cas spécifique.

14 Cette disposition est complétée par l'article 57 du Protocole I, qui porte sur un aspect certes différent, mais apparenté: les mesures de précaution. L'article 57, par. 2, al. a iii, stipule qu'il est obligatoire, *inter alia*, de «s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu». L'article 8, par. 2, al. b iv) du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) semble également faire référence à une évaluation de la proportionnalité qui, néanmoins, diffère peut-être de la notion incluse dans le Protocole I. Le Statut de la CPI mentionne, parmi les actes constituant une violation grave des lois et coutumes de la guerre, «le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu». Si l'accent est mis sur l'intention subjective de lancer une attaque tout en ayant conscience de ses conséquences meurtrières, c'est probablement en raison de la nature de la règle qui tient les individus pénalement responsables des violations du droit humanitaire.

15 Voir la pratique pertinente dans le volume II (en anglais) de l'ouvrage sur le droit international humanitaire coutumier: Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 297.

Proportionnalité et relation entre les buts et les moyens dans le *jus in bello*

En tant que technique normative applicable dans le *jus in bello*, dans lequel aucun intérêt ne peut prétendre bénéficier d'une priorité absolue par rapport aux autres, la structure particulière de l'exigence de proportionnalité explique pourquoi il n'est pas logiquement possible, dans ce système particulier, d'en mesurer le respect en se référant aux buts ultimes d'une mission militaire. Au contraire, la proportionnalité doit être évaluée par rapport aux buts plus immédiats de chaque opération militaire. Cet élément induit une différence notable entre deux manières de concevoir la proportionnalité. Dans le *jus ad bellum*, le droit international confère à l'État attaqué un pouvoir supérieur, l'autorisant à prendre des mesures défensives. L'exigence de proportionnalité ne sert qu'à déterminer dans quelle mesure les autres valeurs peuvent être sacrifiées au nom de cette valeur supérieure. Inversement, dans le *jus in bello*, il n'y a, par définition, aucune valeur supérieure aux autres. Le caractère offensif ou défensif de l'action militaire n'est pas pris en compte lors de l'évaluation de la proportionnalité.

Cette différence conceptuelle explique pourquoi il convient, dans le *jus in bello* et non dans le *jus ad bellum*, de ne prendre en compte que dans une perspective à court terme certains facteurs – tels que, notamment, les notions d'avantages militaires et de dommages collatéraux – qui permettent d'évaluer la proportionnalité. Prenons, par exemple, l'évaluation de la proportionnalité entre les opérations militaires israéliennes et les dommages collatéraux subis par les civils. Le but ultime poursuivi par Israël (censé consister à faire cesser la conduite agressive de la faction libanaise) était immatériel. Cela reste vrai même si, hypothétiquement, la défaite de la stratégie du Hezbollah (qui envisageait d'utiliser des civils comme boucliers humains) aurait, à long terme, pu permettre aux civils, dans les deux camps, de bénéficier d'une situation plus sûre. Cette défaite aurait ainsi pu être considérée comme plus avantageuse sur le plan humanitaire.

La proportionnalité en tant qu'évaluation objective

Il existe dans la pratique récente une tendance croissante à présenter la proportionnalité comme un objectif à atteindre en utilisant les meilleurs moyens à disposition, le but étant d'éviter des dommages collatéraux excessifs dans les attaques. Dans la grande majorité des cas, cette évaluation (qui met l'accent sur un certain relativisme) permet d'obtenir des résultats appropriés. Dans certaines situations, par contre, une telle évaluation «relativiste» conduit à des résultats inexacts. En outre, elle fausse l'application du critère de proportionnalité du fait, principalement, de l'asymétrie existant dans le niveau de développement technologique des belligérants. La question peut être formulée simplement, de différentes manières. Dans quelle perspective convient-il de se placer pour évaluer le degré de probabilité des dommages collatéraux? Comment trouver un équilibre entre les dommages auxquels on peut s'attendre

et l'avantage militaire recherché? Une opération aussi logique devrait-elle être réalisée en appliquant la meilleure pratique disponible, ou plutôt la meilleure pratique dont dispose l'État ou le commandant qui dirige l'opération? Bien qu'elle soit parfois formulée de manière suggestive, cette dernière alternative n'a aucun sens sur le plan du droit¹⁶. L'exigence de proportionnalité ne constitue pas une règle de comportement. Elle vise à mettre en balance des valeurs antagonistes telles que, d'une part, l'intérêt du belligérant à mener une opération militaire et, d'autre part, l'intérêt des civils qui, bien que ne participant pas à la conduite des hostilités, pourraient être victimes de cette action. Il serait donc illogique de présumer que le niveau de protection de l'une des parties pourrait dépendre des qualités subjectives de l'autre partie. Au contraire, ce qu'exige le principe de proportionnalité, c'est que les civils bénéficient d'une protection, indépendamment des caractéristiques intrinsèques des belligérants. Si, dans une situation donnée, un État (ou l'un de ses agents) se trouve dans l'incapacité d'évaluer avec un certain degré de prédictibilité les dommages collatéraux susceptibles de résulter de l'attaque envisagée, l'État (ou son agent) doit simplement s'abstenir d'entreprendre une telle action. Ainsi, l'application d'un critère subjectif apparaît en contradiction avec l'essence même du principe de proportionnalité.

Évidemment, dans un conflit qui oppose deux parties se situant à des niveaux de développement différents, la nécessité d'évaluer objectivement la proportionnalité est à l'avantage de l'État le plus développé. Ce dernier peut en effet se servir de la meilleure technologie pour réduire au maximum les pertes et, ainsi, être à même de lancer des attaques dans des situations où, de son côté, l'autre partie doit s'abstenir d'intervenir, faute d'un avantage technologique équivalent¹⁷.

Cela dit, rien n'est jamais aussi simple que l'on pourrait s'y attendre. Même des États développés peuvent être enclins à favoriser une norme subjective afin d'empêcher que l'exigence de proportionnalité soit invoquée pour restreindre

16 Il semble que telle soit la position suggérée par Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 126.

17 La nécessité d'évaluer objectivement les éléments à prendre en considération dans le cadre de l'examen de la proportionnalité signifie que le principe de précaution exige de s'abstenir de mener des opérations dans des situations où ces éléments ne peuvent pas être convenablement évalués et où, par conséquent, le risque de provoquer des dommages collatéraux ne peut pas être évalué de manière précise. De fait, les mesures de précaution constituent une forme particulière de l'application du principe plus général de la proportionnalité. Malheureusement, ce n'est pas un tel principe qui a inspiré la décision de la Commission des réclamations Érythrée/Éthiopie, dans sa sentence partielle (Front central et réclamation n° 2 de l'Éthiopie), rendue le 28 avril 2004 dans le contexte d'un différend plus vaste entre l'Éthiopie et l'Érythrée. Le paragraphe 110 de la sentence de la Commission est libellé de la manière suivante: «la Commission considère que le meilleur énoncé de la norme juridique déterminante pour cette réclamation figure à l'article 57 du Protocole I selon lequel, en vue d'éviter de causer incidemment des blessures aux personnes protégées, toutes les précautions doivent être prises lors du choix des objectifs à attaquer ainsi que des moyens et méthodes d'attaque, de même que dans la conduite des opérations. La Commission ne met en cause ni le choix de l'aéroport de Mekele en tant qu'objectif à attaquer ni le choix des armes par les Forces aériennes érythréennes. La Commission ne met pas non plus en cause la validité de l'argument avancé par l'Érythrée, selon lequel elle a dû employer quelques pilotes et membres du personnel au sol inexpérimentés, étant donné qu'elle ne disposait que de très peu de personnel expérimenté. Le droit exige de prendre toutes les précautions «possibles», et non pas des précautions qui sont «pratiquement impossibles». (Traduction CICR.)

le choix de stratégies militaires. L'exemple le plus clair de cette tendance réside dans le recours à la « guerre aérienne ». Dans les conflits les plus récents, les offensives de ce type ont été nettement favorisées par les stratèges afin de réduire au maximum les pertes dans leurs propres rangs, même si cela risquait d'altérer l'équilibre entre pertes militaires et pertes civiles¹⁸. Pourtant, si la proportionnalité doit être évaluée en fonction des circonstances dans lesquelles se déroule une opération donnée, cela signifie que les pertes peuvent être raisonnablement considérées comme étant liées à l'obtention d'un avantage militaire. Cela vaudrait même quand il a été prouvé qu'une stratégie différente aurait permis de réduire encore davantage le nombre de blessés et de morts, le prix à payer étant alors d'exposer les troupes à un niveau de risque plus élevé. Il semble que cette position ait été appuyée par le Procureur public du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)¹⁹. Dans sa décision de ne pas mettre en accusation les troupes de l'OTAN en opération pendant les campagnes de bombardements en ex-Yougoslavie, le Procureur public a fait siennes les conclusions d'un groupe d'experts qui avait estimé que le choix de la stratégie à suivre demeurerait entièrement à la discrétion de l'État intervenant, et que la proportionnalité de l'action devait être évaluée strictement par rapport aux opérations militaires considérées séparément. Ce rapport semble également appuyer l'idée selon laquelle les pertes causées par les bombardiers volant à haute altitude (hors de portée des systèmes de défense aérienne basés au sol) étaient proportionnées, dans la mesure où les dommages provoqués ne pouvaient pas être anticipés par les équipages en raison, précisément, de l'altitude élevée²⁰. Cette conclusion paraît néanmoins en contradiction avec l'idée de recherche d'un équilibre entre avantages militaires et dommages collatéraux. Il semble absurde d'assumer qu'une action est proportionnée si, voulant accroître au maximum sa propre sécurité et éviter de s'exposer au danger, un agent choisit délibérément des conditions qui ne lui permettent pas d'effectuer une analyse objective du coût par rapport à l'avantage, alors qu'en fin de compte, c'est cette analyse qui permet d'évaluer la proportionnalité²¹.

La proportionnalité et les dommages collatéraux subis par des civils utilisés comme boucliers humains

Une fois encore, il vaut la peine de souligner que, dans le contexte particulier du droit humanitaire, la notion de proportionnalité est employée pour déterminer

18 Voir l'étude récente de Luisa Vierucci, « Sulla nozione di obiettivo militare nella guerra aerea: recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 89 (2006), p. 693.

19 Voir Paolo Benvenuti, « The ICTY Prosecutor and the review of NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia », *European Journal of International Law*, Vol. 12 (2001), p. 503; Michael Bothe, « The protection of the civilian population and NATO bombing on Yugoslavia: Comments on a report to the Prosecutor of the ICTY », *ibid.* p. 531; Enzo Cannizzaro, « Le operazioni aeree della NATO contro la Repubblica federale di Jugoslavia e il diritto umanitario », *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 84 (2001), p. 133.

20 Voir, en particulier, le paragraphe 69 et suivants du rapport.

21 Une conclusion différente est présentée par William J. Fenrick dans « Targeting and proportionality during the NATO bombing campaign against Yugoslavia », *European Journal of International Law*, Vol. 12 (2001), p. 489.

l'équilibre entre deux valeurs qui s'affrontent, à savoir, d'une part, l'intérêt militaire des parties et, d'autre part, les intérêts de la population civile, considérée comme une entité distincte, n'ayant aucun lien avec les belligérants. Il convient toutefois de reconnaître que vouloir trouver un équilibre entre deux types d'intérêts hautement hétérogènes (avantages militaires / préoccupations humanitaires) n'est pas une tâche aisée. La valeur respective de chaque type d'intérêt est subjective car elle dépend de plusieurs facteurs (historiques et sociaux). De plus, elle varie fortement en fonction de la sensibilité humanitaire propre à chaque époque. Cela ne signifie pas, pour autant, que toute évaluation objective soit impossible. Dans d'autres domaines du droit international, l'évaluation de la proportionnalité est basée sur ce que l'on considère comme étant le coût social «normal» d'une action donnée. En ce cas, la «normalité» est une notion historique, qu'il est possible d'interpréter en se basant sur la pratique observée dans des situations identiques ou similaires.

Il semble plus difficile de réfuter l'objection selon laquelle la règle actuelle (basée sur la présomption que les intérêts militaires et les intérêts civils sont antithétiques) va devenir obsolète à plus ou moins brève échéance. Dans les conflits contemporains, en effet, il n'est pas rare que les civils tendent à participer (de manière plus ou moins active) à la conduite des hostilités.

Le conflit du Liban offre une situation de ce type. La population civile a été sérieusement considérée par Israël comme étant impliquée dans le conflit, dans la mesure où elle fournissait un appui logistique au Hezbollah et lui permettait d'opérer derrière un bouclier constitué par des civils. Un tel phénomène est fréquent dans les conflits modernes qui voient s'affronter, d'une part, des forces armées et, d'autre part, un système de milices militaires qui opèrent avec le soutien de la population civile ou se mettent à l'abri derrière les civils. Il est fort probable qu'une certaine asymétrie soit observée, dans les situations de ce type, entre les positions des parties. L'un des belligérants se sent tenu d'obéir scrupuleusement aux règles du droit humanitaire (principalement favorables à la population de l'autre camp). Son adversaire, quant à lui, enfreint ces règles et se sert de la population comme d'un bouclier, malgré les épreuves dans lesquelles une telle conduite risque de précipiter les civils.

Dans ces genres de scénario, la question qui se pose est la suivante: existe-t-il une justification des violations du droit humanitaire commises en réponse aux violations perpétrées par l'autre partie? En termes plus concrets, la question serait: lorsque l'une des parties enfreint l'obligation de maintenir une distinction claire entre les combattants et les civils (notamment, en plaçant des équipements militaires dans des installations et infrastructures de caractère civil), l'autre partie est-elle libérée de son obligation de faire la distinction entre objectifs militaires et objectifs civils, et de s'abstenir de lancer des attaques sans discrimination?

Formulée ainsi, cette question n'admet qu'une seule réponse, claire et nette: «non!». Sur le plan normatif, les intérêts des civils sont conçus comme étant formellement distincts de ceux des belligérants; de plus, toutes les parties sont tenues de respecter les intérêts des civils. En conséquence, les violations

du principe de distinction commises par l'une des parties ne peuvent pas justifier une violation correspondante commise par l'autre partie. Le principe de distinction n'a aucun caractère de réciprocité.

Cette solution est moins formaliste qu'il n'y paraît. En effet, l'absence de réciprocité dans l'ensemble du domaine du droit humanitaire, et dans le traitement des civils en particulier, correspond à une lente évolution de la sensibilité juridique, que nous ne mentionnerons ici qu'en passant. Une solution différente ne serait concevable que si l'on estimait que, dans certaines situations concrètes, les civils participent activement aux hostilités, ou si l'on mettait en question, à sa racine même, la distinction entre les combattants et les civils, ce qui jetterait un doute sur certains des principes les plus fondamentaux du droit humanitaire²².

Une question différente, techniquement plus subtile et conceptuellement plus insidieuse, peut être posée dans les termes suivants: la conduite des civils et l'asymétrie résultant des connections entre les milices et les civils dans les conflits modernes altèrent-elles la nature de l'équilibre des valeurs requis par le test de proportionnalité? En outre, le caractère «excessif» des dommages devrait-il être jugé à la lumière de cette considération? En d'autres termes, si l'on opte pour cette solution, une certaine partie des dommages collatéraux pourraient être jugés «moins excessifs» dans certaines situations. Ce serait notamment le cas lorsqu'il existe une forte présomption que les civils sont conscients du danger, et qu'ils l'acceptent volontairement, comme faisant partie de leur participation en tant que boucliers humains, contrairement aux situations où les civils n'ont réellement aucun lien avec la violence.

Cet argument n'est pas convainquant, même s'il y est fait implicitement référence par les États assaillants, qui prétendent que la participation (plus ou moins active) des civils à la conduite des hostilités justifie des dommages collatéraux plus étendus. En l'état actuel, la protection humanitaire des civils est fondée sur une distinction nette entre combattants et civils. Le statut normalement assigné aux civils ne peut changer que si un seuil d'implication est franchi (il s'agit habituellement de cas où des civils s'acquittent de fonctions normalement assumées par des personnes appartenant à un corps militaire). Aller au-delà de ce postulat, et assumer au contraire que les civils qui ne participent pas activement aux hostilités peuvent néanmoins être considérés (de par leur comportement) comme acceptant un risque plus élevé de dommages collatéraux, ne serait pas sans conséquences. Une telle position conduirait en effet à imposer aux civils des obligations positives, telles que la responsabilité de prendre des mesures visant à empêcher les milices d'utiliser les installations de caractère civil, ou même à quitter les zones habitées par des civils. Le fait de ne pas se conformer à de telles obligations autoriserait l'autre partie à considérer les installations de caractère civil, ou les installations à usage double, comme des objectifs militaires, et à agir en conséquence.

22 Voir, à ce propos, l'étude entreprise sous les auspices du CICR et du *TMC Asser Institute* sur la notion de participation directe aux hostilités (disponible en anglais sur le site du CICR: www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participationhostilités-ihl-11205?opendocument#a1).

Il est facile de voir que cette ligne de raisonnement a pour effet de pervertir de manière significative la logique du droit humanitaire, et de créer la présomption selon laquelle les civils qui n'agissent pas clairement pour se dissocier des milices apportent objectivement leur contribution aux opérations menées par celles-ci. En ce cas, le principe de proportionnalité – pourtant incorporé dans le droit humanitaire afin de renforcer la protection des civils – serait utilisé pour atteindre l'objectif opposé, à savoir: octroyer une plus grande latitude à l'assaillant. De fait, si la charge de la preuve (*onus probandi*) quant à la distinction entre les militaires et les civils devait incomber à la population civile, et si la protection normalement accordée aux civils devait être révoquée en cas d'incapacité à faire une telle démonstration, l'application du principe de proportionnalité serait impossible à distinguer de la peine collective. Un tel résultat irait clairement à l'encontre des buts plus nobles inspirant l'application du principe de proportionnalité dans le droit humanitaire²³.

Conclusion : utiliser la proportionnalité comme un lien entre *jus in bello* et *jus ad bellum*

L'analyse conceptuelle menée jusqu'ici montre que la proportionnalité sert également d'outil permettant de jeter une passerelle entre *jus ad bellum* et *jus in bello*. Comme cela a déjà été souligné à maintes reprises, ces deux systèmes normatifs ont des origines historiques différentes, et chacun d'entre eux a été formulé pour servir un ensemble différent de buts et de valeurs. Du fait des diverses valeurs prises en compte, le concept de la proportionnalité se trouve structuré différemment. Dans le système du *jus ad bellum*, la protection est principalement accordée dans l'intérêt de l'État attaqué, afin de lui permettre de repousser l'attaque dirigée contre lui. Les autres intérêts en jeu ne sont pris en considération que pour limiter le choix des moyens qui permettront d'atteindre le but visé (repousser l'attaque). Inversement, dans le système du *jus in bello*, par définition, aucun intérêt ne prime sur les autres. Au contraire, une variété d'intérêts et de valeurs peuvent prétendre à une protection égale du droit, et ils doivent être mis au regard les uns des autres.

De manière générale, aucun problème grave n'est dû à l'existence de deux systèmes normatifs distincts, disposant de normes différentes pour juger de la licéité d'une même conduite. La licéité du recours à la force se mesure à l'aune de la proportionnalité en cas de légitime défense, alors que les actions individuelles devraient se conformer à l'exigence de la proportionnalité dans le *jus in bello*. Néanmoins, au-delà du vaste domaine dans lequel ces deux normes se chevauchent, il pourrait se présenter certaines situations où la stricte application du *jus ad bellum* empêche la réalisation des buts du *jus in bello*. En de telles circonstances, le test de proportionnalité au regard du *jus in bello* doit être vu comme faisant partie du test de proportionnalité au regard du *jus ad bellum*.

23 Pour une conclusion différente, voir Dinstein, note 16, p. 131.

Les États doivent donc prendre en considération les implications humanitaires quand ils déterminent le niveau de sécurité auquel ils souhaitent parvenir par le biais de l'action militaire.

Sur le plan de la technique juridique, cette conclusion découle d'une analyse de l'interaction entre deux systèmes qui se chevauchent. Les États sont simultanément tenus de se conformer à la fois aux systèmes du *jus in bello* et du *jus ad bellum*. Il semble donc raisonnable de présumer qu'en cas de divergences, les principes qui inspirent l'un des deux systèmes doivent être considérés comme pouvant aider à trouver le point d'équilibre avec les valeurs de l'autre système, et ainsi, influencer le mode de fonctionnement du principe de proportionnalité.

Si cette conclusion paraît appropriée, ce n'est pas uniquement sur le plan purement conceptuel. Elle peut également être évaluée dans la pratique, à la lumière des événements survenus au Liban. Dans plusieurs réactions d'États tiers et d'organisations internationales, l'existence de dommages collatéraux, en particulier le nombre élevé de victimes au sein de la population civile, a été invoquée en tant que preuve du caractère disproportionné de la réaction d'auto-défense d'Israël. Cela signifie qu'au regard du *jus in bello*, la proportionnalité doit être considérée comme l'un des éléments d'une évaluation plus globale de la proportionnalité devant être réalisée au regard du *jus ad bellum*.

J'ai commencé cette analyse en relevant qu'un certain nombre de prises de position sur la riposte israélienne au Liban ne faisaient pas de distinction entre la proportionnalité dans le *jus in bello* et la proportionnalité dans le *jus ad bellum* (contrairement à ce que pourrait laisser attendre une différenciation rigoureuse entre ces deux systèmes). Néanmoins, une constatation qui pourrait paraître étrange permet en fait d'améliorer notre compréhension de la manière dont ces deux systèmes, au lieu de fonctionner séparément, s'influencent mutuellement et offrent la possibilité de réaliser une évaluation globale de la proportionnalité d'une riposte armée. La conclusion selon laquelle le test de proportionnalité prévu dans le *jus in bello* constitue un élément clé du test de proportionnalité exigé par le *jus ad bellum* a une signification importante, sur le plan du système comme de la pratique. Une telle conclusion nous aide en effet à déterminer le point d'équilibre acceptable entre les impératifs de sécurité et les besoins humanitaires dans le droit international contemporain. Par exemple, dans la situation examinée, cela signifie qu'un État ne peut pas librement fixer le niveau de sécurité qu'il souhaite pour sa propre population si, pour parvenir à ce niveau, des effets préjudiciables excessifs doivent être causés aux civils de l'État attaqué. Même s'il était prouvé que la destruction de bases de lancement de roquettes et l'éradication de milices paramilitaires dans le sud du Liban constituaient les seuls moyens permettant à Israël de prévenir toute attaque ultérieure, de tels objectifs ne peuvent être poursuivis si leur «effet secondaire» risque d'être un coût humanitaire disproportionné. Rechercher un niveau de sécurité moins élevé, mais dont le coût humanitaire serait plus acceptable, paraît être davantage en conformité avec le droit international.

FAITS ET DOCUMENTS

Adoption du troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève*

: : : : : :

Les 12 et 13 septembre 2005, la Suisse organisa des consultations informelles auxquelles tous les États parties aux Conventions de Genève furent invités à prendre part. De nombreux États exprimèrent le souhait que la Suisse réunît dans les meilleurs délais la Conférence diplomatique sur l'emblème, ainsi que leur souhait que le projet de troisième protocole additionnel aux Conventions de Genève fût adopté sans modification.

Réuni à Séoul du 16 au 18 novembre 2005, le Conseil des Délégués a adopté par consensus une importante résolution, par laquelle le Conseil

- saluait le travail accompli depuis la XXVIII^e Conférence internationale, en particulier par le Gouvernement de la Suisse en sa qualité de dépositaire des Conventions de Genève, lequel avait conduit à la convocation, le 5 décembre 2005, de la conférence diplomatique appelée à adopter le projet de troisième protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à l'emblème;
- invitait instamment les Sociétés nationales à entreprendre des démarches auprès de leurs gouvernements respectifs en vue de leur faire valoir la nécessité de régler la question de l'emblème à la conférence diplomatique, par l'adoption du projet de troisième protocole additionnel;
- priait la Commission permanente, le CICR et la Fédération de prendre d'urgence les mesures nécessaires pour donner effet au troisième protocole après son adoption, spécialement en vue d'assurer la réalisation, dès que possible, du principe d'universalité du Mouvement¹.

Convoquée par la Suisse, la Conférence diplomatique a siégé à Genève du 5 au 8 décembre 2005.

Revue internationale de la Croix-Rouge

1 Conseil des Délégués, Séoul, 16-18 novembre 2005, Résolution 5: «Suivi de la résolution 5 adoptée par le Conseil des Délégués en 2003, Emblème», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, N° 860, décembre 2005, p. 768.

Acte final de la Conférence diplomatique sur l'adoption du troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)

1. La Conférence diplomatique convoquée par le Conseil fédéral suisse, en sa qualité de dépositaire des Conventions de Genève de 1949 et de leurs Protocoles additionnels de 1977, en vue de l'adoption du Protocole III additionnel aux Conventions de Genève relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III), s'est tenue à Genève, Suisse, du 5 au 8 décembre 2005.
2. Les délégations de 144 Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève ont participé à la Conférence. La liste des Hautes Parties contractantes participantes figure à l'annexe 1².
3. La liste des observateurs présents à la Conférence figure à l'annexe 2.
4. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Fédération internationale) et la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge ont participé aux travaux de la Conférence en qualité d'experts.
5. La Conférence était saisie d'un projet de Protocole III préparé par le CICR en consultation avec la Fédération internationale, à la suite des discussions menées au sein d'un groupe de travail conjoint établi par la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge conformément au mandat que lui avait conféré la résolution 3 de la XXVII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et de consultations ultérieures, et mis en circulation le 12 octobre 2000 par le dépositaire.
6. Au point 1 de l'ordre du jour, le Secrétaire général de la Conférence, l'Ambassadeur Didier Pfirter (Suisse) a ouvert la Conférence le 5 décembre 2005.
7. Au point 2 de l'ordre du jour, la Conseillère fédérale Micheline Calmy-Rey, Cheffe du Département fédéral des Affaires étrangères de la Suisse, et M. Jakob Kellenberger, Président du Comité international de la Croix-Rouge, ont prononcé des allocutions d'ouverture.
8. Au point 3 de l'ordre du jour, la Conférence a élu comme Président l'Ambassadeur Blaise Godet, Représentant permanent de la Suisse auprès de l'Office des Nations Unies à Genève.
9. Au point 4 de l'ordre du jour, la Conférence a adopté son règlement interne, fondé sur le projet de règlement transmis le 30 mai 2005 par le dépositaire aux Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève de 1949.
10. Au point 5 de l'ordre du jour, la Conférence a approuvé le projet d'ordre du jour présenté par le dépositaire (annexe 3).
11. Au point 6 de l'ordre du jour, la Conférence a élu les représentants des Hautes Parties contractantes suivantes comme Vice-Présidents: Afghanistan, Autriche, Chili, République populaire de Chine, République de Corée, République démocratique du Congo, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Ghana, Honduras, Libye, Mauritanie, Mexique, Népal, Norvège, Ouganda, Pakistan, Slovaquie, Tanzanie, Timor-Leste.

2 Les annexes 1 à 3 de l'Acte final ne sont pas reproduites dans la Sélection française 2006.

12. Aux points 7 et 8 de l'ordre du jour, la Conférence a constitué les organes suivants, conformément à son règlement interne:

Bureau:

Président de la Conférence, Vice-Présidents de la Conférence, Président du Comité de rédaction, Président de la Commission de vérification des pouvoirs et Secrétaire général.

Comité de rédaction:

Afrique du Sud (présidence), Brésil, Costa Rica, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Japon, Nouvelle-Zélande, Nigéria, Pakistan, Roumanie, République arabe syrienne, Royaume hachémite de Jordanie, Royaume-Uni, Sénégal et Slovaquie.

Commission de vérification des pouvoirs:

Chili (présidence), Australie, Canada, République du Congo, République de Corée, Guatemala, Madagascar, République arabe syrienne, Ukraine.

13. Au point 9 de l'ordre du jour, la Conférence a tenu un débat général durant lequel des déclarations ont été faites par les représentants de 57 Hautes Parties contractantes, dont certains se sont exprimés au nom de groupes d'États. La Conférence a en outre entendu les déclarations d'observateurs et de participants invités en qualité d'experts.
14. La Conférence a entendu les déclarations du CICR et de la Fédération internationale au sujet du nom de l'emblème additionnel. Bien que le Protocole III fasse référence à ce signe distinctif en tant qu'«emblème du troisième Protocole», le CICR et la Fédération internationale ont communiqué à la Conférence que l'appellation «cristal rouge» se répandait et serait adoptée officiellement à la prochaine Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.
15. Le président a fait savoir à la Conférence que, suite aux discussions informelles tenues les 12 et 13 septembre 2005 par les Hautes Parties contractantes, la Suisse, en sa qualité de dépositaire des Conventions de Genève, avait conduit d'intenses consultations. Celles-ci ont abouti à la signature, le 28 novembre 2005 à Genève, d'un protocole d'accord et d'un accord portant sur des arrangements opérationnels entre le Magen David Adom d'Israël et le Croissant-Rouge palestinien, qui ont été conclus dans le but de faciliter l'adoption du Protocole III et d'ouvrir la voie à l'admission de ces deux Sociétés au sein du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à la prochaine Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.
16. La Conférence a aussi été informée du fait que la Suisse accepte de suivre la mise en œuvre du protocole d'accord et de l'accord portant sur des arrangements opérationnels, en coopération étroite avec le CICR et la Fédération internationale et dans le respect de leurs mandats respectifs, ainsi que de faire rapport à la prochaine Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.
17. Le Président de la Commission de vérification des pouvoirs a présenté son rapport. La Commission a proposé que soient acceptés les pouvoirs de 144 délégations, qui ont en conséquence été autorisées à participer au vote. La Conférence a adopté le rapport de la Commission, mettant ainsi fin au débat au titre du point 9 de l'ordre du jour.

18. Conformément au point 10 de l'ordre du jour, la Conférence est alors passée à l'adoption du Protocole III. Les délégations du Pakistan et du Yémen avaient auparavant proposé treize amendements, qui bénéficiaient du soutien des pays membres de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI). À la demande du Pakistan, il a été procédé à un vote par appel nominal sur l'ensemble de ces amendements au Protocole III, les résultats étant les suivants:

Votes exprimés	107
Votes en faveur des amendements	35
Votes contre les amendements	72
Abstentions	29
Majorité des deux tiers requise pour accepter les amendements, conformément à l'article 37, paragraphe 2, du règlement interne	72

19. Des explications du vote ont été données par les délégations de l'Inde, du Chili, de la Colombie, de la Fédération de Russie, du Brésil et du Venezuela.
20. La majorité des deux tiers requise en application de l'article 37, paragraphe 2, du règlement interne n'ayant pas été obtenue, les amendements ont été rejetés par la Conférence.
21. Le Protocole III a ensuite été soumis au vote par appel nominal, à la demande de la République arabe syrienne, les résultats étant les suivants:

Votes exprimés	125
Votes en faveur de l'adoption du Protocole III	98
Votes contre l'adoption du Protocole III	27
Abstentions	10
Majorité des deux tiers requise pour accepter le Protocole III, conformément à l'article 37, paragraphe 1, du règlement interne	84

22. Des explications du vote ont été données par les délégations de la République populaire de Chine, du Royaume hachémite de Jordanie, de la République démocratique du Congo, du Liban, de Singapour, de la Fédération de Russie, du Kenya, de la Turquie, du Saint-Siège, du Pakistan, de la République arabe d'Égypte et d'Israël.
23. La majorité des deux tiers requise en application de l'article 37, paragraphe 1, du règlement interne ayant été obtenue, la Conférence a adopté, le 8 décembre 2005, le Protocole III additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel, dont les copies certifiées conformes des textes français, anglais et espagnol sont annexées au présent Acte final (annexe 4)³.
24. Sur proposition de son Président, la Conférence a donné pour mandat au dépositaire des Conventions de Genève de 1949 et de leurs Protocoles additionnels d'établir l'Acte final de la Conférence. Le président a ensuite clos la Conférence le 8 décembre 2005.
25. Le Protocole III a été ouvert à la signature sous réserve de ratification le même jour, conformément à son article 8. Il restera ouvert à la signature au Département fédéral des Affaires étrangères de la Suisse, à Berne, jusqu'au 7 décembre 2006, date après laquelle il sera ouvert à l'adhésion, en application de son article 10.

3 En raison des vérifications linguistiques nécessaires, les copies certifiées conformes des textes arabe, chinois et russe seront transmises ultérieurement aux Hautes Parties contractantes.

26. Après son entrée en vigueur, le Protocole III sera transmis par le dépositaire au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aux fins d'enregistrement et de publication.
27. Le présent Acte final a été établi par le dépositaire des Conventions de Genève de 1949 et de leurs Protocoles additionnels, conformément au mandat que lui a conféré la Conférence le 8 décembre 2005.

FAIT à Berne le 31 janvier 2006 en anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe, l'original et les documents annexés devant être déposés dans les archives de la Confédération suisse.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)

Préambule

Les Hautes Parties contractantes,

(PP1) *Réaffirmant* les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 (en particulier les articles 26, 38, 42 et 44 de la I^{re} Convention de Genève) et, le cas échéant, de leurs Protocoles additionnels du 8 juin 1977 (en particulier les articles 18 et 38 du Protocole additionnel I et l'article 12 du Protocole additionnel II), concernant l'utilisation des signes distinctifs;

(PP2) *Souhaitant* compléter les dispositions mentionnées ci-dessus afin de renforcer leur valeur protectrice et leur caractère universel;

(PP3) *Notant* que le présent Protocole ne porte pas atteinte au droit reconnu des Hautes Parties contractantes de continuer à utiliser les emblèmes qu'elles utilisent conformément aux obligations qui leur incombent en vertu des Conventions de Genève et, le cas échéant, de leurs Protocoles additionnels;

(PP4) *Rappelant* que l'obligation de respecter les personnes et les biens protégés par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels découle de la protection que leur accorde le droit international et ne dépend pas de l'utilisation des emblèmes, des signes ou des signaux distinctifs;

(PP5) *Soulignant* que les signes distinctifs ne sont pas censés avoir de signification religieuse, ethnique, raciale, régionale ou politique;

(PP6) *Insistant* sur la nécessité de garantir le plein respect des obligations liées aux signes distinctifs reconnus dans les Conventions de Genève et, le cas échéant, dans leurs Protocoles additionnels;

(PP7) *Rappelant* que l'article 44 de la I^{re} Convention de Genève établit la distinction entre l'usage protecteur et l'usage indicatif des signes distinctifs;

(PP8) *Rappelant* en outre que les Sociétés nationales qui entreprennent des activités sur le territoire d'un autre État doivent s'assurer que les emblèmes qu'elles prévoient d'utiliser dans le cadre de ces activités peuvent être utilisés dans le pays où se déroulent ces activités ainsi que dans le ou les pays de transit;

(PP9) *Reconnaissant* les difficultés que l'utilisation des signes distinctifs existants peut poser à certains États et à certaines Sociétés nationales;

(PP10) Notant la détermination du Comité international de la Croix-Rouge, de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge de conserver leurs noms et leurs signes distinctifs actuels;

Sont convenues de ce qui suit:

Article 1 - Respect et champ d'application du présent Protocole

1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter le présent Protocole en toutes circonstances.
2. Le présent Protocole réaffirme et complète les dispositions des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (ci-après «les Conventions de Genève») et, le cas échéant, de leurs deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 (ci-après «les Protocoles additionnels de 1977») relatives aux signes distinctifs, à savoir la croix rouge, le croissant rouge et le lion et soleil rouge, et s'applique dans les mêmes situations que celles auxquelles il est fait référence dans ces dispositions.

Article 2 - Signes distinctifs

1. Le présent Protocole reconnaît un signe distinctif additionnel en plus des signes distinctifs des Conventions de Genève et aux mêmes fins. Les signes distinctifs ont le même statut.
2. Ce signe distinctif additionnel, composé d'un cadre rouge, ayant la forme d'un carré posé sur la pointe, sur fond blanc, est conforme à l'illustration figurant dans l'annexe au présent Protocole. Dans ce Protocole, il est fait référence à ce signe distinctif en tant qu' «emblème du troisième Protocole».
3. Les conditions d'utilisation et de respect de l'emblème du troisième Protocole sont identiques à celles établies pour les signes distinctifs par les Conventions de Genève et, le cas échéant, par leurs Protocoles additionnels de 1977.
4. Les services sanitaires et le personnel religieux des forces armées des Hautes Parties contractantes pourront, sans porter atteinte à leurs emblèmes actuels, utiliser à titre temporaire tout signe distinctif mentionné dans le paragraphe 1 du présent article, si cette utilisation est susceptible de renforcer leur protection.

Article 3 - Usage indicatif de l'emblème du troisième Protocole

1. Les Sociétés nationales des Hautes Parties contractantes qui décideront d'utiliser l'emblème du troisième Protocole pourront, lorsqu'elles utiliseront cet emblème conformément à la législation nationale pertinente, choisir d'y incorporer, à titre indicatif:
 - a) un signe distinctif reconnu par les Conventions de Genève ou une combinaison de ces emblèmes, ou
 - b) un autre emblème qu'une Haute Partie contractante a effectivement utilisé et qui a fait l'objet d'une communication aux autres Hautes Parties

contractantes et au Comité international de la Croix-Rouge par l'intermédiaire du dépositaire avant l'adoption du présent Protocole.

L'incorporation devra être réalisée conformément à l'illustration présentée dans l'annexe au présent Protocole.

2. Une Société nationale qui choisit d'incorporer à l'intérieur de l'emblème du troisième Protocole un autre emblème, conformément au paragraphe 1 du présent article, peut, en conformité avec la législation nationale, utiliser la dénomination de cet emblème et arborer cet emblème sur son territoire national.
3. Les Sociétés nationales peuvent, en conformité avec leur législation nationale et dans des circonstances exceptionnelles, et pour faciliter leur travail, utiliser à titre temporaire le signe distinctif mentionné à l'article 2 du présent Protocole.
4. Le présent article n'affecte pas le statut juridique des signes distinctifs reconnus dans les Conventions de Genève et dans le présent Protocole ; il n'affecte pas non plus le statut juridique de tout emblème particulier lorsque celui-ci est incorporé à titre indicatif conformément au paragraphe 1 du présent article.

Article 4 - Comité international de la Croix-Rouge et Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

Le Comité international de la Croix-Rouge et la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, ainsi que leur personnel dûment autorisé, pourront, dans des circonstances exceptionnelles et pour faciliter leur travail, faire usage du signe distinctif mentionné à l'article 2 du présent Protocole.

Article 5 - Missions placées sous les auspices des Nations Unies

Les services sanitaires et le personnel religieux participant à des opérations placées sous les auspices des Nations Unies peuvent, avec l'accord des États participants, utiliser l'un des signes distinctifs mentionnés aux articles 1^{er} et 2.

Article 6 - Prévention et répression des abus

1. Les dispositions des Conventions de Genève et, le cas échéant, des Protocoles additionnels de 1977 qui régissent la prévention et la répression des usages abusifs des signes distinctifs s'appliqueront de façon identique à l'emblème du troisième Protocole. En particulier, les Hautes Parties contractantes prendront les mesures nécessaires pour prévenir et réprimer, en tout temps, tout abus des signes distinctifs mentionnés dans les articles 1^{er} et 2 et de leur dénomination, y compris leur usage perfide et l'utilisation de tout signe ou dénomination qui en constitue une imitation.
2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, les Hautes Parties contractantes pourront autoriser les usagers antérieurs de l'emblème du troisième Protocole, ou de tout signe qui en constitue une imitation, à poursuivre un tel usage, pour autant que cet usage ne puisse apparaître, en temps de conflit armé, comme visant à conférer la protection des Conventions de Genève et, le cas échéant,

des Protocoles additionnels de 1977, et pour autant que les droits autorisant cet usage aient été acquis avant l'adoption du présent Protocole.

Article 7 – Diffusion

Les Hautes Parties contractantes s'engagent, en temps de paix comme en temps de conflit armé, à diffuser le présent Protocole le plus largement possible dans leurs pays respectifs et, en particulier, à en inclure l'étude dans les programmes d'instruction militaire et à en encourager l'étude par la population civile, de sorte que cet instrument puisse être connu des forces armées et de la population civile.

Article 8 – Signature

Le présent Protocole sera ouvert à la signature des Parties aux Conventions de Genève le jour même de son adoption et restera ouvert durant une période de douze mois.

Article 9 – Ratification

Le présent Protocole sera ratifié dès que possible. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Conseil fédéral suisse, dépositaire des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels de 1977.

Article 10 – Adhésion

Le présent Protocole sera ouvert à l'adhésion de toute Partie aux Conventions de Genève non signataire du présent Protocole. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du dépositaire.

Article 11 - Entrée en vigueur

1. Le présent Protocole entrera en vigueur six mois après le dépôt de deux instruments de ratification ou d'adhésion.
2. Pour chacune des Parties aux Conventions de Genève qui le ratifiera ou y adhèrera ultérieurement, le présent Protocole entrera en vigueur six mois après le dépôt par cette Partie de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 12 - Rapports conventionnels dès l'entrée en vigueur du présent Protocole

1. Lorsque les Parties aux Conventions de Genève sont également Parties au présent Protocole, les Conventions s'appliquent telles qu'elles sont complétées par le présent Protocole.
2. Si l'une des Parties au conflit n'est pas liée par le présent Protocole, les Parties au présent Protocole resteront néanmoins liées par celui-ci dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par le présent Protocole envers ladite Partie, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions.

Article 13 – Amendement

1. Toute Haute Partie contractante pourra proposer des amendements au présent Protocole. Le texte de tout projet d'amendement sera communiqué au dépositaire qui, après consultation de l'ensemble des Hautes Parties contractantes, du Comité international de la Croix-Rouge et de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, décidera s'il convient de convoquer une conférence pour examiner le ou les amendements proposés.
2. Le dépositaire invitera à cette conférence les Hautes Parties contractantes ainsi que les Parties aux Conventions de Genève, signataires ou non du présent Protocole.

Article 14 – Dénonciation

1. Au cas où une Haute Partie contractante dénoncerait le présent Protocole, la dénonciation ne produira ses effets qu'une année après réception de l'instrument de dénonciation. Si toutefois, à l'expiration de cette année, la Partie dénonçante se trouve dans une situation de conflit armé ou d'occupation, l'effet de la dénonciation demeurera suspendu jusqu'à la fin du conflit armé ou de l'occupation.
2. La dénonciation sera notifiée par écrit au dépositaire, qui informera toutes les Hautes Parties contractantes de cette notification.
3. La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de la Partie dénonçante.
4. Aucune dénonciation notifiée aux termes du paragraphe 1 n'aura d'effet sur les obligations déjà contractées du fait du conflit armé ou de l'occupation au titre du présent Protocole par la Partie dénonçante pour tout acte commis avant que ladite dénonciation devienne effective.

Article 15 – Notifications

Le dépositaire informera les Hautes Parties contractantes ainsi que les Parties aux Conventions de Genève, qu'elles soient signataires ou non du présent Protocole:

- a) des signatures apposées au présent Protocole et des instruments de ratification et d'adhésion déposés conformément aux articles 8, 9 et 10 ;
- b) de la date à laquelle le présent Protocole entrera en vigueur conformément à l'article 11, dans les 10 jours suivant l'entrée en vigueur ;
- c) des communications reçues conformément à l'article 13 ;
- d) des dénonciations notifiées conformément à l'article 14.

Article 16 – Enregistrement

1. Après son entrée en vigueur, le présent Protocole sera transmis par le dépositaire au Secrétariat des Nations Unies aux fins d'enregistrement et de publication, conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies.
2. Le dépositaire informera également le Secrétariat des Nations Unies de toutes les ratifications, adhésions et dénonciations qu'il pourra recevoir au sujet du présent Protocole.

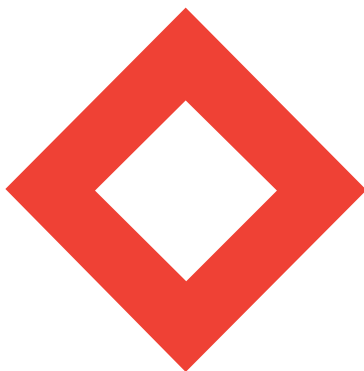
Article 17 - Textes authentiques

L'original du présent Protocole, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe sont également authentiques, sera déposé auprès du dépositaire, qui fera parvenir des copies certifiées conformes à toutes les Parties aux Conventions de Genève.

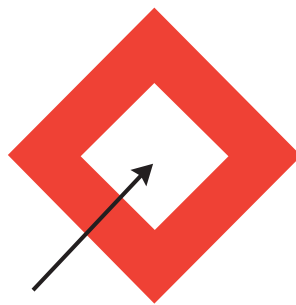
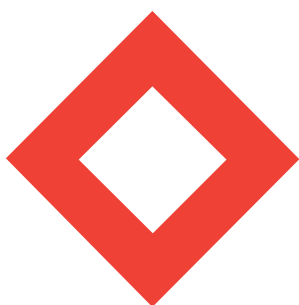
Annexe Emblème du Troisième Protocole

(Article 2, paragraphe 2, et article 3, paragraphe 1, du Protocole)

Article premier – Signe distinctif



Article 2 – Usage indicatif de l’emblème du troisième Protocole



*Incorporation
selon l’art. 3*

La XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 20-22 juin 2006: Enjeux et résultats

François Bugnion*

1. De la Conférence diplomatique sur l'emblème à la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

Le 8 décembre 2005, la Conférence diplomatique sur l'emblème, convoquée par la Suisse en sa qualité d'État dépositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, adoptait, par 98 voix contre 27 et 10 abstentions, le troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)¹.

S'il était regrettable que la communauté internationale se soit divisée sur l'adoption de ce protocole, celle-ci n'en représentait pas moins un succès considérable et une étape décisive en vue de la solution d'une question lancinante qui a empêché le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge d'atteindre la pleine universalité à laquelle il aspire, qui menaçait son unité et qui était perçue comme une grave injustice dans certains pays et dans certaines communautés de par le monde.

Dans le cadre des explications de vote qui ont suivi l'adoption du Protocole III, plusieurs délégations ont exprimé leurs regrets que cet instrument ait été adopté à la suite d'un vote et que la communauté internationale se soit divisée sur l'adoption d'un traité de droit international humanitaire. Plusieurs des délégations qui avaient voté contre l'adoption du Protocole ont toutefois tenu à préciser que leur opposition ne visait pas le projet de protocole

* François Bugnion est conseiller diplomatique au CICR et était directeur du droit international et de la coopération au sein du Mouvement au moment de la Conférence.

mais portait sur le choix du moment et sur la situation au Proche-Orient. D'autres ont tenu à souligner que, bien qu'elles aient voté contre l'adoption du Protocole III, leur pays respecterait le nouveau signe distinctif s'il était adopté par d'autres pays.

En dépit de l'heure avancée, 27 chefs de délégation ont apposé leur signature au troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève lors de la brève cérémonie de signature qui suivit la clôture de la Conférence diplomatique, le 8 décembre 2005 aux aurores².

L'Acte final de la Conférence diplomatique relevait en outre que le CICR et la Fédération avaient informé la Conférence que le nom «*cristal rouge*» se répandait et serait adopté officiellement à la prochaine Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge³. De même, la Conférence avait pris note de la signature, le 28 novembre 2005, d'un protocole d'accord conclu entre le Magen David Adom d'Israël et le Croissant-Rouge palestinien dans le but de faciliter l'adoption du Protocole III et d'ouvrir la voie à l'admission des deux sociétés au sein du Mouvement à la prochaine Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge⁴. Enfin, l'Acte final enregistrait le fait que la Suisse acceptait de suivre la mise en œuvre de l'accord du 28 novembre 2005, en étroite coopération avec le CICR et la Fédération, et de faire rapport à la prochaine Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge⁵.

Si l'adoption du troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève représentait une étape décisive en vue de parvenir à une solution globale et durable de la question de l'emblème, elle ne constituait pas à elle seule cette solution. Une dernière étape devait encore être franchie: la révision des Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, afin de prendre en compte l'adoption du Troisième Protocole additionnel et de permettre l'admission au sein du Mouvement des Sociétés nationales qui décideront d'adopter le cristal rouge⁶.

1 Acte final de la Conférence diplomatique sur l'emblème, par. 21 et 23. L'Acte final de la Conférence diplomatique et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) du 8 décembre 2005 sont reproduits dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N° 861, mars 2006, pp. 187-196 (texte anglais). Sur l'origine de la question de l'emblème et sur les démarches entreprises pour parvenir à une solution globale et durable de cette question jusqu'à la convocation de la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, on pourra notamment se reporter à notre étude *Vers une solution globale de la question de l'emblème*, quatrième édition, Genève, CICR, juin 2006, 105 pages. L'Acte final de la Conférence diplomatique et le Protocole III sont également publiés en annexes 8 et 9 de l'étude susmentionnée (pp. 86-103).

2 Autriche, Belgique, Bolivie, Burundi, Chili, Colombie, Congo, Costa-Rica, Danemark, Equateur, États-Unis, France, Grèce, Guatemala, Israël, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Madagascar, Malte, Norvège, Pérou, Portugal, Royaume-Uni, Suisse, Tanzanie, Timor-Leste.

3 Acte final de la Conférence diplomatique, par. 14.

4 Idem, par. 15.

5 Idem, par. 16.

6 XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 20-21 juin 2006, *Rapport: Suivi de la Résolution 3 sur l'emblème adoptée par la XXVIII^e Conférence internationale (2003)*, Document préparé par la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, mai 2006, 11 pages.

Aussi la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a-t-elle chargé le CICR et la Fédération d'organiser en juin 2006 la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge⁷.

Par une lettre du 16 décembre 2005, le CICR et la Fédération ont invité les membres de la Conférence à se réunir à Genève les 20 et 21 juin 2006.

La XXIX^e Conférence internationale avait pour objet:

- 1) d'examiner et adopter les amendements aux Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge consécutifs à l'adoption, le 8 décembre 2005, du troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève;
- 2) d'examiner le nom de «*cristal rouge*» proposé pour l'emblème du Protocole III et de se prononcer sur ce nom;
- 3) de créer un cadre pour la reconnaissance et l'admission du Croissant-Rouge palestinien⁸.

Afin d'éviter de provoquer des débats prolongés, il avait été décidé de limiter les amendements proposés au strict minimum. Il était prévu de ne réviser que les articles 3, paragraphe 2, et 4, paragraphe 5, des Statuts du Mouvement⁹.

Conformément aux dispositions du troisième Protocole additionnel, il n'était pas prévu de modifier les noms du CICR ou de la Fédération, ni celui du Mouvement.

Enfin, le CICR, la Fédération et la Commission permanente souhaitaient que la Conférence atteigne les trois objectifs en vue desquels elle était convoquée par le biais d'une seule résolution¹⁰.

Au regard des circonstances exceptionnelles qui ont motivé la convocation de la XXIX^e Conférence internationale, la Commission permanente a décidé

7 La Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge comprend cinq membres élus par la Conférence internationale, deux représentants du CICR et deux représentants de la Fédération. Elle se réunit dans l'intervalle de deux Conférences et a pour tâche principale de préparer la Conférence et le Conseil des Délégués. La Conférence internationale de la Croix-Rouge réunit les représentants des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, du CICR et de la Fédération avec ceux des États parties aux Conventions de Genève. Elle se réunit en principe tous les quatre ans, alors que le Conseil des Délégués regroupe les représentants des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, du CICR et de la Fédération. Il se réunit en principe tous les deux ans.

8 Convocation de la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 16 décembre 2005, Genève, CICR – Fédération internationale. Il n'était pas nécessaire de créer un cadre pour la reconnaissance du Magen David Adom puisque cet objectif pouvait être atteint par le biais de la révision des Statuts du Mouvement.

9 Propositions d'amendement aux Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 16 décembre 2005, annexe à la Convocation de la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 16 décembre 2005, Genève, CICR – Fédération internationale. Les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, adoptés par la XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge, réunie à Genève en octobre 1986, ont été publiés dans la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 763, janvier-février 1987, pp. 25-44, et dans le *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, treizième édition, Genève, Comité international de la Croix-Rouge – Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 1994, pp. 429-446.

10 XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Projet de résolution* (REV 2) présenté conjointement par la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, le Comité international de la Croix-Rouge et la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 18 juin 2006.

que les questions courantes, y compris l'élection des membres de la Commission, seraient reportées à la Conférence quadriennale, qui se réunira comme prévu à Genève en novembre 2007¹¹.

La XXIX^e Conférence fut précédée d'une intense préparation diplomatique. Ainsi, le groupe de soutien constitué par le CICR, la Fédération et la Commission permanente «*Friends of the Chair*» s'est réuni à trois reprises¹², afin de conseiller les institutions hôtes et la future présidence de la Conférence, aussi bien sur les questions de substance que sur les questions de procédure et de participation. De nombreuses réunions informelles, regroupant certains membres de ce groupe et d'autres Missions permanentes ont eu lieu durant les mois qui ont précédé la Conférence.

Comme elle s'y était engagée lors de la Conférence diplomatique, la Suisse n'a négligé aucun effort pour contribuer à la mise en œuvre du protocole d'accord conclu le 28 novembre 2005 entre le Magen David Adom et le Croissant-Rouge palestinien. Avec l'appui du CICR et de la Fédération, la Suisse a réuni à plusieurs reprises des dirigeants des deux sociétés et des démarches à haut niveau ont été effectuées auprès des gouvernements intéressés, notamment auprès du gouvernement de l'État d'Israël, en vue d'assurer la mise en œuvre de toutes les dispositions de ce protocole d'accord et de son annexe, l'accord portant sur des arrangements opérationnels. S'il n'a pas été possible d'éviter des retards importants dans la mise en œuvre de cet accord, il est en revanche indéniable que ce processus a permis un rapprochement des deux Sociétés nationales et un développement de leur coopération opérationnelle d'autant plus remarquable que l'environnement politique ne cessait, dans le même temps, de se dégrader¹³.

La Commission conjointe du CICR et de la Fédération pour les Statuts des Sociétés nationales a maintenu un dialogue étroit avec le Magen David Adom et le Croissant-Rouge palestinien, afin d'aider ces deux sociétés à mettre leurs propres statuts en harmonie avec les exigences fixées par les Statuts du Mouvement, notamment les conditions pour la reconnaissance des nouvelles Sociétés nationales¹⁴. Le 27 avril 2006, l'Assemblée du CICR a examiné les statuts des deux Sociétés; tenant compte du préavis favorable de la Commission conjointe, l'Assemblée a autorisé le président du CICR à prononcer la reconnaissance de ces deux Sociétés, pour autant que la XXIX^e Conférence adopte les modifications proposées aux Statuts du Mouvement, ainsi que le cadre permettant la reconnaissance du Croissant-Rouge palestinien¹⁵.

11 Convocation de la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 16 décembre 2005, Genève, CICR – Fédération internationale.

12 Les 12 avril, 18 mai et 12 juin 2006.

13 Swiss Federal Department of Foreign Affairs, Implementation of the Memorandum of Understanding and the Agreement on Operational Arrangements between Magen David Adom in Israel and the Palestine Red Crescent Society signed on 28 November 2005, *Monitoring Report of Switzerland*, 29th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 20-21 June 2006.

14 Ces conditions sont énoncées à l'article 4 des Statuts du Mouvement, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, pp. 435-436.

15 Archives du CICR, Procès-verbaux de l'Assemblée du CICR, session des 26 et 27 avril 2006, point 10.

En outre, le CICR a poursuivi ses démarches en vue de créer une structure médicale sur le Golan occupé, ainsi qu'il s'y était engagé lors de la Conférence diplomatique¹⁶.

Enfin, comme elle l'avait fait à la veille de la Conférence diplomatique, M^{me} Micheline Calmy-Rey, ministre des Affaires étrangères de la Confédération suisse, est retournée à Jérusalem, où elle a rencontré aussi bien des interlocuteurs israéliens que palestiniens.

2. Le Conseil des Délégués de juin 2006

Conformément aux Statuts du Mouvement, le Conseil des Délégués s'est réuni le 19 juin 2006. Il était uniquement appelé à préparer la Conférence internationale qui s'ouvrait le lendemain. Conformément à une tradition plus que centenaire, le Conseil a porté à sa présidence le président du CICR, M. Jakob Kellenberger, alors que M. Tom Buruku, président de la Croix-Rouge d'Ouganda, était élu vice-président. Le Conseil adopta sans débat l'ordre du jour de la Conférence et la liste des personnes proposées pour des fonctions électives lors de celle-ci (président et vice-présidents, secrétaire général et secrétaires généraux adjoints)¹⁷.

3. La XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

La XXIX^e Conférence internationale s'est ouverte le mardi 20 juin 2006, en présence de 1083 délégués représentant 150 États parties aux Conventions de Genève, 177 Sociétés nationales, le CICR, la Fédération et 46 observateurs.

S'exprimant au nom de l'État hôte, M^{me} Calmy-Rey souligna les deux objectifs de la conférence: renforcer la protection due aux victimes de tous les conflits armés et permettre au Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge d'atteindre l'universalité grâce à l'admission des sociétés de secours israélienne et palestinienne. Elle releva que le rapprochement que ces deux sociétés avaient réalisé en dépit d'un environnement qui connaissait un vif regain de tension démontrait leur vocation à être admises de plein droit au sein du Mouvement. Elle exprima enfin l'espoir que cette conférence couronnât les efforts déployés depuis des années en vue de clore le débat fort ancien sur les emblèmes des Conventions de Genève¹⁸.

16 ICRC Golan Emergency and diagnostic Center, 2 June 2006.

17 XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 20-21 juin 2006, *Ordre du jour et programme*, approuvé par le Conseil des Délégués du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Résolution 1, 19 juin 2006. XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 20-21 juin 2006, *Propositions de candidats aux postes de responsables de la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, entériné par le Conseil des Délégués du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Résolution 2, 19 juin 2006.

18 Département fédéral des Affaires étrangères, *Discours de Madame la Conseillère fédérale Micheline Calmy-Rey pour l'ouverture de la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Genève, 20 juin 2006. Archives du CICR dossier B AI 2006 231-16.

La Conférence procéda ensuite à la lecture des Principes fondamentaux.

Conformément aux propositions du Conseil des Délégués, la XXIX^e Conférence internationale porta à la présidence le D^r Mohammad Al-Hadid, président du Croissant-Rouge jordanien et de la Commission permanente. Elle nomma en outre quatre vice-présidents, soit M^{me} Mandisa Kalako-Williams, présidente de la Croix-Rouge sud-africaine, le sénateur Richard Gordon, président de la Croix-Rouge des Philippines, l'ambassadeur Juan Martabit, représentant permanent du Chili, et l'ambassadeur Wegger Chr. Strommen, représentant permanent de la Norvège. L'ambassadeur Christoph Bubb (Suisse) était nommé secrétaire général et MM. Olivier Dürr (CICR) et Frank Mohrhauer (Fédération) secrétaires généraux adjoints.

Dès l'ouverture des débats, la légitimité de la Conférence fut mise en cause au motif que le Protocole III n'était pas encore entré en vigueur et qu'il n'était dès lors pas possible d'amender les Statuts du Mouvement pour prendre en compte ce Protocole¹⁹. En outre, les représentants permanents de la Tunisie et du Pakistan rappelèrent le dépôt de plusieurs projets d'amendements soumis au nom des États membres de la Ligue des États arabes et des États membres de l'Organisation de la Conférence islamique²⁰.

Sur décision du président, ces différentes interventions furent examinées dans le cadre du Bureau de la Conférence²¹. Celui-ci bénéficia de deux avis de droit. Le premier, soumis par le CICR, la Fédération, la Croix-Rouge britannique et la Suisse en sa qualité d'État dépositaire des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, concluait que la conférence avait été valablement convoquée, que le Protocole III avait été signé par plus de soixante États et qu'il n'était nullement nécessaire d'attendre son entrée en vigueur pour prendre les mesures de mise en œuvre que son adoption imposait²². Le second, soumis par le Groupe arabe et l'Organisation de la Conférence islamique, concluait que la conférence ne pouvait pas délibérer valablement du fait que le Protocole n'était pas encore entré en vigueur²³. Le Bureau décida que ces deux avis de droit feraient partie des actes de la conférence et que les propositions d'amendements au projet de résolution proposé par la Fédération, le CICR et la Commission permanente seraient examinées dans le cadre d'un groupe de négociation présidé par l'ambassadeur Strommen, vice-président de la conférence.

19 En vertu de l'article 11, alinéa 1, du Protocole III, celui-ci entrera en vigueur six mois après le dépôt de deux instruments de ratification ou d'adhésion. La Norvège ayant ratifié le Protocole III le 13 juin 2006 et la Suisse le 14 juillet 2006, le Protocole III est entré en vigueur le 14 janvier 2007. A la date du 31 décembre 2006, 84 États avaient signé le Protocole III et 9 l'avaient ratifié, soit la Bulgarie, le Honduras, la Hongrie, l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège, les Pays-Bas, les Philippines et la Suisse.

20 Proposition des Gouvernements du Pakistan et de la Tunisie: XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Amendements aux projets de résolution du 9 juin 2006, 18 et 19 juin 2006.

21 Outre le président, les vice-présidents, le secrétaire général et les secrétaires généraux adjoints, le Bureau comprenait les présidents du CICR et de la Fédération.

22 Legal Opinion on the question of whether the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement can be amended before the Third Additional Protocol has entered into force, 20 June 2006. Archives du CICR, dossier B AI 2006 231-151,

23 Legal position of the Arab Group and the Organisation of the Islamic Conference relative to the item on the amendment of the Statutes of the Movement, 21 June 2006. Archives du CICR, dossier B AI 2006 231-121/3.

Cette question ayant été tranchée, la conférence put reprendre ses travaux selon l'ordre du jour proposé par le Conseil des Délégués.

L'ambassadeur Philippe Cuvillier, représentant spécial de la Commission permanente pour la question de l'emblème, fit rapport sur les travaux de la Commission permanente en vue de parvenir à une solution globale et durable de cette question, conformément au mandat reçu de la XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge²⁴. M. Cuvillier souligna qu'il appartenait à la XXIX^e Conférence internationale de parachever un processus engagé depuis plusieurs années et dont il rappela les principales étapes; il releva que la Conférence avait été convoquée conformément à la résolution 5 du Conseil des Délégués réuni en novembre 2005 à Séoul, qui donnait mandat à la Commission permanente, au CICR et à la Fédération «*de prendre d'urgence les mesures nécessaires pour donner effet au troisième protocole après son adoption, spécialement en vue d'assurer la réalisation, dès que possible, du principe d'universalité du Mouvement*»²⁵. Enfin, M. Cuvillier exprimait l'espoir que la Conférence parvienne à accomplir sa tâche et à franchir les dernières étapes par voie de consensus, comme il sied à un Mouvement guidé par le principe d'unité²⁶.

M. Jakob Kellenberger fit rapport sur le projet de structure médicale sur le Golan occupé élaboré par le CICR après consultation des autorités locales, des médecins et des représentants de la population²⁷, alors que l'ambassadeur Pfirter rendit compte des démarches de la Suisse en vue d'assurer la mise en œuvre du protocole d'accord signé le 28 novembre 2005 par le président du Magen David Adom et celui du Croissant-Rouge palestinien²⁸.

Quarante-trois délégations ont pris part au débat général. Les unes pour marquer leur soutien au projet de résolution proposé par la Commission permanente et pour demander que la Conférence prenne sans tarder des dispositions permettant l'admission du Magen David Adom et du Croissant-Rouge palestinien au sein du Mouvement, d'autres pour marquer leur opposition à ce projet et pour demander l'ajournement de la Conférence, d'autres, enfin, pour s'exprimer au sujet des projets d'amendements soumis par la Tunisie et

24 Résolution 3 de la XXVIII^e Conférence internationale, *Rapport de la XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Genève, 30 novembre - 6 décembre 2003, Genève, CICR - Fédération, pp. 31-32; *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 852, décembre 2003, pp. 948-949.

25 Conseil des Délégués, Séoul, novembre 2005, Résolution 5, *International Review of the Red Cross*, N° 860, décembre 2005, p. 768.

26 XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, exposé de l'ambassadeur Philippe Cuvillier, représentant spécial de la Commission permanente pour la question de l'emblème, 20 juin 2006, Archives du CICR dossier B AI 2006 231-16.

27 Projet de construction de l'«hôpital de Majdal Shams» sur le Golan occupé: déclaration du CICR, Déclaration de J. Kellenberger, président du CICR, lors de la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 20 juin 2006, Projet de construction sur le Golan occupé de l'«hôpital de Majdal Shams», centre spécialisé dans le diagnostic et les urgences, [http://www.icrc.org/web/fre/sitefre\(\).nsf/htmlall/conference29-statement-200606?OpenDocument&styl...](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre().nsf/htmlall/conference29-statement-200606?OpenDocument&styl...) 07.11.2006. Archives du CICR, dossier B AI 2006 231-121/2.

28 XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, exposé de l'ambassadeur Didier Pfirter, 20 juin 2006, Archives du CICR, dossier B AI 2006 231-121/1.

le Pakistan au nom des États membres de la Ligue des États arabes et des États membres de l'Organisation de la Conférence islamique.

Parallèlement, l'ambassadeur Martabit et l'ambassadeur Strommen, vice-présidents de la Conférence, ont conduit des négociations informelles en vue de parvenir à un accord sur le projet de résolution et sur les amendements proposés.

Toutefois, lorsque la Conférence parvint au terme du débat général et alors que les négociations informelles avaient été conduites presque sans interruption, il n'avait toujours pas été possible de parvenir à dégager une formule de compromis qui pût être adoptée par consensus. Faisant rapport au nom du groupe de consultation informelle, l'ambassadeur Strommen souligna l'immense travail qui avait été effectué dans le cadre de ce groupe, mais dut constater que ces négociations n'avaient pas permis de parvenir à un accord.

La Conférence devait dès lors s'acheminer vers un vote. Conformément à l'article 20, paragraphe 1, du Règlement du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge²⁹, le président mit tout d'abord aux voix les amendements au projet de résolution proposés au nom des États membres de la Ligue des États arabes et des États membres de l'Organisation de la Conférence islamique.

Dix délégations ayant demandé le vote par appel nominal, c'est cette procédure qui fut retenue. Les projets d'amendements furent rejetés par 191 voix contre 73 avec 43 abstentions.

Le président mit ensuite aux voix le projet de résolution proposé par la Fédération, le CICR et la Commission permanente. Le vote par appel nominal ayant été à nouveau demandé par dix délégations, le projet de résolution fut adopté par 237 voix contre 54 et 18 abstentions³⁰.

Lors des votes, plusieurs Sociétés nationales ont fait preuve d'indépendance et se sont distancées des positions de leur gouvernement. Globalement, les Sociétés nationales ont plus massivement soutenu le projet de résolution que ne l'ont fait les représentants des États.

Lors des explications de vote, plusieurs délégations ont regretté que la Conférence se soit divisée sur cette question et relevé la nécessité de se remettre au travail et de restaurer l'unité du Mouvement. Certaines des délégations qui s'étaient opposées au projet de résolution ont cependant tenu à souligner leur volonté de collaborer avec les nouvelles Sociétés nationales.

4. La reconnaissance du Magen David Adom et du Croissant-Rouge palestinien

A l'issue de la XXIX^e Conférence internationale, M. Kellenberger annonça que l'Assemblée du CICR avait procédé à l'examen des dossiers soumis par le

29 *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, p. 456.

30 Résolution 1. La résolution 1 de la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, adoptée le 22 juin 2006, est reproduite en annexe au présent article.

Magen David Adom et le Croissant-Rouge palestinien avant la Conférence et qu'il était donc en mesure de prononcer la reconnaissance de ces deux Sociétés nationales et de les accueillir au sein du Mouvement³¹.

5. L'Assemblée générale de la Fédération internationale

La déclaration du président du CICR permettait au président de la Fédération, M. Juan Manuel Suarez del Toro, de réunir immédiatement l'Assemblée générale de la Fédération³². Les Sociétés nationales se regroupèrent alors que les délégués gouvernementaux quittaient le centre de conférence. C'est par acclamations que l'Assemblée générale admit le Croissant-Rouge palestinien et le Magen David Adom³³. Très émus, M. Younis al-Khatib, président du Croissant-Rouge palestinien, et le D^r Noam Yifrach, président du Conseil du Magen David Adom, montèrent au podium sous les applaudissements de l'Assemblée. Le premier annonça qu'il dédiait cette journée à tous les volontaires de la Société palestinienne, qui s'acquittaient de leur mission humanitaire dans des conditions extrêmement difficiles, parfois au péril de leur vie, alors que le second remercia pour les efforts qui avaient permis au Magen David Adom de devenir membre à part entière du Mouvement.

6. Un regard vers l'avenir

L'admission simultanée du Croissant-Rouge palestinien et du Magen David Adom au sein du Mouvement a constitué l'aboutissement de près de quinze années de négociations, dont le coup d'envoi avait été donné par l'article du président du CICR, M. Cornelio Sommaruga, publié dans la *Revue internationale de la Croix-Rouge* en juillet 1992³⁴. Cette admission représentait une étape décisive en vue de permettre au Mouvement de réaliser l'universalité à laquelle il aspire et qu'il a inscrite au rang de ses Principes fondamentaux. Le fait que cette admission ait été acquise par acclamations lors de l'Assemblée de la Fédération était un premier baume sur les blessures provoquées par les votes qui avaient marqué l'adoption du Protocole III et celle de la résolution de la XXIX^e Conférence. C'était aussi un gage de l'unité et de la pérennité du Mouvement.

En définitive, nous pensons que le Mouvement est sorti renforcé de cette épreuve puisqu'il a démontré qu'il était capable de résoudre une question douloureuse qui était restée trop longtemps sans solution, une question qui

31 Communiqué de presse du CICR, N° 06 / 65 «La Conférence ouvre la porte au cristal rouge», 22 juin 2006.

32 L'Assemblée générale de la Fédération s'était réunie une première fois le 19 juin 2006, avant la session du Conseil des Délégués.

33 Communiqué de presse N° 48/06 de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge : «The International Federation admits two new National Societies», 22 juin 2006.

34 Cornelio Sommaruga, «Unité et pluralité des emblèmes», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 796, juillet-août 1992, pp. 347-352.

menaçait son unité et compromettait son avenir, une question, enfin, dont les enjeux symboliques, mais aussi politiques et moraux étaient immenses puisqu'ils touchaient indirectement à l'identité de deux des peuples du Proche-Orient.

En reconnaissant l'engagement humanitaire du Croissant-Rouge palestinien et du Magen David Adom et en acceptant ces deux Sociétés comme membres de plein droit, le Mouvement s'est également doté de deux partenaires opérationnels soumis aux mêmes règles et bénéficiant des mêmes droits que toutes les autres Sociétés nationales, ce qui ne peut que renforcer l'efficacité de son action.

En se libérant d'une hypothèque qui menaçait son avenir et ses possibilités d'action et en parvenant à résoudre de manière équilibrée et conforme à ses Principes fondamentaux une question qui a mobilisé ses énergies et obéré ses délibérations depuis des décennies, le Mouvement a retrouvé une liberté d'action et la capacité de mieux affronter les défis que lui réserve l'avenir.

A travers l'adoption du Protocole III, le Mouvement a également convaincu les États parties aux Conventions de Genève de créer un nouvel instrument en vue de renforcer la protection des victimes de la guerre, soit un signe distinctif libre de toute connotation nationale, politique ou religieuse, reconnu à côté de la croix rouge et du croissant rouge, en vue d'identifier le personnel, les véhicules, les installations et les biens des services de santé militaires ou civils en cas de guerre. Au vu de la polarisation croissante à laquelle on assiste depuis plusieurs années, on ne peut douter que ce nouvel instrument permettra dans certaines situations de mieux protéger les services de santé, les acteurs humanitaires et les victimes de la guerre et, par ce biais, de sauver des vies.

Enfin, la marche d'approche de la XXIX^e Conférence internationale a engendré un développement de la collaboration entre le Magen David Adom et le Croissant-Rouge palestinien d'autant plus remarquable que l'environnement dans lequel évoluaient ces deux sociétés n'a cessé, dans le même temps, de se dégrader. L'admission simultanée des deux Sociétés nationales au sein du Mouvement représente à n'en pas douter un message de paix à l'adresse des peuples du Proche-Orient, alors même que la région s'enfonce à nouveau dans la crise.

Annexe

XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge

RÉSOLUTION 1 (Adoptée le 22 juin 2006)

La XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, *prenant note* du rapport de la Commission permanente de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge sur le suivi de la résolution 3 de la XXVIII^e Conférence internationale,

tenant compte du troisième Protocole additionnel aux Conventions de Genève, adopté le 8 décembre 2005 à Genève, ainsi que de l'Acte final de la Conférence diplomatique sur l'emblème, *reconnaissant* que le protocole d'accord, signé le 28 novembre 2005 et mentionné au paragraphe 15 de l'Acte final de la Conférence diplomatique, a été conclu dans le but de faciliter l'adoption du troisième protocole et d'ouvrir la voie à l'admission des deux Sociétés signataires au sein du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *considérant* la position unique et particulière de la Société du Croissant-Rouge palestinien, *insistant* sur le fait que la reconnaissance et l'admission de la Société du Croissant-Rouge palestinien ne créent en aucun cas un précédent pour toute autre entité ou tout autre territoire, *guidée* par les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, en particulier le principe d'universalité,

1. *adopte* les propositions d'amendements aux Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (dont le texte figure en annexe) ;
2. *décide* que l'emblème du Protocole III portera désormais la dénomination de «cristal rouge» ;
3. *demande* au Comité international de la Croix-Rouge de reconnaître le Croissant-Rouge palestinien, et *demande* à la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge d'admettre cette Société parmi ses membres.

Annexe à la Résolution 1

Propositions d'amendements aux Statuts du Mouvement International de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge – Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

Titre

Compléter comme suit la parenthèse en dessous du titre: (adoptés par la XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006).

Article 3

Remplacer la dernière phrase de l'**article 3, paragraphe 2** par: «Elles collaborent aussi avec leur gouvernement pour faire respecter le droit international humanitaire et assurer la protection des emblèmes distinctifs reconnus par les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels à ces Conventions.»

Article 4

Remplacer **l'article 4, paragraphe 5** par: «5. Faire usage d'un nom et d'un emblème distinctif conformes aux dispositions des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels à ces Conventions.»

Article 21

Remplacer **l'article 21, paragraphe 2** par: «2. Les présents Statuts amendés entrent en vigueur le 22 juin 2006».

Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)

Jean-François Quéguiner*

«Pussions-nous garder à l'esprit (...) le fait que l'emblème arboré par chacun de nous n'est pas l'apanage d'un État, d'un peuple ou d'une religion, mais un signe de respect pour la victime blessée et sans défense et de solidarité humaine dans la détresse» (Alexandre Hay, Président du CICR, lors d'une allocution devant la Conférence internationale de Manille)¹.

Introduction

Les emblèmes de la croix rouge et du croissant rouge sur fond blanc sont utilisés depuis le XIX^e siècle comme symboles universels du secours aux victimes des conflits armés et des catastrophes naturelles. Ils connaissent donc une longue histoire, qu'il n'y a pas lieu de relater ici de manière extensive², mais dont il s'avère utile de rappeler les moments forts afin de comprendre les raisons de l'adoption, le 8 décembre 2005, d'un emblème additionnel – le cristal rouge.

* Jean-François Quéguiner est conseiller juridique à la Division juridique du CICR. Les opinions exprimées dans ce Commentaire sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR. Ce Commentaire a été rédigé avec la participation de Anne Ryniker (CICR). L'auteur remercie les diverses personnes qui ont accepté de relire et commenter les versions successives de ce texte, en particulier François Bugnion, Jean-Christophe Sandoz, Stéphane Hankins et Baptiste Rolle (CICR). Des remerciements spécifiques sont également dus à Christopher Lamb (Fédération internationale) pour ses remarques constructives.

La première Convention de Genève, en date du 22 août 1864, entérina la croix rouge comme seul emblème destiné à identifier les services de santé des forces armées, ainsi que les volontaires des Sociétés de secours aux militaires blessés³. L'idée était de substituer aux divers drapeaux et signes distinctifs parfois utilisés à cet effet sur les champs de batailles, un emblème unique, identifiable à grande distance, facile à reconnaître et à reproduire;⁴ mais les raisons exactes du choix de la croix rouge parmi les divers symboles susceptibles de répondre à ces critères restent inconnues⁵.

Assez rapidement, cet emblème suscita des objections en raison de la connotation religieuse qu'un certain nombre d'États lui attribuèrent. Dès 1876, l'Empire Ottoman – alors en conflit avec la Russie – déclara unilatéralement qu'il utiliserait désormais le signe du croissant rouge sur fond blanc pour marquer les services sanitaires de ses forces armées au motif qu'il avait été paralysé «par la nature même du signe distinctif de la Convention, qui blessait les susceptibilités du soldat musulman»⁶. Les protestations de la Suisse – État dépositaire de la Convention de Genève – ainsi que d'autres États parties au même instrument, conduirent à une solution de compromis consistant à n'accepter le croissant rouge qu'à titre provisoire, pour une durée limitée au conflit armé en cours. Une première brèche était toutefois ouverte dans le principe d'unicité du signe distinctif.

D'autres emblèmes encore allaient par la suite apparaître, la plupart de manière éphémère⁷, un petit nombre seulement faisant l'objet de requêtes

- 1 Compte rendu de la XXIV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge, Manille, 7-14 novembre 1981, p. 52.
- 2 Pour un historique détaillé de la question des emblèmes, voir notamment Bugnion, François, *Vers une solution globale de la question de l'emblème*, quatrième édition mise à jour, CICR, avril 2006, 105 pp.
- 3 La Conférence internationale de Genève de 1863 avait déjà adopté une Résolution 8 stipulant que les infirmiers volontaires «portent dans tous les pays, comme signe distinctif uniforme, un brassard blanc avec une croix rouge». Mais la Conférence de 1863 n'ayant pas compétence pour imposer ce signe distinctif au personnel sanitaire des forces armées, elle se contenta d'une recommandation en la matière; cette dernière servit de base aux travaux de la Conférence diplomatique convoquée par le gouvernement suisse qui adopta, en août 1864, la première Convention de Genève.
- 4 «Bien avant la fondation de la Croix-Rouge, on signalait parfois les hôpitaux et ambulances, sur les champs de bataille, au moyen d'un drapeau d'une seule couleur, différente d'ailleurs selon les cas ou selon les pays. D'emblée les promoteurs de la Croix-Rouge et de la Convention de Genève reconnurent la nécessité de créer un signe international uniforme qui fût la marque visible de l'immunité à accorder aux blessés et au personnel sanitaire»; *Commentaire de l'article 38 de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1958, p. 330.
- 5 Pour reprendre les termes de François Bugnion, *op. cit.* (note 2), p. 8: «Pour des raisons que l'on n'a pas jugé nécessaire d'inscrire au procès-verbal de la Conférence d'octobre 1863, on a choisi l'emblème de la croix rouge sur fond blanc. Les documents contemporains de la conférence – ceux tout au moins dont nous avons connaissance – ne nous éclairent point sur les raisons de ce choix. On en est réduit à des conjectures».
- 6 Dépêche de la Sublime Porte au Conseil fédéral, 16 novembre 1876, reproduite dans le *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, N° 29, janvier 1877, p. 36.
- 7 Par exemple, dès 1877, la Société nationale du Japon utilisa pour emblème un drapeau blanc frappé d'un disque solaire surmontant une bande rouge. De nombreux autres emblèmes apparurent par la suite, comme l'Arc-Rouge d'Afghanistan pendant l'entre-deux-guerres; ou encore, après la Seconde Guerre mondiale, la roue rouge sur fond blanc en Inde, la svastika (ou croix gammée) rouge au Sri Lanka et la Palme rouge en Syrie. Mais les gouvernements de ces pays renoncèrent finalement à l'usage de ces emblèmes pour accepter d'utiliser l'un de ceux reconnus par les Conventions de Genève. Pour une liste de ces divers emblèmes et une brève description de leur historique, voir Bugnion, François, *L'emblème de la Croix-Rouge – Aperçu historique*, CICR, Genève, 1977, pp. 65-74.

officielles de reconnaissance. En particulier, lors de la Conférence de révision de la Convention de Genève (1906), allait s'ajouter à la demande de reconnaissance du croissant rouge réitérée par l'Empire Ottoman, une revendication de la Perse et du Siam au droit d'usage respectivement du lion-et-soleil rouge et de la flamme rouge⁸. La Conférence refusa de reconnaître formellement ces trois signes – réaffirmant solennellement le caractère areligieux du signe héraldique de la croix rouge sur fond blanc qui aurait été adopté en hommage à la Suisse et formé par interversion des couleurs fédérales⁹. Elle autorisa néanmoins les États à formuler une réserve aux dispositions de la Convention de Genève relatives à l'emblème. L'Empire Ottoman, comme la Perse, fit usage de cette opportunité, le Siam y renonçant en définitive pour adopter la croix rouge.

Finalement, le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge sur fond blanc furent reconnus comme signes distinctifs par la Convention de Genève du 27 juillet 1929 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne; avec une limite toutefois, puisque la Convention autorisa uniquement les États qui utilisaient déjà l'un de ces deux emblèmes avant l'adoption de la Convention de 1929 à poursuivre cet emploi¹⁰. Cette solution répondait à une double nécessité: prendre acte du fait accompli en entérinant les dérogations à la règle de l'unité de l'emblème qui avaient acquis, en 1929, une effectivité juridique; mais également prévenir toute future prolifération de nouveaux signes distinctifs, la multiplication des emblèmes risquant d'affaiblir leur finalité protectrice en brouillant la capacité d'identifier rapidement le personnel, les biens et les moyens de transport protégés.

La solution retenue par la Convention de 1929 fut ultérieurement confirmée par la Convention (I) de Genève du 12 août 1949¹¹. Les plénipotentiaires présents à la Conférence de 1949 prirent cette décision après avoir rejeté d'autres propositions alternatives consistant soit à adopter un signe distinctif totalement nouveau en remplacement de la croix, du croissant et du lion-et-soleil rouges; soit à revenir au signe unique de la croix rouge; soit, enfin, à admettre un nouvel emblème en plus de ceux déjà existants, à savoir le bouclier-de-David rouge. Si les deux premières propositions furent rapidement écartées, cette dernière option – soumise par la délégation israélienne – donna lieu à des débats passionnés. Son rejet fut finalement justifié non seulement par la volonté affichée d'éviter toute prolifération des emblèmes, mais également par la crainte qu'une admission de cet emblème en particulier ne discrédibilise le discours relatif à l'absence de toute signification religieuse des signes distinctifs reconnus.

8 De telles revendications furent également formulées lors des Conférences de La Haye de 1899 et 1907. Elles connurent un sort strictement identique à celui que leur réserva la Conférence de 1906.

9 Article 18 de la Convention de Genève du 6 juillet 1906. Cette affirmation fut réitérée notamment à l'article 38 (1) de la Convention (I) de Genève du 12 août 1949.

10 L'article 19 de la Convention de Genève du 27 juillet 1929 indique que «pour les pays qui emploient déjà, à la place de la croix rouge, le croissant rouge ou le lion et le soleil rouges sur fond blanc comme signe distinctif, ces emblèmes sont également admis dans le sens de la présente Convention» (nous soulignons).

11 Article 38 de la Convention (I) de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne.

Pour les mêmes raisons, la tentative ultérieure effectuée par Israël lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977 d'obtenir la reconnaissance internationale du bouclier-de-David rouge se solda par un nouvel échec.

La formule de compromis consacrée en 1929 perdura donc pendant des décennies. Et pourtant, cette solution suscita certaines difficultés. La première est évidente : la coexistence de deux signes¹² – qui plus est facilement identifiable à deux des principales religions monothéistes – contribua à renforcer, dans certains contextes ponctuels, les perceptions pourtant erronées quant à la connotation religieuse ou politique de ces emblèmes¹³. Ces perceptions se révélèrent particulièrement problématiques au cours de conflits opposant deux ou plusieurs adversaires usant d'un signe différent. Elles pouvaient par ailleurs aboutir à mettre en doute, dans une zone d'opération précise, les Principes fondamentaux de neutralité et d'impartialité sur lesquels repose l'action de toutes les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (ci-après le Mouvement), impliquant du même coup que ces emblèmes ne jouissent pas du respect auquel ils ont droit et rendent plus incertaine la protection des personnes qui les arborent.

La seconde difficulté découla du refus d'un certain nombre d'États et de Sociétés nationales d'adopter l'un des emblèmes consacrés par les Conventions de Genève de 1949 au motif qu'ils ne se reconnaissaient dans aucun d'entre eux. Ce refus constitua une entrave à l'universalité d'un Mouvement dont les Statuts exigeaient jusqu'en 2006 l'utilisation de la croix rouge ou du croissant rouge comme une condition nécessaire pour qu'une Société nationale puisse être reconnue¹⁴. Le problème se posa pour la Société de secours israélienne du *Magen David Adom*, mais pour d'autres également à l'image de la Société érythréenne qui souhaitait faire usage du double emblème de la croix et du croissant rouge accolés¹⁵.

C'est dans le but de remédier à ces difficultés et de résoudre de manière globale la question de l'emblème que les États parties aux Conventions de Genève ont adopté, lors d'une conférence diplomatique tenue à Genève du 5 au 8 décembre 2005, un Protocole additionnel III auxdites Conventions. Le présent document

12 Par note diplomatique en date du 4 septembre 1980, la République islamique d'Iran indiqua qu'elle renonçait à son droit d'utiliser le lion-et-soleil rouge au profit du croissant rouge, tout en se réservant le droit de revenir au lion-et-soleil rouge si de nouveaux emblèmes étaient reconnus. Dans ces conditions, le texte se référera parfois – en fonction du contexte – à deux emblèmes reconnus seulement, à savoir la croix rouge et le croissant rouge.

13 Ce message, inlassablement répété, concernant l'aspect areligieux des signes distinctifs s'avérait d'ailleurs de plus en plus difficile à faire passer dans un monde contemporain structuré de manière croissante autour d'une soi-disant fracture entre l'occident chrétien et la sphère musulmane.

14 Intitulé «Conditions de reconnaissance des Sociétés nationales», l'Article 4 des Statuts du Mouvement stipulait en effet (avant l'amendement de 2006) que «Pour être reconnue comme Société nationale au sens de l'article 5, alinéa 2 b) des présents Statuts, la Société doit satisfaire aux conditions suivantes (...) 5. Faire usage du nom et de l'emblème de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge conformément aux Conventions de Genève».

15 Sur la question du double emblème, cf. Bugnion, *op. cit.* (note 2), pp. 19-22. Comme le note cet auteur, la Société nationale du Kazakhstan avait initialement opté pour le double emblème avant d'y renoncer finalement au profit du seul croissant rouge par une loi entrée en vigueur le 20 décembre 2001.

offre un commentaire succinct du titre, des paragraphes du préambule, puis successivement de chaque article de ce nouvel instrument du droit international humanitaire.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)

Le titre du Protocole additionnel III est rédigé suivant l'intitulé des Protocoles additionnels I et II adoptés le 8 juin 1977 et relatifs respectivement aux conflits armés internationaux et non internationaux. Il découle de cette formulation des conséquences juridiques précises.

Comme ses deux prédécesseurs de 1977, le Protocole III n'est qu'un instrument «additionnel» ce qui implique qu'il ne peut se concevoir de manière indépendante. Il est formellement rattaché aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre¹⁶, d'où une impossibilité d'être lié par ledit Protocole sans être préalablement lié par les Conventions (ou sans devenir simultanément partie à celles-ci¹⁷). Le lien de rattachement avec les Conventions de Genève est également substantiel. Le Protocole III complète leurs règles de fond et leurs mécanismes de mise en œuvre, mais il est à son tour régi par celles de leurs dispositions pertinentes qu'il n'a pas amendées – notamment les dispositions générales et finales, ainsi que les principes généraux du droit international humanitaire y contenus¹⁸.

Le Protocole III porte toutefois sur un objet relativement restreint par rapport aux deux Protocoles additionnels de 1977: il complète les Conventions de Genève en permettant l'usage d'un signe distinctif «additionnel». La réitération en l'espèce du terme «additionnel» indique clairement que le signe distinctif du troisième Protocole n'a pas vocation à remplacer les emblèmes reconnus par les Conventions de Genève de 1949, mais à offrir la possibilité aux Hautes Parties contractantes – ainsi qu'aux composantes du Mouvement et, le cas échéant, aux autres acteurs habilités – d'utiliser un emblème additionnel aux conditions stipulées dans le corps du texte.

Préambule

Le préambule – partie introductive d'une Convention internationale – vise habituellement à exposer les motifs du texte ainsi qu'à préciser le but et l'objet poursuivi par celui-ci. Mais le préambule peut également contenir «des

16 Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre; Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

17 Sur ce point précis, voir le *Commentaire du Protocole additionnel I*, CICR, Genève, 1986, pp. 1093 (par. 3693) et 1100 (par. 3715).

18 *Ibid.*, p. 20 (par. 4-6).

dispositions supplétives destinées à combler les lacunes du traité, notamment sous forme de rappel des principes généraux qui l'ont inspirés»¹⁹. Sans entrer ici dans la problématique complexe de la portée juridique du préambule d'un traité international (qui sera bien souvent une question d'espèce), indiquons simplement pour rappel qu'un préambule fait en tout cas partie du contexte dans lequel le traité a été adopté et constitue en ce sens un outil important d'interprétation du dispositif²⁰.

Les Hautes Parties contractantes,

Réaffirmant les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 (en particulier les articles 26, 38, 42 et 44 de la Première Convention de Genève) et, le cas échéant, de leurs Protocoles additionnels du 8 juin 1977 (en particulier les articles 18 et 38 du Protocole additionnel I et l'article 12 du Protocole additionnel II), concernant l'utilisation des signes distinctifs; Le premier paragraphe du préambule précise le cadre juridique dans lequel s'insère l'objet du Protocole additionnel III. Comme déjà mentionné, ce dernier devra être interprété en fonction de l'esprit et des règles pertinentes contenues dans les Conventions de Genève du 12 août 1949, mais également dans leurs deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 sous réserve qu'ils soient applicables.

Un grand nombre de dispositions des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels I et II font explicitement référence aux signes distinctifs²¹. Il aurait été envisageable d'en dresser dans ce paragraphe une liste exhaustive; mais outre le fait que l'utilité de cette démarche aurait été limitée, elle aurait inutilement alourdi le texte. L'un des projets de Protocole additionnel III²² adoptait l'approche inverse, se contentant d'effectuer un renvoi général aux instruments conventionnels pertinents mais sans singulariser aucune disposition précise. Le texte final résulte d'un compromis: il se limite à une énumération partielle (démontrée par l'emploi de l'expression «en particulier») de certains articles de la Convention (I) de Genève et des Protocoles additionnels I et II qu'il a paru utile de faire ressortir dans le texte compte tenu de leur importance particulière pour l'utilisation et le port de l'emblème.

19 *Dictionnaire de la terminologie du droit international* (publié sous la direction de J. SALMON), Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 865.

20 Voir l'article 31 al. 2 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

21 Les quatre Conventions de Genève de 1949 et les deux Protocoles additionnels de 1977 ne sont d'ailleurs pas les seuls traités de droit international humanitaire à faire référence à ces signes distinctifs; voir notamment l'article 23 f) du Règlement annexe à la Convention (IV) de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

22 Il s'agit du projet de Protocole additionnel III transmis par le CICR au Gouvernement suisse qui – en sa qualité de dépositaire – le fit parvenir à tous les États parties aux Conventions de Genève le 5 juillet 2000 (toute mention ultérieure dans le corps du texte ou dans les notes en bas de page d'un projet de troisième Protocole additionnel renvoie à cet instrument préparatoire). Un second projet, daté du 12 octobre 2000, prenant en compte les négociations tenues lors de l'été 2000, fut circulé par le dépositaire (voir, sur ce point, le paragraphe 5 de l'Acte final de la Conférence). C'est sur la base de ce dernier projet que se sont tenues les discussions lors de la Conférence diplomatique des 5-8 décembre 2006. Sur les différentes étapes du processus de négociation du projet de Protocole additionnel III au cours de l'année 2000, cf. Bugnion, *op. cit.* (note 2), pp. 42-45.

Souhaitant compléter les dispositions mentionnées ci-dessus afin de renforcer leur valeur protectrice et leur caractère universel;

Comme explicité dans l'introduction, la croix rouge et le croissant rouge – qui représentent pourtant des symboles universels de secours aux victimes des conflits armés et des catastrophes – ne jouissent pas toujours, dans certains contextes géographiquement circonscrits, du respect auquel ils ont droit. De plus, certains États ne se reconnaissent dans aucun de ces deux emblèmes, ou souhaiteraient pouvoir utiliser les deux simultanément.

Le second paragraphe du préambule pose donc explicitement les principaux objectifs poursuivis par le Protocole additionnel III. Il s'agit de compléter les dispositions des Conventions de Genève et de leurs deux premiers Protocoles additionnels par l'adoption d'un signe distinctif additionnel permettant de renforcer la valeur protectrice du signe distinctif, notamment dans des contextes opérationnels où les emblèmes existants peuvent être perçus, à tort, comme marqués politiquement ou religieusement. Le Protocole additionnel III autorise également l'utilisation de cet emblème additionnel par les Sociétés nationales à titre indicatif pour signaler leur appartenance au Mouvement. L'adoption de cet instrument permet donc de renforcer encore l'universalité du Mouvement en autorisant l'intégration en son sein des Sociétés nationales qui se refusent à adopter, à titre unique et exclusif, la croix ou le croissant rouge.

Notant que le présent Protocole ne porte pas atteinte au droit reconnu des Hautes Parties contractantes de continuer à utiliser les emblèmes qu'elles utilisent conformément aux obligations qui leur incombent en vertu des Conventions de Genève et, le cas échéant, de leurs Protocoles additionnels;

Il a déjà été expliqué que l'emblème du troisième Protocole (du fait de son caractère simplement «additionnel») n'a pas vocation à remplacer les signes reconnus par les Conventions de Genève de 1949 – à savoir la croix rouge, le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge. Le troisième paragraphe du préambule ne fait donc que réitérer de manière explicite la possibilité, pour les États, de conserver l'usage de l'un des emblèmes prévus par les Conventions de Genève.

Une clause de sauvegarde a toutefois été intégrée aux fins de rappeler que l'usage licite de ces emblèmes était évidemment conditionné par le respect des règles pertinentes des Conventions de Genève, et le cas échéant, de leurs Protocoles additionnels. Ainsi, l'utilisation de ces emblèmes serait qualifiée d'indue ou d'abusives (voire de perfides) si elle était le fait de personnes, d'unités ou de moyens de transport qui ne sont pas habilités à se prévaloir de ces signes distinctifs, ou si des personnes, unités ou moyens de transport normalement autorisés à en faire usage les employaient à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été créés.

Rappelant que l'obligation de respecter les personnes et les biens protégés par les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels découle de la

protection que leur accorde le droit international et ne dépend pas de l'utilisation des emblèmes, des signes ou des signaux distinctifs;

Le quatrième paragraphe du préambule rappelle un principe fondamental du droit international humanitaire en vertu duquel la signalisation n'est pas une condition constitutive de la protection. Certes, les emblèmes, signes ou signaux distinctifs reconnus par le droit international humanitaire facilitent grandement la mise en œuvre effective de la protection en lui donnant une expression concrète; et c'est bien là que se situe leur importance pratique. Mais l'adversaire qui aurait reconnu la nature protégée d'une personne ou d'un bien ne pourrait ignorer la protection due en invoquant l'absence de ces emblèmes, signes ou signaux²³. Une attaque qu'on chercherait à justifier par la seule absence de signalisation pourrait d'ailleurs – selon les circonstances – être considérée comme un crime de guerre.

Le terme «emblèmes» désigne ici les signes distinctifs de la croix rouge, du croissant rouge et du lion-et-soleil rouge sur fond blanc. Le terme «signes» a été ajouté pour rappeler que ce principe s'applique également aux autres signes distinctifs reconnus par les Conventions de Genève, leurs Protocoles additionnels, ou tout autre instrument du droit international humanitaire; on vise par exemple les signes afférant à la protection civile²⁴, aux ouvrages et installations contenant des forces dangereuses²⁵ ou encore aux biens culturels²⁶. Enfin, la formule «signaux distinctifs» désigne les moyens de signalisation destinés exclusivement à permettre l'identification des unités et moyens de transport sanitaires qui sont prévus au chapitre III de l'Annexe I du Protocole additionnel I²⁷.

Soulignant que les signes distinctifs ne sont pas censés avoir de signification religieuse, ethnique, raciale, régionale ou politique;

Pour reprendre les termes du Commentaire de l'article 38 de la Convention (I) de Genève, «l'emblème de la croix rouge n'a qu'une signification propre, mais qui est elle-même immense: le respect de l'homme qui souffre, de

23 Pour reprendre les termes de Michael Meyer, «(...) the red cross and red crescent are simply a useful tool, a practical means of seeking to ensure respect for a pre-existing international legal right of protection»; in: «The proposed new neutral protective emblem: a long-term solution to a long-standing problem», *International conflict and security law – Essays in Memory of Hilaire McCoubrey*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 88.

24 L'article 66 (4) du Protocole additionnel I évoque le signe distinctif international de la protection civile qui consiste en un triangle équilatéral bleu sur fond orange quand il est utilisé pour la protection des organismes de protection civile, de leurs bâtiments, de leur personnel et de leur matériel ou pour la protection des abris civils.

25 L'article 56 (7) du Protocole additionnel I indique que pour faciliter l'identification des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses, les Parties au conflit pourront les marquer au moyen d'un signe spécial consistant en un groupe de trois cercles orange vif disposés sur un même axe.

26 La Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, en date du 14 mai 1954, stipule à son article 16 que le signe distinctif de la Convention consiste en un écu, pointu en bas, écartelé en sautoir de bleu-roi et de blanc (un écusson formé d'un carré bleu-roi dont un des angles s'inscrit dans la pointe de l'écusson, et d'un triangle bleu-roi au-dessus du carré, les deux délimitant un triangle blanc de chaque côté).

27 Pour une définition de l'expression «signal distinctif», voir l'article 8 (m) du Protocole additionnel I.

l'homme sans défense, qui doit être secouru, qu'il soit ami ou ennemi, sans distinction de nationalité, de race, de religion, de classe ou d'opinion»²⁸. Par principe, les signes distinctifs doivent être perçus uniquement comme des signes de secours, marques visibles de la protection à accorder notamment aux blessés, malades et naufragés ainsi qu'au personnel, unités et moyens de transport sanitaires en cas de conflit armé. Ils doivent donc nécessairement être neutres, dénués de toute connotation partisane.

C'est ce principe que réaffirme sans ambiguïté le cinquième paragraphe du préambule. Il précise, par une liste, certaines des significations (religieuse, ethnique, raciale, régionale ou politique) parfois faussement attribuées aux signes distinctifs et que les Hautes Parties contractantes n'ont jamais eu l'intention de leur conférer. Quoique ce point ne ressorte pas explicitement du texte, il semble clair que ladite liste est offerte uniquement à des fins illustratives et ne présente donc pas un caractère exhaustif.

Insistant sur la nécessité de garantir le plein respect des obligations liées aux signes distinctifs reconnus dans les Conventions de Genève, et, le cas échéant, dans leurs Protocoles additionnels;

Dans la mesure où, en période de conflit armé, ces signes distinctifs ont pour but d'indiquer que les personnes ou biens qui les arborent bénéficient d'une protection internationale spéciale et qu'ils ne doivent donc pas faire l'objet d'une attaque, toute utilisation induue ou abusive risque de saper la crédibilité de l'ensemble du régime protecteur. Même dans une situation non conflictuelle, tout abus de l'emblème nuit à son image dans l'esprit du public et, par là, amoindrit sa force de protection en temps de guerre.

Par conséquent, le sixième paragraphe du préambule rappelle avec à-propos l'importance d'assurer le respect des obligations juridiques afférentes à l'emblème. A cet égard, on peut souligner que les États Parties aux Conventions de Genève se sont engagés à adopter des dispositions pénales (mais qui peuvent aussi prendre la forme de mesures de nature administrative, réglementaire ou disciplinaire) permettant de prévenir et de réprimer l'abus de l'emblème, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre.

Rappelant que l'article 44 de la Première Convention de Genève établit la distinction entre l'usage protecteur et l'usage indicatif des signes distinctifs;

Le septième paragraphe du préambule rappelle que les signes distinctifs peuvent avoir deux emplois de nature foncièrement différente. Le premier – l'usage à titre protecteur – est la manifestation visible de la protection accordée par les Conventions de Genève aux personnes, aux unités ou aux moyens de transport sanitaires des forces armées et autres organismes, objets et personnes dûment autorisés. Compte tenu de la fonction spécifique poursuivie en l'espèce par le signe distinctif, il sera de dimension aussi grande que le justifient les circonstances

28 Commentaire de l'article 38 de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 1958, p. 339.

afin de permettre son identification à distance²⁹. Le second – l’usage à titre indicatif – montre qu’une personne ou un bien présente un lien avec le Mouvement; l’emblème est dans ce contexte de dimension relativement petite et les conditions de son emploi doivent exclure tout risque de confusion avec le signe utilisé à titre protecteur³⁰.

Le rappel de cette distinction est d’autant plus important que les conditions d’utilisation du signe distinctif additionnel proposé par Protocole additionnel III varient selon qu’il est utilisé à titre protecteur ou à titre indicatif.

Rappelant en outre que les Sociétés nationales qui entreprennent des activités sur le territoire d’un autre État doivent s’assurer que les emblèmes qu’elles prévoient d’utiliser dans le cadre de ces activités peuvent être utilisés dans le pays où se déroulent ces activités ainsi que dans le, ou les, pays de transit;

Le paragraphe 8 du préambule ne fait que réaffirmer – sous une formulation différente cependant – les règles applicables au sein du Mouvement énoncées dans la Résolution XI adoptée par la X^e Conférence internationale tenue à Genève en 1921. Cette Résolution précise: «Aucune section ou délégation étrangère, aucun comité, aucune organisation ou manifestation de la Croix-Rouge à l’étranger, ne doit se constituer ou se produire sur terre étrangère sans l’agrément du Comité central de la Société nationale et du Comité central de son pays d’origine, notamment en ce qui concerne l’usage du nom et du signe de la Croix-Rouge». Ce point fut confirmé dans la Résolution VII adoptée lors de la XVI^e Conférence internationale de Londres en 1938³¹.

La question se pose alors des éléments dont dispose une Société nationale opérant sur un territoire étranger pour s’assurer que l’emblème qu’elle prévoit d’utiliser est juridiquement autorisé dans cette zone d’activité qui ne relève pas de sa «juridiction». Trois éléments peuvent être pris en compte à cet égard. En premier lieu, dès lors qu’il s’agit d’un emblème reconnu par les Conventions de Genève de 1949 et que l’État hôte est partie à ces Conventions, il existe alors une présomption que ces emblèmes sont juridiquement acceptables. En second lieu, s’il s’agit d’un autre emblème que ceux reconnus dans les Conventions de 1949 (à l’image de l’étoile rouge de David), c’est une analyse de la législation nationale qui permettra alors de déterminer si ledit signe peut ou

29 Que l’emblème utilisé à titre protecteur doive être identifiable d’aussi loin que possible est rappelé par l’article 6 du Règlement sur l’usage de l’emblème de la croix rouge ou du croissant rouge par les Sociétés nationales, Règlement adopté par la XX^e Conférence internationale qui s’est tenue à Vienne en 1965 puis révisé par le Conseil des Délégués à Budapest en novembre 1991. Le Règlement indique par ailleurs que l’emblème pourra être éclairé ou illuminé de nuit ou par visibilité réduite. Il sera, dans la mesure du possible, fait de matériaux le rendant reconnaissable par des moyens techniques de détection et apposé sur des drapeaux ou sur une surface plane visible de toutes les directions possibles, y compris de l’espace aérien.

30 Commentaire de la Convention (I) de Genève, *op. cit.* (note 4), Article 44, pp. 363-364; *Commentaire du Protocole additionnel I*, *op. cit.* (note 17), Article 38, pp. 456-457 (par. 1538-1539). Voir également l’article 4 du Règlement sur l’usage de l’emblème de la croix rouge ou du croissant rouge par les Sociétés nationales.

31 Pour le texte de ces deux Résolutions, *cf. Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Treizième édition, Genève, mars 1994, pp. 750-751.

non être déployé. Finalement, surtout en cas de silence de la législation interne, l'accord (ou non) de la Société nationale hôte servira de critère déterminant.

Reconnaissant les difficultés que l'utilisation des signes distinctifs existants peut poser à certains États et à certaines Sociétés nationales;

Ces difficultés ont déjà été brièvement évoquées dans l'introduction et le commentaire du second paragraphe du préambule. Elles tiennent essentiellement à la perception religieuse ou politique qui est parfois attachée de manière erronée à la croix rouge et au croissant rouge ainsi qu'à la difficulté de certaines Sociétés nationales à choisir entre l'un ou l'autre des emblèmes déjà reconnus par les Conventions de Genève. Le neuvième paragraphe du préambule constate simplement ce fait sans y apporter un quelconque jugement de valeur.

Notant la détermination du Comité international de la Croix-Rouge, de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge de conserver leurs noms et leurs signes distinctifs actuels;

Le dernier paragraphe du préambule prend acte du fait que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (la Fédération), et le Mouvement sont résolus, à l'heure actuelle, à ne modifier ni leurs noms ni leurs signes distinctifs respectifs. Ce constat n'empêche toutefois pas que le CICR et la Fédération internationale, en tant que composantes internationales du Mouvement, puissent faire usage de l'emblème du troisième Protocole dans certaines circonstances exceptionnelles explicitées dans le dispositif (voir notamment l'article 4 du Protocole additionnel III).

Les éventuelles modifications de dénomination et d'emblème seront donc limitées aux seules Sociétés nationales qui opteront pour l'utilisation du cristal rouge. A cet égard, il est à souligner que l'adoption du Protocole additionnel III a logiquement conduit à une modification des Statuts du Mouvement afin de permettre aux Sociétés nationales d'utiliser le nom et le signe distinctif dérivés de cet instrument ou une combinaison d'emblème (à titre indicatif) suivant les conditions énoncées à l'article 3³². D'autres documents, tels que le Règlement sur l'usage de l'emblème de la croix rouge ou du croissant rouge par les Sociétés nationales devront également faire l'objet d'amendement suite à l'adoption du Protocole additionnel III.

Sont convenues de ce qui suit:

Le corps du texte est composé de 17 articles qui se suivent sans être divisés en Titre, Section et Chapitre, contrairement aux Conventions de Genève de 1949

32 La 29^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge adopta le 22 juin 2006 une Résolution 1 qui adapte les Statuts du Mouvement au Protocole additionnel III. En particulier, il n'est désormais plus exigé qu'une Société nationale fasse usage de la dénomination et de l'emblème de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge conformément aux Conventions de Genève pour être reconnue; l'article 4, paragraphe 5, impose désormais qu'elle fasse usage «d'un nom et d'un emblème distinctif conformes aux dispositions des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels à ces Conventions».

et à leurs Protocoles additionnels de 1977. Les sept premiers articles visent la substance alors que les dix derniers sont consacrés à ce que l'on regroupe traditionnellement en droit des traités sous la formule générique de «dispositions finales». Ces dernières sont très largement inspirées (pour ne pas dire calquées) sur le texte des Conventions et des Protocoles additionnels I et II; elles ne feront donc l'objet que de commentaires très brefs indiquant éventuellement les divergences par rapport aux textes de 1949 et de 1977 et explicitant ces différences. En revanche, les commentaires accompagnant les dispositions de fond seront plus détaillés.

Article 1 – Respect et champ d'application du présent Protocole

1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter le présent Protocole en toutes circonstances.

Cet alinéa est repris textuellement de l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève ainsi que de l'article 1, paragraphe 1, du Protocole additionnel I. Son interprétation n'appelle aucune observation spécifique dans le contexte du Protocole additionnel III, si bien qu'il suffit ici de renvoyer le lecteur aux Commentaires des Conventions et du Protocole additionnel I afférents à ces dispositions³³.

2. Le présent Protocole réaffirme et complète les dispositions des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (ci-après «les Conventions de Genève») et, le cas échéant, de leurs deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 (ci-après «les Protocoles additionnels de 1977») relatives aux signes distinctifs, à savoir la croix rouge, le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge, et s'applique dans les mêmes circonstances que celles auxquelles il est fait référence dans ces dispositions.

Le second paragraphe de l'article 1 reprend en grande partie le premier considérant du préambule. Il réitère, dans le dispositif, l'objectif visé par le Protocole additionnel III, à savoir réaffirmer la pertinence des dispositions des quatre Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels de 1977 concernant les signes distinctifs tout en développant le droit applicable en la matière. Ce paragraphe clarifie également le fait que le Protocole additionnel complète simplement les dispositions des autres instruments pertinents et ne les remplace point.

Le principal intérêt de ce paragraphe se situe dans la définition du champ d'application (en particulier temporel) du Protocole additionnel III par renvoi aux dispositions pertinentes des Conventions et des deux Protocoles additionnels de 1977. Le Protocole additionnel III s'applique donc en situation de conflit armé quelle qu'en soit la qualification juridique, international ou non international. A cet égard, il est toutefois notable que les règles relatives

³³ Voir en particulier le *Commentaire du Protocole additionnel I*, CICR, Genève, 1986, pp. 34-38 (par. 36-51).

à l’emblème font parties des «dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix» – pour reprendre ici les termes de l’article 2 commun des Conventions de Genève. Leur application n’est donc pas subordonnée à l’existence d’un conflit armé.

Article 2 – Signes distinctifs

L’expression «signes distinctifs» est tirée de la mention, à l’article 38 de la Convention (I) de Genève, de la croix rouge comme «emblème et signe distinctif du Service sanitaire des armées». L’article 8, alinéa (I), du Protocole additionnel I utilise la même expression et la définit comme le «signe distinctif de la croix rouge, du croissant rouge ou du lion-et-soleil rouge, sur fond blanc, quand il est utilisé pour la protection des unités et moyens de transport sanitaires et du personnel sanitaire et religieux et de son matériel». Même si l’article 8 *in limine* restreint la portée de cette terminologie aux seules fins du Protocole additionnel I, rien n’indique que le Protocole additionnel III ait entendu cette locution dans un sens différent. Il en découle que la disposition ici commentée se consacre à l’usage protecteur des emblèmes.

1. Le présent Protocole reconnaît un signe distinctif additionnel en plus des signes distinctifs des Conventions de Genève et aux mêmes fins. Les signes distinctifs ont le même statut.

Le premier paragraphe de l’article 2 institue un signe distinctif additionnel à côté de ceux déjà reconnus par les Conventions de Genève de 1949 et précise clairement que ce signe additionnel présente une finalité identique à celle de ces devanciers. Il ne s’agit là que d’une répétition du but affiché, dès son titre, par le Protocole additionnel III.

Très courte, la seconde phrase de cet alinéa consacre une évolution du droit conventionnel. En effet, l’article 38 de la Convention (I) de Genève établissait une forme de hiérarchie entre les emblèmes reconnus puisque le signe de la croix rouge était considéré comme étant la règle, le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge n’étant admis qu’à titre de signes d’exception. Comme précisé dans l’introduction, le statut de ces deux derniers signes différait clairement par rapport à la croix rouge en ce que les négociateurs n’admirent leur reconnaissance qu’au profit des seuls États qui les utilisaient déjà (à l’exclusion donc de tout nouvel État)³⁴. Ce rang particulier attribué à la croix rouge explique d’ailleurs que le titre du Chapitre VII de la Convention (I) de Genève de 1949 se réfère au signe distinctif au singulier. Pourtant, la pratique a progressivement contribué à établir *de facto* ces signes distinctifs sur un pied d’égalité. C’est cette évolution que consacre explicitement le présent alinéa qui admet une égalité de statut juridique entre les différents emblèmes, y compris le signe distinctif additionnel prévu dans ce Protocole, et explique que le titre de

34 Cf. *supra*, p. 2.

l'article 2 du Protocole additionnel III utilise logiquement le pluriel pour désigner les signes distinctifs.

2. Ce signe distinctif additionnel, composé d'un cadre rouge, ayant la forme d'un carré posé sur la pointe, sur fond blanc est conforme à l'illustration figurant dans l'annexe au présent Protocole. Dans ce Protocole, il est fait référence à ce signe distinctif en tant qu'«emblème du troisième Protocole».

L'article 2, paragraphe 2, donne la description officielle de la forme choisie pour l'emblème additionnel. Un renvoi est effectué à l'annexe dans laquelle un modèle graphique est reproduit pour guider les Hautes Parties contractantes souhaitant utiliser le nouveau signe distinctif. Le choix de ce signe est le fruit d'un long processus de réflexion et de recherche, comprenant des tests de visibilité menés par les forces armées suisses. Les critères principaux ayant présidé à la sélection de ce graphisme se résument à sa simplicité, sa possibilité de reconnaissance à distance (notamment depuis les airs)³⁵ ainsi que son absence de toute connotation religieuse, ethnique, raciale, régionale ou politique.

Si la configuration de l'emblème additionnel faisait – au moment de l'adoption du Protocole – l'objet d'un vaste consensus, son nom n'avait pas encore été définitivement arrêté, d'où sa désignation provisoire dans le texte comme «l'emblème du troisième Protocole». Le nom de l'emblème additionnel doit répondre à des critères très précis. Bien sûr, il doit être dépourvu de toute signification notamment au plan religieux et politique. Mais il doit aussi être neutre sur le plan linguistique et, si possible, facile à prononcer en tout cas dans les trois langues statutaires du Mouvement (anglais, espagnol, français) et de nombreuses autres langues dont les langues officielles des Nations Unies (notamment l'arabe, le chinois et le russe)³⁶. Un autre élément à prendre en compte est la possibilité de l'accoler facilement aux noms des emblèmes existants. Enfin, il doit être court, facile à mémoriser et renvoyer une image dynamique mais tout en maintenant une certaine gravité.

Sur cette base, un accord s'est dégagé autour de l'appellation «cristal rouge» («red crystal» en anglais et «cristal rojo» en espagnol). Le cristal est un signe de pureté, fréquemment associé à l'eau qui constitue un élément essentiel à toute vie humaine³⁷. Cet accord est consacré dans la Résolution 1 adoptée le 22 juin 2006 par la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge³⁸.

35 Le graphisme initialement envisagé se limitait à un simple carré rouge posé sur la pointe. Mais des tests effectués par l'armée suisse du 21 au 23 août 2000 avec le support du CICR démontrèrent que la visibilité de ce carré rouge serait légèrement inférieure à celle de la croix rouge et du croissant rouge dans certaines circonstances précises (notamment en cas d'observation à l'aide d'une caméra à imagerie thermique). L'introduction d'un carré blanc au centre du carré rouge fut alors recommandée et de nouveaux tests de visibilité, effectués du 21 au 27 août 2001, conclurent que ce nouvel emblème serait, dans tous les cas, aussi facilement identifiable que ceux reconnus par les Conventions de Genève de 1949.

36 L'article 17 indique d'ailleurs que le Protocole additionnel III est adopté en six langues (anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe) et que les six textes sont également authentiques.

37 Cf. Meyer, Michael, *op. cit.* (note 23), p. 98.

38 Dans le second paragraphe de cette Résolution, la XXIX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge «décide» que l'emblème du Protocole III portera désormais la dénomination de «cristal rouge».

3. Les conditions d'utilisation et de respect de l'emblème du troisième Protocole sont identiques à celles établies pour les signes distinctifs par les Conventions de Genève et, le cas échéant, par leurs Protocoles additionnels de 1977.

Alors que le premier paragraphe indiquait une unité de finalité et de statut entre le cristal rouge et les emblèmes déjà consacrés dans les Conventions de Genève de 1949, le troisième paragraphe poursuit dans une même lignée en stipulant une identité dans les conditions d'utilisation et de respect. En d'autres termes, le présent Protocole ne prétend pas amender les modalités actuelles d'usage des signes distinctifs, ni en permettant à d'autres catégories de personnes de l'utiliser, ni en élargissant leur protection à d'autres catégories de personnes ou d'objets, ni – enfin – en modifiant les conditions de leur respect et de leur protection.

Sans reprendre en détail ces règles régissant les conditions d'utilisation et de respect de l'emblème, rappelons simplement que le cristal rouge ne pourra être utilisé à titre protecteur en période de conflit armé que pour marquer un nombre limité de personnes et de biens. Il s'agit avant tout des services sanitaires des forces armées. Cette notion de services sanitaires n'est pas précisément définie, bien qu'elle soit utilisée à diverses reprises dans les Conventions de Genève et leur Protocole additionnel I³⁹. On considère en général qu'elle désigne un ensemble constitué par :

- le personnel sanitaire c'est-à-dire le personnel exclusivement affecté, d'une manière permanente ou temporaire, aux fins sanitaires ou à l'administration des unités sanitaires, ou encore au fonctionnement et/ou à l'administration de moyens de transport sanitaires;
- les unités sanitaires, fixes ou mobiles, permanentes ou temporaires, d'une Partie au conflit ou mises à la disposition d'une Partie au conflit;
- les moyens de transport sanitaires, permanents ou temporaires, affectés exclusivement au transport sanitaire et placés sous la direction d'une autorité compétente d'une Partie au conflit; et
- le matériel sanitaire des unités sanitaires, des moyens de transport sanitaires, et du personnel sanitaire⁴⁰.

Le personnel religieux attaché aux forces armées peut également arborer l'emblème à titre protecteur. L'expression «personnel religieux» recoupe les personnes, telles que les aumôniers, qui sont exclusivement vouées à leur ministère et attachées d'une manière permanente ou temporaire aux forces armées ou aux unités sanitaires d'une Partie au conflit ou mises à la disposition d'une Partie au conflit⁴¹.

39 Cette expression figure également au paragraphe suivant de cet article 2 du Protocole additionnel III ainsi qu'à l'article 5.

40 Cette liste précisant la notion de services sanitaires est tirée de: Verri, Pietro, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, CICR, Genève, 1988, p. 113 et Bouchet-Saulnier, Françoise, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, 3^e édition (mise à jour et augmentée), La découverte, Paris, 2006, p. 497. Pour les définitions du personnel, des unités et des moyens de transport sanitaires, voir l'article 8 respectivement (c), (e) et (g) du Protocole additionnel I.

41 Voir l'article 40 de la Convention (I) de Genève et 18, paragraphe 1, du Protocole additionnel I. Pour la définition du personnel religieux, cf. l'article 8 (d) du Protocole additionnel I. Cette dernière disposition précise que le personnel religieux peut également être attaché aux organismes de protection civile d'une Partie au conflit.

L'usage protecteur de l'emblème n'est cependant pas restreint aux seuls services sanitaires et religieux des forces armées. En effet, la Convention (IV) de Genève mentionne que, sous certaines conditions strictement définies, les hôpitaux civils ainsi que le personnel régulièrement et uniquement affecté au fonctionnement ou à l'administration de ces hôpitaux⁴², pourront également faire usage des signes distinctifs. Le Protocole additionnel I va, par la suite, passablement élargir cette liste des entités civiles habilitées à arborer l'emblème en octroyant ce droit – là encore sous certaines conditions strictement définies – au personnel sanitaire et religieux, aux unités et aux moyens de transport sanitaires civils⁴³.

Les Conventions de Genève accordent aussi aux organismes internationaux du Mouvement ainsi qu'à leur personnel dûment légitimé le droit d'utiliser les emblèmes dans une finalité protectrice (mais sur ce point voir l'article 4 du Protocole additionnel III). Elles précisent en sus que les sociétés de secours (telles que les Sociétés nationales de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge) sont également autorisées – en cas d'urgence – à utiliser l'emblème de leur propre initiative lorsqu'elles sont occupées à recueillir blessés, malades et naufragés et à leur prodiguer des soins. La Convention impose toutefois que ces Sociétés soient dûment reconnues et autorisées par leur gouvernement et limite l'usage de l'emblème à titre protecteur au personnel employé aux mêmes fonctions que le personnel sanitaire des forces armées à condition qu'il soit soumis aux lois et règlements militaires⁴⁴. Dans cette dernière hypothèse, l'État doit continuer à veiller à la répression des abus.

Pour finir, les Conventions de Genève achèvent cette liste des personnes et entités habilitées à utiliser l'emblème à titre protecteur en y intégrant les zones et localités sanitaires créées sur le territoire d'une Partie au conflit pour mettre à l'abri des effets de la guerre les blessés et les malades. En effet, le projet d'accord qui figure en annexe 1 de la Convention (I) de Genève envisage la possibilité d'apposer des emblèmes à la périphérie de ces zones et localités sanitaires ainsi que sur les bâtiments.

4. Les services sanitaires et le personnel religieux des forces armées des Hautes Parties Contractantes pourront, sans porter atteinte à leurs emblèmes actuels, utiliser à titre temporaire tout signe distinctif mentionné dans

42 L'article 18, paragraphe 3, de la Convention (IV) de Genève exige cependant l'autorisation de l'État pour qu'un hôpital civil (reconnu en tant que tel par les autorités) puisse s'identifier au moyen du signe distinctif. L'article 20, paragraphe 3, de cette même Convention restreint géographiquement la possibilité d'identification du personnel sanitaire et religieux civil au moyen de l'emblème aux seuls «territoires occupés et (...) zones d'opérations militaires».

43 Le Protocole additionnel I reprend pour une large part les conditions déjà posées par la Convention (IV) de Genève. En effet, en ce qui concerne les unités et moyens de transport sanitaires, qu'ils soient civils ou militaires, l'article 18, paragraphe 4, requiert le consentement de l'autorité compétente pour les marquer du signe distinctif. L'article 18, paragraphe 3, n'autorise l'identification du personnel sanitaire et religieux civil au moyen de l'emblème que «dans les territoires occupés et dans les zones où des combats se déroulent ou semblent devoir se dérouler».

44 Voir l'article 40 la Convention (I) de Genève.

le paragraphe 1 du présent article, si cette utilisation est susceptible de renforcer leur protection.

Cette disposition vient combler une lacune du droit conventionnel. En effet, le droit positif ne précise pas si les services sanitaires et le personnel religieux des forces armées des Hautes Parties contractantes peuvent utiliser un signe distinctif prévu par les Conventions de Genève autre que celui qu'elles utilisent habituellement (par exemple la croix rouge à la place du croissant rouge ou le croissant rouge à la place de la croix rouge). Grâce au paragraphe 4, cette possibilité est affirmée dès lors que l'utilisation est susceptible de renforcer leur protection. Cette souplesse d'utilisation, qui vise autant les emblèmes reconnus en 1949 que l'emblème additionnel du troisième Protocole – devrait d'ailleurs consolider l'égalité de statut des signes distinctifs.

Il reste que cet alinéa doit se comprendre uniquement comme autorisant à remplacer l'emblème habituellement utilisé par un (seul) autre des signes distinctifs reconnus; il ne peut donc être interprété comme admettant de substituer à cet emblème habituel une combinaison de plusieurs signes distinctifs côte à côte. Cette conclusion découle logiquement de l'emploi du singulier dans l'expression «*tout signe distinctif*» utilisée pour décrire le signe retenu à titre temporaire. D'ailleurs une lecture de cet alinéa comme acceptant temporairement un usage cumulatif des emblèmes reconnus représenterait une innovation significative du droit antérieur incompatible avec le paragraphe 3 selon lequel le Protocole additionnel III n'entend pas modifier les conditions d'utilisation et de respect des emblèmes reconnus.

Article 3 – Usage indicatif de l'emblème du troisième Protocole

1. Les Sociétés nationales des Hautes Parties contractantes qui décideront d'utiliser l'emblème du troisième Protocole pourront, lorsqu'elles utiliseront cet emblème conformément à la législation nationale pertinente, choisir d'y incorporer, à titre indicatif:

- a) un signe distinctif reconnu par les Conventions de Genève ou une combinaison de ces emblèmes, ou***
- b) un autre emblème qu'une Haute Partie contractante a effectivement utilisé et qui a fait l'objet d'une communication aux autres Hautes Parties contractantes et au Comité international de la Croix-Rouge par l'intermédiaire du dépositaire avant l'adoption du présent Protocole.***
L'incorporation devra être réalisée conformément à l'illustration présentée dans l'annexe au présent Protocole.

Une Société nationale pourra choisir d'utiliser le cristal rouge à titre indicatif⁴⁵. Il suffira pour cela que l'État Partie au Protocole Additionnel III adapte sa

⁴⁵ La possibilité d'utiliser le cristal rouge seul (sans incorporation d'autres emblèmes) à titre indicatif ne découle que de manière implicite du texte de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole additionnel III. Elle est toutefois explicitement confirmée par l'annexe de ce Protocole qui mentionne cette possibilité à son article 2.

législation nationale réglementant l'usage de l'emblème afin de mettre en oeuvre les dispositions du Protocole additionnel III.



L'article 3, paragraphe 1, offre en plus deux possibilités originales. En premier lieu, les Sociétés nationales peuvent choisir d'utiliser cet emblème additionnel en incorporant en son sein l'un ou une combinaison des emblèmes déjà existants de 1949⁴⁶. Cette incorporation, prévue à l'alinéa a) n'est soumise à aucune condition particulière. Sans prétendre à l'exhaustivité, les principales options graphiques sont alors les suivantes⁴⁷:



En second lieu, l'alinéa b) accorde une place particulière à un «autre» emblème qui pourra également être incorporé à l'emblème du troisième Protocole sous réserve toutefois que deux conditions cumulatives – l'une de fond et l'autre de forme – soient remplies. La condition de fond impose que cet autre emblème ait été effectivement utilisé par une Haute Partie contractante de manière régulière pendant une période suffisamment longue pour être reconnu comme l'emblème de la Société – tel est le sens de l'expression «effectivement utilisé»; la condition de forme requiert qu'il ait fait l'objet, avant l'adoption du Protocole additionnel III, d'une communication aux Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève ainsi qu'au CICR par l'intermédiaire du dépositaire. Le seul emblème susceptible de répondre en pratique

⁴⁶ Une version antérieure du Protocole additionnel III indiquait précisément les dimensions de l'emblème (ou des emblèmes) incorporé(s) au sein du cristal rouge. Mais cette disposition fut finalement considérée comme superflue et supprimée du texte du traité. Une brochure intitulée «*Les emblèmes de la croix rouge, du croissant rouge, du cristal rouge – charte graphique*» (juin 2006), rédigée sous l'égide de la Fédération internationale, précise les spécifications graphiques des emblèmes reconnus par les Conventions de Genève, y inclus l'emblème du troisième Protocole (disponible sur le site Internet de la Fédération à l'adresse suivante: <http://www.ifrc.org/fr/who/emblem.asp>, consulté le 27 Juillet 2007). L'usage d'un graphisme distinct de ceux recommandés dans cette brochure ne peut pas suffire à altérer la valeur protectrice ou indicative de l'emblème, et en aucun cas justifier une attaque.

⁴⁷ Les options graphiques incorporant le lion-et-soleil rouge à l'intérieur du cristal ne sont pas ici reproduites.

à ces deux conditions est le bouclier rouge de David. Cet emblème est utilisé par la Société nationale israélienne (*Magen David Adom* en Israël) depuis le début des années trente; il a en outre fait l'objet d'une communication par l'intermédiaire du depositaire lorsque ce dernier a transmis aux Hautes Parties contractantes et au CICR la réserve de l'État d'Israël formulée au moment du dépôt des instruments de ratification le 6 juillet 1951⁴⁸. Il résulte de cette disposition que le bouclier rouge de David est le seul autre emblème susceptible d'inclusion dans l'emblème du troisième Protocole.



Le titre de l'article 3 est sans ambiguïté quant au fait que les possibles incorporations sont restreintes aux seuls usages indicatifs. En revanche, dans l'hypothèse d'un usage protecteur, l'article 2 du Protocole additionnel III impose d'utiliser le cristal rouge sans incorporation, ce qui s'explique aisément par le fait que c'est le cristal rouge qui est reconnu comme emblème additionnel et aucun autre signe. La raison est également d'ordre pratique, les tests de visibilité ayant révélé que le cadre blanc inséré à l'intérieur du cristal rouge était important afin d'assurer une bonne visibilité à distance de cet emblème et en conséquence une protection plus efficace⁴⁹.

2. Une Société nationale qui choisit d'incorporer à l'intérieur de l'emblème du troisième Protocole un autre emblème, conformément au paragraphe 1 du présent article, peut, en conformité avec la législation nationale, utiliser la dénomination de cet emblème et arborer cet emblème sur son territoire national.

Sous réserve du respect de certaines conditions, le paragraphe 2 donne la possibilité à une Société nationale qui aurait décidé l'incorporation d'un ou de plusieurs emblèmes définis au paragraphe 1 a) ou b) à l'intérieur de l'emblème du troisième Protocole, de faire usage du seul nom et de la représentation sans intégration de cet ou ces autres emblèmes. Par exemple, une Société nationale qui aurait décidé d'intégrer la croix rouge et le croissant rouge dans le cristal rouge pourrait – sous certaines conditions – utiliser ces deux emblèmes accolés sans avoir à les intégrer dans le cadre du cristal rouge.

48 Cette réserve indique que «tout en respectant l'inviolabilité des emblèmes et des signes distinctifs de la Convention, Israël se servira du Bouclier Rouge de David comme emblème et signe distinctif du service sanitaire de ses forces armées».

49 A cet égard, rappelons que l'article 5 du Règlement sur l'usage de l'emblème par les Sociétés nationales stipule que l'emblème (en l'occurrence la croix rouge ou le croissant rouge sur fond blanc) utilisé à titre protecteur conservera toujours la forme pure, c'est-à-dire qu'il ne comportera aucune adjonction, ni sur la croix ou le croissant, ni sur le fond blanc.

La formule utilisée dans le paragraphe 2 de l'article 3 dissocie la dénomination de cet ou ces emblèmes – qui est autorisée apparemment sans restriction – et la possibilité de les arborer qui est limitée à l'assiette territoriale de l'État. Sur cette base, aucune objection ne peut être soulevée à l'utilisation par une Société nationale de la dénomination des emblèmes prévus au paragraphe 1 a) ou b), que ce soit sur le territoire de l'État ou à l'étranger. De même, aucune objection ne peut être soulevée à l'utilisation de ces emblèmes – même s'ils ne sont pas incorporés dans l'emblème du troisième Protocole – mais uniquement sur le territoire de l'État d'origine de la Société nationale en cause. En revanche, l'usage de ces emblèmes n'est pas prévu en dehors du territoire national. En d'autres termes, dès lors que ladite Société nationale mène des activités hors de ses frontières, elle devrait incorporer l'emblème ou la combinaison d'emblèmes à l'intérieur du cristal rouge.

Il en résulte concrètement que la croix rouge et le croissant rouge, ainsi que le lion-et-soleil rouge – emblèmes reconnus par les Conventions de Genève – peuvent traditionnellement être utilisés sur un territoire étranger par une Société nationale qui aurait choisi l'un d'eux comme son emblème. En revanche, dès lors qu'une Société nationale a décidé d'intégrer l'un ou une combinaison de ces emblèmes ou un « autre » emblème au sens de l'article 3 paragraphe 1 b) au sein de l'emblème du troisième Protocole, elle ne pourra agir en dehors de son territoire qu'en intégrant ledit emblème à l'intérieur du cristal rouge. Dans toutes les hypothèses, il est utile de rappeler que les emblèmes ne peuvent être utilisés, même incorporés à l'emblème du troisième Protocole, qu'en suivant les règles du Mouvement telles que rappelées dans le commentaire du paragraphe 8 du préambule.

Enfin, il est à souligner que le territoire national – élément constitutif de l'État – correspond à une notion établie en droit international public⁵⁰. L'article 3, paragraphe 2, du Protocole additionnel III n'a pas la volonté de se départir de l'acception classique de cette notion de base et il n'est ni dans son objet ni dans son but d'en rappeler le contenu.

3. Les Sociétés nationales peuvent, en conformité avec leur législation nationale et dans des circonstances exceptionnelles, et pour faciliter leur travail, utiliser à titre temporaire le signe distinctif mentionné à l'article 2 du présent Protocole.

Ce paragraphe est le pendant – dans le cadre d'un usage indicatif – de l'article 2, paragraphe 4, qui concernait l'usage protecteur. Cette disposition autorise en effet une Société nationale, quel que soit l'emblème dont elle s'est doté, à faire usage de l'emblème du troisième Protocole. Il est toutefois intéressant de souligner que cette disposition accorde aux Sociétés nationales la possibilité d'utiliser uniquement le cristal rouge alors que l'article 2, paragraphe 4, prévoit de manière plus large la possibilité pour l'État de recourir également à l'un des

⁵⁰ Il est également fait référence à la notion de territoire dans le contexte de la croix rouge et du croissant rouge, à l'article 4 des Statuts du mouvement.

emblèmes reconnus par les Conventions de Genève autre que l'emblème traditionnellement utilisé par les services sanitaires et le personnel religieux des forces armées.

Une autre différence avec l'article 2, paragraphe 4, tient aux conditions relativement strictes posées par l'article 3, paragraphe 3, à l'emprunt de cette solution. D'abord, l'usage du cristal rouge doit être conforme à la législation nationale. Ensuite, cette option doit répondre à une conjoncture exceptionnelle; avec pour conséquence que le cristal rouge ne peut être utilisé dans ce contexte que de manière temporaire, un retour à l'emblème habituel de la Société nationale devant être effectué dès que ces circonstances exceptionnelles disparaissent⁵¹. Enfin, une dernière condition est prévue en terme de finalité de la démarche, à savoir faciliter le travail de la Société nationale. Ces trois conditions sont cumulatives. Il est difficile de préciser à l'avance les situations dans lesquelles ces critères seraient réunis. Il convient toutefois de souligner qu'il n'y avait apparemment aucune volonté de la part des rédacteurs du texte de restreindre indûment l'application de cette disposition; ils souhaitaient toutefois garantir que l'article 3, paragraphe 3, ne puisse être interprété comme autorisant la substitution permanente du cristal rouge à un emblème traditionnel de la Société nationale.

Quoique cette éventualité ne figure pas explicitement dans le Protocole additionnel III, il est raisonnable d'imaginer qu'une Société nationale puisse être conduite à faire un usage temporaire du cristal rouge à titre protecteur lorsqu'elle est appelée à mettre son personnel, ses unités et/ou ses moyens de transport à la disposition des forces armées. Les services sanitaires des forces armées étant en droit d'utiliser cet emblème en vertu de l'article 2, paragraphe 4, on conçoit mal que les Sociétés nationales ne puissent être habilitées à faire usage du signe distinctif afin de marquer et identifier leur personnel mis à disposition des services sanitaires des forces armées.

4. Le présent article n'affecte pas le statut légal des signes distinctifs reconnus dans les Conventions de Genève et dans le présent Protocole; il n'affecte pas non plus le statut légal de tout emblème particulier lorsque celui-ci est incorporé à titre indicatif conformément au paragraphe 1 du présent article.

L'article 3, paragraphe 4, contient une clause de sauvegarde réservant le statut juridique des signes distinctifs qui sont reconnus aussi bien dans les Conventions de Genève que dans le Protocole additionnel III. Leur statut ne saurait donc en aucun cas être affecté par le contenu de cet article. Cette disposition précise enfin que les autres emblèmes incorporés à l'intérieur du cristal rouge conformément au paragraphe 1 – dont l'usage est autorisé sans incorporation uniquement sur le territoire national – n'acquièrent pas de ce simple fait

51 La question se pose de savoir ce que recouvre ce concept de circonstances exceptionnelles (que l'on retrouve également à l'article 4 du Protocole additionnel III). A cet égard, un parallèle pourrait être tracé avec l'article 2, paragraphe 4, qui, certes, n'utilise pas ce terme mais se réfère au besoin de renforcer la protection. A défaut de plus amples précisions, les termes utilisés laissent entendre qu'il ne s'agit que de circonstances restrictives.

un statut juridique spécial en droit international. En clair, cette précision fut incluse pour répondre aux craintes de voir cette disposition interprétée comme octroyant au double emblème comme décrit à l'article 3, paragraphe 1, ou au bouclier rouge de David une reconnaissance dépassant le cadre ici posé.

Article 4 - Comité international de la Croix-Rouge et Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge

Le Comité international de la Croix-Rouge et la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, ainsi que leur personnel dûment autorisé, pourront, dans des circonstances exceptionnelles et pour faciliter leur travail, faire usage du signe distinctif mentionné à l'article 2 du présent Protocole.

L'article 44, alinéa 3, de la Convention (I) de Genève autorise les organismes internationaux de la Croix-Rouge et leur personnel dûment autorisé à se servir en tout temps du signe de la croix rouge. Un projet antérieur du Protocole additionnel III était rédigé suivant une même logique et autorisait les composantes internationales du Mouvement à se servir, en tout temps, de l'emblème du troisième Protocole.

Mais, dans sa rédaction finale, l'article 4 suit une dialectique distincte. Il doit se lire en parallèle avec le dernier paragraphe du préambule (qui ne figurait pas dans les versions antérieures) indiquant la détermination du CICR, de la Fédération internationale et du Mouvement de conserver en l'état leurs noms et leurs signes distinctifs. Dans ce contexte, l'article 4 autorise toutefois ces composantes à recourir au cristal rouge mais en reprenant les deux conditions déjà stipulées à l'article 3, paragraphe 3, que sont l'exigence de circonstances exceptionnelles et la recherche d'une facilitation de leur travail⁵².

Article 5 - Missions placées sous les auspices des Nations Unies

Les services sanitaires et le personnel religieux participant à des opérations placées sous les auspices des Nations Unies peuvent, avec l'accord des États participants, utiliser l'un des signes distinctifs mentionnés aux articles 1 et 2.

L'article 5 du projet de Protocole additionnel III en date du 5 juillet 2000 était intitulé «Opération de paix». Ce titre a soulevé des objections au motif qu'il pourrait être interprété comme excluant du champ d'application de cette disposition certaines opérations menées ou autorisées par le Conseil de sécurité des Nations Unies en application du chapitre VII de la Charte. Certains États ont

⁵² Les conditions d'une utilisation exceptionnelle de l'emblème du troisième Protocole par les Sociétés nationales (prévues à l'article 3, paragraphe 3) diffèrent de celles prévues pour une utilisation exceptionnelle par le CICR et la Fédération (dans l'article 4). En effet, l'article 3, paragraphe 3, se réfère à une utilisation à titre temporaire par les Sociétés nationales, condition qui ne s'impose pas au CICR et à la Fédération en vertu de l'article 4. De plus, l'article 4 ne stipule pas une obligation de respect de la législation nationale.

donc proposé de renommer l'article 5 en utilisant la formule classique d'opérations de «maintien de la paix», d'autres préférant l'expression d'opérations placées «sous les auspices» des Nations Unies qui a été finalement été retenue.

S'il faut bien admettre que cette locution de «Missions placées sous les auspices des Nations Unies» n'est pas juridiquement consacrée, les travaux préparatoires tendent à démontrer qu'elle entend couvrir les différentes générations d'opérations de maintien de la paix. Elle inclut donc les opérations qui répondent à une acception traditionnelle du maintien de la paix consistant pour l'essentiel à assurer la séparation des parties belligérantes le long d'une ligne de cessez-le-feu suivant trois principes de base que sont l'impartialité, le consentement des parties au conflit et le recours minimum à la force. Mais elle comprend également les opérations autrement plus complexes ayant émergé depuis la fin de la guerre froide et qui impliquent une conjonction d'activités de nature militaire aussi bien que civile – par exemple pour promouvoir la reconstruction et la création d'institutions dans des sociétés dévastées par la guerre. Dans ces conditions, il n'est pas exclu que des opérations de rétablissement ou d'imposition de la paix soient également couvertes.

A noter toutefois que le champ d'application de l'article 5 reste limité aux seules forces agissant sous les auspices des Nations Unies; contrairement au projet de Protocole additionnel III de juillet 2000, cette disposition ne vise donc point les missions conduites par, ou sous les auspices, d'autres organisations internationales universelles ou régionales (tel que l'OTAN ou l'ECOMOG par exemple)⁵³.

Quant au fond, rappelons simplement que l'Organisation des Nations Unies, qui n'est pas formellement Parties aux Conventions de Genève, n'est donc pas autorisée à utiliser les emblèmes reconnus par lesdites Conventions et leurs Protocoles additionnels. Toutefois, lorsque l'Organisation agit à travers les forces armées nationales de ses États membres, il n'y a aucun doute que les services sanitaires et le personnel religieux des forces ont alors le droit d'utiliser les signes distinctifs – mais aussi l'obligation de les respecter. Ces règles, qui visent à améliorer la protection des victimes de conflits armés, sont d'ailleurs explicitement consacrées à l'article 9, paragraphe 7, de la Circulaire du Secrétaire général en date du 6 août 1999 intitulée «*Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies*»⁵⁴.

L'article 5 n'a pas pour objectif d'altérer la pratique généralement suivie en la matière selon laquelle le personnel sanitaire et religieux de chaque contingent participant à une opération menée sous les auspices des Nations Unies est libre

53 Une telle remarque n'empêche pas que les forces armées engagées dans des opérations qui ne sont pas conduites sous les auspices des Nations Unies puissent utiliser le cristal rouge en tant que contingent national.

54 L'article 9, paragraphe 7, de la Circulaire se lit comme suit: «La force des Nations Unies respecte en toutes circonstances les emblèmes de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Ces emblèmes ne peuvent être employés à d'autres fins que d'indiquer ou de protéger les formations sanitaires et les installations, le personnel et le matériel médicaux. Toute utilisation abusive des emblèmes de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge est interdite» (ST/SGB/1999/13, 6 août 1999).

d'utiliser son emblème traditionnel – croix rouge pour les uns, croissant rouge pour les autres⁵⁵. En effet, la formulation de cette disposition ne laisse aucun doute sur le fait qu'elle est conçue comme étant uniquement permissive; elle consacre simplement la possibilité pour les services sanitaires et le personnel religieux des Nations Unies de choisir, aux fins d'identification et de protection, un emblème unique qu'il s'agisse de l'un des signes distinctifs reconnus par les Conventions de 1949 ou du cristal rouge⁵⁶. Le choix de cet emblème unique reste toutefois subordonné à l'accord des États participant à la Force multinationale.

L'article 5 n'offre aucune précision quant aux raisons pouvant conduire les responsables d'une Force placée sous les auspices des Nations Unies à opter pour un emblème commun à l'ensemble du personnel sanitaire et religieux. Il peut s'agir, par exemple, de motivations tenant à la zone d'opération de la Force et qui conduisent à arborer l'emblème traditionnel du pays hôte – le mieux connu de la population civile et celui qui permet *a priori* d'assurer le meilleur respect de la part des Parties au conflit. Il peut également s'agir de critères tenant à la composition de la Force multinationale, le choix portant sur l'emblème utilisé par la majorité des troupes qui forment le contingent.

Dans de telles situations, un certain nombre d'États acceptent donc que leurs services sanitaires et religieux opèrent – dans un contexte précis – sous un emblème distinct de celui qu'ils utilisent habituellement. Cette situation ne pose guère problème dès lors qu'il s'agit d'utiliser la croix à la place du croissant rouge (ou vice-versa), ces emblèmes étant reconnus par les Conventions de Genève qui sont désormais universellement acceptées. Mais il est envisageable que la Force décide de regrouper ses services sanitaires et religieux sous l'emblème unique du cristal rouge alors qu'un ou plusieurs États participants à la Force ne sont pas liés par le Protocole additionnel III. Une telle situation ne poserait toutefois guère de difficultés sur le plan juridique puisque le consentement des États participants à la Force est requis à l'unification des services sanitaires et religieux sous un même signe distinctif. Or, rien n'empêche un État d'accepter, par le biais d'un accord spécifique avec les Nations Unies, d'utiliser le cristal rouge et de se considérer comme lié ponctuellement par le Protocole additionnel III pour un contexte particulier.

Article 6 – Prévention et répression des abus

1. Les dispositions des Conventions de Genève et, le cas échéant, des Protocoles additionnels de 1977 qui régissent la prévention et la répression des usages

55 Toute autre solution serait d'ailleurs en contradiction avec l'article 2, paragraphe 3, qui indique sans ambiguïté que le Protocole additionnel III n'intend pas modifier les conditions d'utilisation et de respect de l'emblème.

56 En fait, l'article 5 renvoie aux signes distinctifs mentionnés aux articles 1 et 2. A ce sujet, indiquons que si le renvoi à l'un des signes distinctifs mentionnés à l'article 2 est parfaitement logique, la référence à l'article premier peut en revanche paraître redondante. Elle s'explique simplement par des fins didactiques, les emblèmes reconnus par les Conventions de Genève de 1949 étant listés dans ce dernier article 1 (au paragraphe 2).

abusifs des signes distinctifs s'appliqueront de façon identique à l'emblème du troisième Protocole. En particulier, les Hautes Parties contractantes prendront les mesures nécessaires pour prévenir et réprimer, en tout temps, tout abus des signes distinctifs mentionnés dans les articles 1 et 2 et de leur dénomination, y compris leur usage perfide et l'utilisation de tout signe ou dénomination qui en constitue une imitation.

On retrouve à l'article 6, paragraphe 1, la volonté d'assurer pour le cristal rouge un régime identique à celui régissant les emblèmes déjà existants. En effet, cette disposition transpose à l'emblème du troisième Protocole les règles concernant la prévention et la répression des abus d'emblème telles que prévues dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977. En particulier, afin d'éviter les abus des signes distinctifs et de leur dénomination, les faire cesser ou punir leurs auteurs, les Hautes Parties contractantes doivent adopter des législations nationales adéquates⁵⁷. On peut ici se référer plus précisément aux articles 49, 53 et 54 de la Convention (I) de Genève, à l'article 50 de la Convention (II), ainsi qu'aux articles 18 et 85 du premier Protocole additionnel.

En l'espèce, rappelons simplement que tout usage qui n'est pas expressément autorisé par le droit international humanitaire est considéré comme abusif. Le texte de l'article 6, paragraphe 1, envisage explicitement deux types particuliers d'abus devant être prévenus ou réprimés. D'abord la perfidie, à savoir l'appel, avec l'intention de la tromper, à la bonne foi d'un adversaire afin de le tuer, le blesser ou le capturer en utilisant un signe distinctif pour feindre d'avoir un statut protégé⁵⁸; ensuite l'imitation qui consiste à utiliser un signe risquant de créer, par sa forme et/ou sa couleur, une confusion avec un signe distinctif. L'expression «*y compris*» démontre toutefois qu'il ne s'agit que d'exemples. Ainsi l'usurpation est également considérée comme un abus de l'emblème. Elle se définit comme l'usage d'un signe distinctif par des entités ou des personnes qui n'y ont pas droit (entreprises commerciales, pharmaciens, médecins privés, organisations non gouvernementales, simples particuliers, etc.) ou comme le fait, pour des personnes normalement autorisées à utiliser l'emblème, de le faire sans respecter les règles des Conventions et des Protocoles ou les Principes fondamentaux du Mouvement.

57 Les Services consultatifs du CICR, dans le but de faciliter et de soutenir la tâche des États dans l'élaboration d'une législation nationale, ont préparé une loi-type concernant l'utilisation et la protection de l'emblème de la croix rouge, du croissant rouge et du cristal rouge. Cette loi-type est disponible sur le site Internet du CICR à l'adresse suivante: <http://www.icrc.priv/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZG8V> (consulté le 27 juillet 2007). On renverra en outre utilement à la banque de données sur les mesures nationales des Services consultatifs où sont accessibles différentes législations et mesures nationales consacrées à l'utilisation et à la protection de l'emblème (accessible à l'adresse suivante: <http://www.gva.icrc.org/ihl-nat> (consulté le 27 juillet 2007)).

58 L'usage perfide de l'emblème peut constituer un crime de guerre à certaines conditions. Voir à cet égard l'article 85, paragraphe 3, alinéa f) du Protocole additionnel I qui liste comme une infraction grave le fait d'utiliser perfidement, en violation de l'article 37, le signe distinctif de la croix rouge, du croissant rouge ou du lion-et-soleil rouge lorsque cet acte est commis intentionnellement et qu'il entraîne la mort ou cause des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. Voir également l'article 8, paragraphe 2, alinéa b) vii), du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale.

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, les Hautes Parties contractantes pourront autoriser les usagers antérieurs de l'emblème du troisième Protocole, ou de tout signe qui en constitue une imitation, à poursuivre un tel usage, étant entendu que cet usage ne pourra apparaître, en temps de conflit armé, comme visant à conférer la protection des Conventions de Genève et, le cas échéant, des Protocoles additionnels de 1977, et pour autant que les droits autorisant cet usage aient été acquis avant l'adoption du présent Protocole.

L'article 6, paragraphe 2, s'applique à régler la délicate question de la portée dans le temps de l'interdiction des abus de l'emblème du troisième Protocole. Pour bien comprendre la solution consacrée par le Protocole additionnel III, il convient de la remettre en perspective en présentant les règles consacrées en la matière par la Convention (I) de Genève.

La Convention (I) de Genève consacre des régimes distincts pour la croix rouge d'une part, les deux autres signes distinctifs présentés comme signes d'exception d'autre part. En ce qui concerne la croix rouge, la Convention mentionne à son article 53, paragraphe 1, une portée absolue à l'interdiction d'abus en soulignant que les emplois de l'emblème ou de sa dénomination par des particuliers (autres que ceux qui y ont droit en vertu de la Convention) seront interdits en tout temps «quel que soit le but de cet emploi et quelle qu'ait pu être la date antérieure d'adoption». Le Commentaire indique on ne peut plus clairement à ce sujet: «Les marques de fabrique ou de commerce comportant la croix rouge doivent disparaître même si les firmes les utilisaient depuis un siècle. Des intérêts commerciaux, même les plus respectables, doivent céder le pas aux intérêts supérieurs de l'humanité, quoi qu'il puisse en coûter»⁵⁹. La Convention autorisait néanmoins les États – du moins ceux qui n'étaient pas parties à la Convention de Genève de 1929 – à accorder aux usagers antérieurs du signe distinctif un délai de trois ans pour en abandonner l'emploi. Cette clause de sauvegarde ne visait que les signes d'aspect purement indicatif à l'exclusion de ceux pouvant apparaître comme conférant, en période de conflit armé, une protection en vertu du droit international humanitaire.

Le quatrième alinéa de ce même article 53 prévoit en revanche une protection juridique autrement plus souple à ce sujet au profit du croissant rouge et du lion-et-soleil rouge. L'interdiction d'emploi de ces emblèmes ne s'applique en effet qu'aux personnes prétendant en user après l'entrée en vigueur de la Convention, à l'exclusion des usagers antérieurs considérés comme jouissant de droits acquis en la matière. Le Commentaire donne l'explication de cette différence de traitement lorsqu'il indique qu'il eut été impossible de faire disparaître, dans le monde entier, des signes qui ne sont employés comme symboles de neutralité que dans un nombre limité de pays.

Une version antérieure du Protocole additionnel III prévoyait la transition au profit du cristal rouge de la solution consacrée par la Convention (I) de Genève au bénéfice de la croix rouge, à savoir un délai de grâce de trois ans

⁵⁹ *Commentaire de l'article 53 de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 1958, p. 436.

accordé aux éventuels utilisateurs de ce signe ou de sa dénomination avant qu'ils ne doivent totalement l'abandonner. Cette approche fut toutefois écartée suite aux commentaires d'un certain nombre d'États qui invoquèrent son éventuelle incompatibilité avec les régimes nationaux, régionaux ou internationaux de protection de la propriété intellectuelle. La solution finalement préconisée par l'article 6, paragraphe 2, du Protocole additionnel III est donc identique à celle prévue à l'article 53, paragraphe 4, de la Convention (I) de 1949 pour le croissant rouge et le lion-et-soleil rouge.

Pour finir, soulignons que le second paragraphe de l'article 6 évoque uniquement la protection des droits acquis des usagers antérieurs de l'emblème du troisième Protocole, sans mentionner donc (contrairement au paragraphe 1) les utilisateurs de sa dénomination. Il convient pourtant de se garder d'une interprétation trop littérale de ce paragraphe; il n'existe aucune raison logique justifiant d'établir des régimes juridiques distincts entre les utilisateurs du signe et de sa dénomination qui est également protégée.

Article 7 – Diffusion

Les Hautes Parties contractantes s'engagent, en temps de paix comme en temps de conflit armé, à diffuser le présent Protocole le plus largement possible dans leurs pays respectifs et, en particulier, à en inclure l'étude dans les programmes d'instruction militaire et à en encourager l'étude par la population civile, de sorte que cet instrument puisse être connu des forces armées et de la population civile.

Sous réserve de quelques modifications formelles, l'article 7 du Protocole additionnel III reprend le texte de l'article 83, paragraphe 1, du Protocole additionnel I⁶⁰. L'obligation de diffusion contenue dans ces dispositions est conçue comme une mesure nécessaire à la connaissance des Conventions et de leurs Protocoles; elle contribue fondamentalement à leur respect et à leur mise en œuvre concrète.

Le rôle de l'emblème en matière de protection du personnel, des unités et des moyens de transport sanitaires, suffit à expliquer la responsabilité première des Hautes Parties contractantes d'assurer une diffusion des règles du Protocole additionnel III, afin notamment que le cristal rouge puisse être reconnu et identifié comme signe protecteur en période de conflit armé au même titre que la croix rouge ou le croissant rouge. La diffusion de ces règles doit être la plus large possible, le Protocole additionnel III rappelant explicitement que les activités de diffusion doivent être conduites dès le temps

60 Comme noté dans le *Commentaire du Protocole additionnel I* (pp. 984-985, par. 3369), l'article 83, paragraphe 1, représente pour l'essentiel une réaffirmation des règles antérieures contenues dans les Conventions en la matière (voir notamment les articles 47/48/127/144 respectivement des quatre Conventions de Genève). Le Protocole additionnel II contient également une obligation relative à la diffusion mais dont la formulation est beaucoup plus cursive; en effet, l'article 19 est ainsi rédigé: «Le présent Protocole sera diffusé aussi largement que possible».

de paix au profit des membres des forces armées qui restent les premiers concernés par la conduite des hostilités et la protection des biens civils et des personnes et qui ne participent pas ou plus à la conduite des hostilités. Mais le Protocole additionnel reprend également l'obligation adressée aux États consistant à «encourager» l'étude de ces règles par l'ensemble de la population civile⁶¹.

Article 8 – Signature

Le présent Protocole sera ouvert à la signature des Parties aux Conventions de Genève le jour même de son adoption et restera ouvert durant une période de douze mois.

L'article 8 du Protocole additionnel III est formulé sur le modèle des articles 92 et 20 des Protocoles additionnels respectivement I et II de 1977. Comme ces derniers, il précède une disposition relative à la ratification, indiquant formellement que si la signature marque bien la fin des négociations et l'authentification d'un texte qui ne saurait plus être remanié, elle n'a point vocation en revanche à engager juridiquement le signataire⁶².

Il est à relever que la période de la signature a été avancée par rapport aux dispositions correspondantes des deux Protocoles additionnels de 1977. Ces derniers prévoyaient, en effet, un délai de 6 mois entre la signature de l'Acte final et l'ouverture à signature des Protocoles additionnels. Mais comme le stipule le Commentaire de l'article 92 du Protocole additionnel I, «le délai d'attente de six mois avant l'ouverture du Protocole à la signature est une caractéristique assez exceptionnelle: un traité est généralement ouvert à la signature dès son adoption»⁶³. C'est cette dernière solution qui est effectivement préconisée par le Protocole additionnel III. Il est vrai que l'argument le plus souvent avancé pour justifier la procédure originale des deux Protocoles de 1977 – à savoir la longueur des procédures nationales d'examen déjà au stade de la signature de traités si complexes – ne présente aucune pertinence en l'espèce.

La période prévue à l'article 8 pendant laquelle le Protocole additionnel III était ouvert à la signature des États s'est close le 8 décembre 2006. A cette date, 84 États avaient signé cet instrument.

61 Sur le sens de cette obligation consistant à «encourager» l'étude des règles du droit international humanitaire par la population civile, voir le *Commentaire du Protocole additionnel I* (p. 989, par. 3377). Les paragraphes suivants du Commentaire offrent une liste illustrative de mesures pratiques pouvant être adoptées à cet effet.

62 L'article 14, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités indique clairement que «Le consentement d'un État à être lié par un traité s'exprime par la ratification: a) lorsque le traité prévoit que ce consentement s'exprime par la ratification». Dans cette hypothèse, la portée juridique de la signature consiste à reconnaître le texte négocié comme authentique et définitif; la signature impose par ailleurs au signataire l'obligation de ne prendre aucune mesure pouvant priver le traité de son objet et de son but, du moins tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité (article 18 de la Convention de Vienne).

63 *Commentaire du Protocole additionnel I*, CICR, Genève, 1986, p. 1093 (par. 3694).

Article 9 – Ratification

Le présent Protocole sera ratifié dès que possible. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Conseil fédéral suisse, dépositaire des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels de 1977.

L'article 9 du Protocole additionnel III est calqué sur les articles respectivement 93 et 21 des Protocoles additionnels I et II de 1977. Cette disposition se réfère à la ratification, acte procédural complémentaire à la signature pour exprimer le consentement à être lié par un traité en procédure longue. Elle doit être accomplie «dès que possible», le Commentaire de l'article 93 indiquant simplement à cet égard que cette formule «(...) est assez rare. Reprise de l'article correspondant des Conventions (57/56/137/152), elle représente une exhortation sans fixer aucun délai précis»⁶⁴.

L'expression «dépositaire» désigne un ou plusieurs États (ou une organisation internationale, ou le principal fonctionnaire administratif d'une telle organisation) choisis par les signataires d'un traité international pour assurer la garde du texte et centraliser la communication des différents instruments relatifs à ce traité⁶⁵. Le Protocole additionnel III attribue cette tâche au Conseil fédéral suisse, comme l'avaient fait auparavant les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels de 1977.

Article 10 – Adhésion

Le présent Protocole sera ouvert à l'adhésion de toute Partie aux Conventions de Genève non signataire du présent Protocole. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du dépositaire.

L'adhésion est un mode d'expression du consentement à être lié par un traité formulé – dans le cas spécial – par un État qui n'aurait pas participé à la négociation du Protocole additionnel III ou qui, ayant participé à sa négociation, ne l'aurait pas signé dans le délai de 12 mois suivant son adoption (délai prévu à l'article 8). L'article 10 du Protocole additionnel III est rédigé en termes quasiment identiques par rapport aux articles 94 du Protocole additionnel I et 22 du Protocole additionnel II si bien qu'il suffit de renvoyer au Commentaire de ces deux dernières dispositions⁶⁶.

Il importe de rappeler que l'adhésion au Protocole additionnel III – ainsi que la signature et la ratification prévues aux articles 8 et 9 – sont limités aux seuls États Parties aux Conventions de Genève de 1949. En revanche, il n'est pas nécessaire d'être Partie aux deux premiers Protocoles additionnels afin de se lier au troisième.

64 *Commentaire du Protocole additionnel I*, CICR, Genève, 1986, p. 1097 (par. 3709).

65 Sur la désignation et le rôle du dépositaire, voir en particulier la Partie VII (articles 76 à 80) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

66 *Commentaire respectivement du Protocole additionnel I*, pp. 1099-1102 (par. 3713-3725) et du Protocole additionnel II p. 1517 (par. 4916).

Article 11 – Entrée en vigueur

1. Le présent Protocole entrera en vigueur six mois après le dépôt de deux instruments de ratification ou d'adhésion.

L'entrée en vigueur est le point de départ de l'application d'un acte juridique, le moment à partir duquel ce texte déploie la plénitude de ses effets juridiques, du fait de la réunion des conditions explicitement prévues à cet égard dans ledit acte⁶⁷. L'article 11, paragraphe 1, (qui reprend *verbatim* le texte des articles 95, paragraphe 1, et 23, paragraphe 1, des Protocoles additionnels respectivement I et II) pose le dépôt de deux instruments de ratification ou d'adhésion comme une condition *sine qua non* à l'entrée en vigueur du Protocole additionnel III. Ce chiffre peu élevé – qui figurait déjà dans les Conventions – permet de faciliter l'entrée en vigueur du texte entre les Parties contractantes.

De plus, un délai de six mois est exigé entre le dépôt du deuxième instrument de ratification ou d'adhésion et l'entrée en vigueur du Protocole additionnel III à l'égard des deux premières Parties contractantes. Un tel délai était déjà prévu par les Conventions de Genève de 1949. L'objectif de ce délai est double. En premier lieu, il donne aux États concernés un temps de latence afin de préparer toute mesure législative ou administrative nécessaire pour assumer leurs nouvelles obligations; en second lieu, il permet au dépositaire de procéder aux notifications requises⁶⁸. De telles démarches sont également requises en ce qui concerne le Protocole additionnel III. Compte tenu des objections formulées par certains États à l'encontre d'une version antérieure du Projet qui tentait d'accélérer l'entrée en vigueur en prévoyant qu'elle interviendrait le lendemain du dépôt de deux instruments de ratification ou d'adhésion, le traditionnel délai de six mois a finalement été conservé.

La Norvège fut le premier État à ratifier le Protocole additionnel III le 6 juin 2006. Le second, la Suisse, le ratifia le 14 juillet 2006, si bien que le Protocole additionnel III est formellement entré en vigueur le 14 janvier 2007.

2. Pour chacune des Parties aux Conventions de Genève qui le ratifiera ou y adhèrera ultérieurement, le présent Protocole entrera en vigueur six mois après le dépôt par cette Partie de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Copiée sur les dispositions parallèles des Protocoles additionnels I et II⁶⁹, cette clause vise les États autres que les deux premières Parties contractantes. Elle stipule, dans les relations entre ces États et les autres Parties contractantes, un délai de six mois, identique à celui prévu au paragraphe 1, entre le dépôt de leur instrument de ratification ou d'adhésion et l'entrée en vigueur du Protocole. Les motivations à l'insertion de ce délai sont les mêmes que pour le paragraphe 1. Une version antérieure du projet qui préconisait là aussi une entrée en

67 Dictionnaire de la terminologie du droit international, *op. cit.* (note 19), p. 433.

68 Commentaire du Protocole I, CICR, Genève, 1986, p. 1104 (par. 3731).

69 Voir le second paragraphe des articles 95 et 23 des Protocoles additionnels respectivement I et II.

vigueur le lendemain du dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion a été modifiée pour revenir à une solution classique.

Il existe néanmoins une exception à ce délai de six mois, à savoir l'existence d'une situation conflictuelle qui donne immédiatement effet aux ratifications et adhésions des Parties au conflit. Certes, ce point ne figure pas explicitement dans le texte du Protocole additionnel III (pas plus d'ailleurs que dans les Protocoles additionnels I et II), mais il découle des Conventions et peut donc être transposé en l'espèce sans qu'il soit nécessaire de le répéter compte tenu du caractère «additionnel» du Protocole⁷⁰.

Article 12 – Rapports conventionnels dès l'entrée en vigueur du présent Protocole

1. Lorsque les Parties aux Conventions de Genève sont également Parties au présent Protocole, les Conventions s'appliquent telles qu'elles sont complétées par le présent Protocole.

Les Protocoles ne présentent qu'un caractère «additionnel» par rapport aux Conventions de Genève: il en résulte que leur entrée en vigueur ne remet point en cause l'applicabilité des Conventions, les Protocoles y ajoutant sans rien retrancher.

L'article 12, paragraphe 1, précise toutefois la règle de conflit de loi applicable en cas d'éventuelle incompatibilité entre les Conventions de Genève et le Protocole additionnel III. Le Protocole additionnel III ne fait preuve d'aucune originalité en la matière: il se contente de reprendre la solution préconisée à l'article 96, paragraphe 1, du Protocole additionnel I – qui dérive elle-même d'une règle classique du droit des traités déjà articulée par la Convention de Vienne de 1969 – en vertu de laquelle le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur⁷¹.

2. Si l'une des Parties au conflit n'est pas liée par le présent Protocole, les Parties au présent Protocole resteront néanmoins liées par celui-ci dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par le présent Protocole envers ladite Partie, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions.

L'article 12, paragraphe 2, dérive *mutatis mutandis* de l'article 2 commun, alinéa 3, des Conventions de Genève (déjà repris par l'article 96, paragraphe 2,

70 *Commentaire du Protocole I*, CICR, Genève, 1986, p. 1105 (par. 3737-3739).

71 L'article 30, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités indique que: «Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin (...), le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur». Il s'agit d'une formulation moderne du principe général dérivé du droit latin selon lequel la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure (*lex posterior derogat lege priori*). L'article 30, paragraphe 4, envisage l'hypothèse dans laquelle les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur et considère dans ce cas que «a) dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3; b) dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques».

du Protocole additionnel I). La première phrase rejette la *clausula si omnes* ou clause de participation universelle. Une Partie au conflit liée par le Protocole additionnel III reste donc tenue de l'appliquer dans ses relations avec les Parties adverses également liées, même si une ou plusieurs Parties (adverses ou alliées) ne sont pas liées par cet instrument.

Alors que la première phrase du paragraphe 2 (comme le premier paragraphe) de l'article 12 envisage les relations entre Parties ayant recouru aux modes classiques d'établissement des relations conventionnelles (signature puis ratification ou adhésion), la seconde phrase prévoit pour sa part un mode particulier de mise en vigueur du Protocole additionnel III en relation avec un conflit armé en cours. Elle autorise un État qui n'aurait pu – au moment où se déclenche un conflit armé – achever la procédure interne pour être liée par le Protocole, à rendre cet instrument juridiquement contraignant dans ses relations avec les autres Parties au conflit déjà liées par cet instrument. Cette disposition est calquée sur l'article 2, alinéa 3, des Conventions de Genève; les conditions de cet engagement ont été élaborées dans le Commentaire des Conventions et du Protocole additionnel I et il est inutile de les détailler dans le présent document⁷².

Pour finir, si les deux paragraphes de cette disposition sont en tous points similaires aux paragraphes 1 et 2 de l'article 96 du Protocole additionnel I, l'article 96 paragraphe 3 – qui établit une procédure d'acceptation particulière pour l'autorité représentant un peuple en lutte pour son autodétermination – n'a pas été jugé pertinent dans le cadre du Protocole additionnel III et n'a donc pas été intégré ici.

Article 13 – Amendement

1. Toute Haute Partie contractante pourra proposer des amendements au présent Protocole. Le texte de tout projet d'amendement sera communiqué au dépositaire qui, après consultation de l'ensemble des Hautes Parties contractantes, du Comité international de la Croix-Rouge et de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, décidera s'il convient de convoquer une conférence pour examiner le ou les amendements proposés.

Cette disposition est calquée sur les articles 97, paragraphe 1, du Protocole additionnel I et 24, paragraphe 1, du Protocole additionnel II. Sauf sur un point précis: ces deux dernières dispositions mentionnent uniquement le CICR (en sus des Hautes Parties contractantes) dans le processus de consultation relatif à un projet d'amendement. Le Commentaire indique à ce sujet que la consultation du CICR est prévue notamment à titre de reconnaissance de son rôle dans l'élaboration progressive du droit humanitaire⁷³. Le thème spécifique de

⁷² Voir en particulier le Commentaire de la Convention (I) de Genève, CICR, 1952, pp. 35-39.

⁷³ *Commentaire du Protocole I*, CICR, Genève, 1986, p. 1119 (par. 3783).

l’emblème concernant de manière égale les autres composantes du Mouvement et le rôle joué par la Fédération internationale dans l’élaboration de ce troisième Protocole additionnel expliquent aisément que cette dernière soit également consultée pour toute procédure visant d’éventuels amendements.

2. Le dépositaire invitera à cette conférence les Hautes Parties contractantes ainsi que les Parties aux Conventions de Genève, signataires ou non du présent Protocole.

Cette disposition est la copie conforme des articles 97, paragraphe 2, du Protocole additionnel I et 24, paragraphe 2, du Protocole additionnel II; il suffit de renvoyer ici au Commentaire de ces dispositions⁷⁴.

Article 14 – Dénonciation

1. Au cas où une Haute Partie contractante dénoncerait le présent Protocole, la dénonciation ne produira ses effets qu’une année après réception de l’instrument de dénonciation. Si toutefois, à l’expiration de cette année, la Partie dénonçante se trouve dans une situation de conflit armé ou d’occupation, l’effet de la dénonciation demeurera suspendu jusqu’à la fin du conflit armé ou de l’occupation.

2. La dénonciation sera notifiée par écrit au dépositaire, qui informera toutes les Hautes Parties contractantes de cette notification.

3. La dénonciation n’aura d’effet qu’à l’égard de la Partie dénonçante.

4. Aucune dénonciation notifiée aux termes du paragraphe 1 n’aura d’effet sur les obligations déjà contractées du fait du conflit armé ou de l’occupation au titre du présent Protocole par la Partie dénonçante pour tout acte commis avant que ladite dénonciation devienne effective.

Ce texte est (quasiment) similaire à celui de l’article 99 du Protocole additionnel I⁷⁵. La seule différence tient à la plus grande précision de l’article 99, paragraphe 1 *in fine*, qui stipule que l’effet de la dénonciation sera suspendu jusqu’à la fin du conflit armé et de l’occupation «et, en tout cas, aussi longtemps que les opérations de libération définitive, de rapatriement ou d’établissement des personnes protégées par les Conventions ou par le présent Protocole ne seront pas terminées». Cette formule n’a pas été reprise dans le Protocole additionnel III car elle ne s’est pas apparue pertinente en l’espèce.

Article 15 – Notifications

Le dépositaire informera les Hautes Parties contractantes ainsi que les Parties aux Conventions de Genève, qu’elles soient signataires ou non du présent Protocole:

⁷⁴ Voir le Commentaire du Protocole I, CICR, Genève, 1986, pp. 1120-1121 (par. 3786-3790).

⁷⁵ L’article 25 du second Protocole additionnel contient également une disposition concernant la dénonciation dont le texte est légèrement distinct de l’article correspondant du premier Protocole additionnel.

- a) des signatures apposées au présent Protocole et des instruments de ratification et d'adhésion déposés conformément aux articles 8, 9 et 10;*
- b) de la date à laquelle le présent Protocole entrera en vigueur conformément à l'article 11, dans les 10 jours suivant l'entrée en vigueur;*
- c) des communications reçues conformément à l'article 13;*
- d) des dénonciations notifiées conformément à l'article 14.*

L'article 15 du Protocole additionnel III est largement inspiré de l'article 100 du Protocole additionnel I, même si quelques modifications par rapport au texte de 1977 méritent d'être soulignées. En premier lieu, l'alinéa b) demande au dépositaire de procéder à une information concernant l'entrée en vigueur du Protocole additionnel III dans un délai de 10 jours qui ne figurait pas dans les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels I et II. En second lieu, les communications prévues par l'alinéa c) sont restreintes aux seules propositions d'amendement; l'article 100 c) du Protocole additionnel I requiert également la communication des traductions officielles du Protocole et des lois et règlement d'application, mais ces démarches n'étant pas prévues par le Protocole additionnel III, il est logique que l'article 15 n'y fasse pas référence⁷⁶. Il en est de même en ce qui concerne les communications relatives à l'article 96, paragraphe 3, du Protocole additionnel I offrant la possibilité à une autorité en lutte pour l'autodétermination de s'engager par le biais d'une déclaration à respecter le Protocole.

Article 16 – Enregistrement

- 1. Après son entrée en vigueur, le présent Protocole sera transmis par le dépositaire au Secrétariat des Nations Unies aux fins d'enregistrement et de publication, conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies.*
- 2. Le dépositaire informera également le Secrétariat des Nations Unies de toutes les ratifications, adhésions et dénonciations qu'il pourra recevoir au sujet du présent Protocole.*

Cet article est identique à l'article 101 du Protocole additionnel I et à l'article 27 du Protocole additionnel II. Un renvoi au Commentaire de ces dispositions est ici suffisant⁷⁷.

Article 17 – Textes authentiques

L'original du présent Protocole, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe sont également authentiques, sera déposé auprès du dépositaire, qui fera parvenir des copies certifiées conformes à toutes les Parties aux Conventions de Genève.

⁷⁶ De toute évidence, il en est de même en ce qui concerne les communications tenant à la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits prévue à l'article 90 du premier Protocole additionnel.

⁷⁷ Voir le *Commentaire du Protocole I*, CICR, Genève, 1986, pp. 1141-1142 (par. 3872-3876).

Cet article est identique aux articles 102 du Protocole additionnel I et 28 du Protocole additionnel II. Il suffit donc de renvoyer au Commentaire de ces dispositions⁷⁸.

Conclusion

Dans un article de doctrine bien antérieur à l'adoption du Protocole additionnel III, Cornelio Sommaruga – alors Président du CICR – souligna que «la pluralité des signes témoigne d'une division, d'une incapacité à surmonter certaines divergences et à transcender des différences d'ordre religieux ou culturel», si bien qu'aux «yeux du public, l'unité du mouvement devrait se refléter dans un emblème unique»⁷⁹. Malheureusement, cette solution d'unicité de l'emblème, idéale en théorie, apparut politiquement inaccessible au moment des négociations du Protocole additionnel III. Effectivement, il était difficilement envisageable que les différentes composantes du Mouvement acceptent de revenir à la croix rouge comme unique emblème; de même, il se révéla rapidement impossible de parvenir à un consensus pour abandonner les emblèmes existants – auxquels des millions de personnes vouent un attachement profond – au profit d'un nouvel emblème commun à tous.

Dans ces conditions, la seule option disponible pour régler de manière globale la question de l'emblème consista à reconnaître un signe distinctif additionnel dénué de toute connotation religieuse, politique ou autre. Tout en préservant les acquis de l'histoire, cette solution offre une alternative aux composantes du Mouvement qui ne peuvent pas (ou plus) intervenir avec leur emblème traditionnel dans des contextes opérationnels spécifiques. Elle ouvre également les portes du Mouvement aux Sociétés de secours qui objectent de manière persistante à l'emploi de la croix ou du croissant rouge puisqu'elles peuvent désormais adopter le cristal rouge. En même temps, la consécration de cet emblème additionnel met un terme définitif à toute revendication ultérieure de reconnaissance d'un nouvel emblème.

Tout en accomplissant son principal objet – à savoir l'adoption d'un emblème additionnel ayant un statut similaire à la croix et au croissant rouge – le Protocole additionnel III offre une flexibilité nouvelle dans l'usage de l'emblème. En effet, même si le CICR et la Fédération internationale sont actuellement déterminés à conserver leurs noms et emblèmes actuels, le Protocole additionnel III autorise néanmoins ces institutions à faire usage du cristal rouge dans certaines circonstances exceptionnelles. Le Protocole octroie également aux services sanitaires et au personnel religieux participant à des opérations placées sous les auspices des Nations Unies la possibilité – sous réserve de l'accord des États participants – d'user d'un emblème commun, qu'il s'agisse du cristal rouge ou d'un autre emblème reconnu par les Conventions de Genève de 1949.

78 Voir le *Commentaire du Protocole I*, CICR, Genève, 1986, pp. 1143-1146 (par. 3877-3892).

79 Sommaruga, Cornelio, «Unité et pluralité des emblèmes», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, juillet août 1992, n°796, p. 349.

Le Protocole additionnel III accorde également aux Sociétés nationales qui choisiraient le cristal rouge une flexibilité qui n'existe pas pour les emblèmes reconnus par les Conventions de Genève de 1949. En effet, le Protocole autorise – dans le strict cadre d'un usage indicatif – l'incorporation au sein du cristal rouge de l'un ou d'une combinaison des emblèmes reconnus en 1949 ou d'un autre emblème répondant à des conditions précises, multipliant par ce biais les options disponibles.

Ces différentes alternatives découlant de possibles incorporations peuvent s'avérer extrêmement avantageuses, notamment dans le cas de Sociétés nationales constituées dans des pays peuplés de communautés religieuses différentes. En effet, lorsqu'une partie de la population s'identifie avec l'un des emblèmes des Conventions de Genève de 1949 et l'autre avec le second, la réglementation antérieure imposant d'effectuer un choix pouvait créer des difficultés en terme de recrutement des volontaires, de financement par les dons privés et surtout de crédibilité de l'action en terme de neutralité. Alors qu'auparavant la Société devait choisir l'un des deux emblèmes, elle peut maintenant décider d'utiliser le cristal rouge seul ou d'y incorporer à la fois la croix rouge et le croissant rouge.

Cette flexibilité permet également aux Sociétés nationales d'adopter l'emblème additionnel sans devoir renoncer totalement à la croix ou au croissant rouge qu'elles utilisent traditionnellement et qu'elles peuvent incorporer au cristal rouge. Sans revenir à un emblème unique, le Protocole additionnel III permet donc d'envisager à terme un possible retour à une certaine uniformité au sein d'un Mouvement composé de Sociétés nationales ayant toutes le cristal rouge pour emblème commun, même si sont incorporés à l'intérieur du cristal des emblèmes distincts.

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: Jacques Forster

Jean Abt
Jean-Philippe Assal
Christine Beerli
Paolo Bernasconi
Ernst A. Brugger
Susy Bruschweiler
Jean de Courten

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
University of Brasilia, Brésil

Marika Fahlen
*ministère des Affaires étrangères,
Stockholm, Suède*

Bernard Haykel
Université de New York, USA

Venkateswara S. Mani
*Université nationale de droit du
Goudjerate, Gandhinagar, Goudjerate, Inde*

Herfried Münkler
Université Humboldt de Berlin, Allemagne

Mona Rishmawi
*Bureau du Haut-Commissariat des
Nations Unies aux droits de l'homme,
Genève*

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
USA*

Bakhtiyar R. Tuzmukhamedov
*Académie diplomatique de Moscou,
Moscou, Fédération de Russie*

Wen-qi Zhu
*Law School, Université Renmin de Chine,
Beijing, République populaire de Chine*

Sélection française 2006

Organisations humanitaires et juridictions pénales internationales: la quadrature du cercle?

Anne-Marie La Rosa

Un aperçu des juridictions pénales internationales en Afrique

Jamie A. Williamson

Mesurer l'impact des politiques de châtement et de pardon: plaidoyer pour l'évaluation de la justice transitionnelle

Pierre Hazan

Justice pénale internationale: vers un resserrement des règles du jeu

Luc Côté

Les personnes portées disparues et la justice transitionnelle: le droit de savoir et la lutte contre l'impunité

Monique Crettol et Anne-Marie La Rosa

Réveiller le dragon qui dort? Questions de justice transitionnelle: répression pénale ou aministie?

Laura M. Olson

Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire

Emanuela-Chiara Gillard

Attribution de mandats aux entreprises de sécurité et militaires privées et régulation de leurs activités: éléments à considérer

Michael Cottier

Contextualisation de la proportionnalité: *jus ad bellum* et *jus in bello* dans la guerre du Liban

Enzo Cannizzaro

Faits et documents

Protocole III : Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel

La Vingt-Neuvième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève 20-22 juin 2006, Enjeux et résultats

François Bugnion

Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)

Jean-François Quéguiner



CICR

ISSN 1560-7755
0920/001

www.icrc.org/fre/revue

Volume 88 Sélection française 2006

REVUE INTERNATIONALE

