

# L'OBLIGATION DE FAIRE RESPECTER LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : L'ARTICLE 1 COMMUN AUX CONVENTIONS DE GENÈVE ET À LEUR PREMIER PROTOCOLE ADDITIONNEL, FONDEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE DE COOPÉRATION ?

Alexandre Devillard

Volume 20, Number 2, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068978ar>  
DOI: <https://doi.org/10.7202/1068978ar>

[See table of contents](#)

## Publisher(s)

Société québécoise de droit international

## ISSN

0828-9999 (print)  
2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

## Cite this article

Devillard, A. (2007). L'OBLIGATION DE FAIRE RESPECTER LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : L'ARTICLE 1 COMMUN AUX CONVENTIONS DE GENÈVE ET À LEUR PREMIER PROTOCOLE ADDITIONNEL, FONDEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE DE COOPÉRATION ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 20(2), 75–129.  
<https://doi.org/10.7202/1068978ar>

## Article abstract

Despite its brevity, common article 1 of the *Geneva Conventions* and their *Additional Protocols* reveals some of the fundamental aspects of international humanitarian law as well as some important uncertainty regarding its current situation. The first aspect of the obligations set out in common article 1, which is to respect humanitarian law in all circumstances, draws attention to the *erga omnes* nature of humanitarian law's obligations. Such obligations are owed to the international community as a whole and each State is consequently entitled to ensure their respect. The obligation to ensure respect goes even further and requires each State to ensure that other States comply with their humanitarian law obligations. This article follows an analytical framework based on the opposition between the law of coexistence and the law of cooperation and asks the following question: does the obligation to ensure respect for humanitarian law reveal the existence of an international humanitarian law of cooperation? The commencement of an answer shows the difficulty to rise above the law of coexistence framework to enter the field of the law of cooperation.

# **L'OBLIGATION DE FAIRE RESPECTER LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : L'ARTICLE 1 COMMUN AUX CONVENTIONS DE GENÈVE ET À LEUR PREMIER PROTOCOLE ADDITIONNEL, FONDEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE DE COOPÉRATION?**

*Par Alexandre Devillard\**

Malgré la brièveté de son énoncé, l'article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leurs *Protocoles additionnels* révèle quelques-uns des aspects fondamentaux du droit international humanitaire ainsi que certaines incertitudes majeures quant à sa situation actuelle. Le premier pan des obligations énoncées par l'article 1 commun, soit celle de respecter le droit humanitaire en toutes circonstances éclaire le caractère *erga omnes* des obligations du droit humanitaire. Celles-ci sont dues à la communauté internationale dans son ensemble et chaque État est, par suite, titulaire du droit de les faire respecter. L'obligation de faire respecter va au-delà et impose à chaque État de veiller au respect du droit humanitaire par les autres États. La présente étude, qui s'inscrit dans un cadre d'analyse opposant droit de coexistence et droit de coopération, pose la question suivante : l'obligation de faire respecter le droit humanitaire est-elle révélatrice de l'existence d'un droit international humanitaire de coopération? Une esquisse de réponse montre les difficultés à dépasser le cadre du droit de coexistence pour entrer dans le champ du droit de coopération.

Despite its brevity, common article 1 of the *Geneva Conventions* and their *Additional Protocols* reveals some of the fundamental aspects of international humanitarian law as well as some important uncertainty regarding its current situation. The first aspect of the obligations set out in common article 1, which is to respect humanitarian law in all circumstances, draws attention to the *erga omnes* nature of humanitarian law's obligations. Such obligations are owed to the international community as a whole and each State is consequently entitled to ensure their respect. The obligation to ensure respect goes even further and requires each State to ensure that other States comply with their humanitarian law obligations. This article follows an analytical framework based on the opposition between the law of coexistence and the law of cooperation and asks the following question: does the obligation to ensure respect for humanitarian law reveal the existence of an international humanitarian law of cooperation? The commencement of an answer shows the difficulty to rise above the law of coexistence framework to enter the field of the law of cooperation.

---

\* Chercheur au sein de la Division de la migration de main-d'œuvre et de la migration assistée de l'Organisation internationale pour les migrations. Diplôme d'Études Approfondies (DEA) en droit public et Diplôme d'Études Supérieures Spécialisées (DESS) en sciences politiques (Université Jean Moulin Lyon III, France). L'auteur peut être joint à l'adresse suivante : <alexandredevillard@yahoo.fr>.

La guerre a toujours connu une réglementation de sa conduite et une doctrine juridique de son emploi. Cela vaut pour toutes les époques, toutes les aires géographiques et culturelles<sup>1</sup>. Ainsi, pour ne prendre que deux exemples extra-occidentaux, les principes fondamentaux de respect de l'adversaire et d'humanité dans les combats, contenus dans les *Lois de Manou* de l'Inde des XIII<sup>e</sup>, X<sup>e</sup> et I<sup>er</sup> siècle avant J.C., et, plus tardivement, les principes du droit islamique de la guerre, compilés dans les ouvrages « Hydayah » (1096) et « Vikayah » (1280)<sup>2</sup>. Les civilisations qui se succèdent en Europe présentent quant à elles un trait commun majeur dans le rapport qu'elles entretiennent à la guerre : la réglementation, la limitation de la guerre ne vaut qu'entre soi, qu'à l'occasion de combats menés au sein de la communauté culturelle, de l'ensemble civilisationnel. Ainsi, les guerres entre cités grecques furent conduites avec modération, sous l'autorité arbitrale des Amphyctions, tandis que l'expansion impériale romaine ne connut aucune limitation de ses moyens<sup>3</sup>. Du Moyen-Âge au XVIII<sup>e</sup> siècle, ce sont essentiellement les principes de chevalerie qui entreprennent de réglementer la guerre. Sont invoquées à cet effet les notions de guerre courtoise ou modérée, de guerre guerroyable ou encore de bonne guerre<sup>4</sup>. Les puissances adoptent des codes militaires et les belligérants concluent des traités fixant *a priori* le statut des victimes de la guerre (les cartels)<sup>5</sup>. Tout ceci ne vaut que pour les guerres entre chrétiens et concerne essentiellement la noblesse européenne. L'on peut percevoir cependant en fin de XVII<sup>e</sup> siècle une évolution des conceptions, un dépassement des principes chevaleresques. Dans le traité de paix conclu en 1787 entre la Prusse et les États-Unis, les deux États s'engagent à la protection des victimes de la guerre, « mutuellement et vis-à-vis de l'Univers »<sup>6</sup>. Ne peut-on pas voir là un avant-courrier des évolutions prochaines du droit de la guerre?

L'histoire du droit de la guerre est révélatrice de l'existence d'un principe universel d'humanité auquel s'opposent logique et stratégie militaires. Au risque d'une simplification excessive, on considérera le droit de la guerre comme le lieu de rencontre – ou bien comme le point médian – de ces deux logiques antagonistes. S'il est difficile de se prononcer sur l'existence éventuelle d'une progression continue du principe d'humanité dans la guerre, force est de reconnaître que l'histoire moderne du droit de la guerre est celle de l'ascendant pris par cette logique; cela se manifeste

---

<sup>1</sup> Pour une approche historique du droit de la guerre et de ses doctrines, voir Miguel A. Marin, « The Evolution and Present Status of the Laws of War » (1957) 92 *Rec. des Cours* 629 aux pp. 629-754; Gaston Bouthoul, *Traité de sociologie, les guerres, éléments de polémologie*, Paris, Payot, 1951 aux pp. 38-109; Jean Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Paris, A. Pedone, 1983 aux pp. 11-36 [Pictet, *Droit international humanitaire*]; Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, New York, Manchester University Press, 2000 aux pp. 20-53; Robert Kolb, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp. 13-49.

<sup>2</sup> Voir Marin, *ibid.* aux pp. 651, 656-57.

<sup>3</sup> *Ibid.* à la p. 653. Voir aussi Bouthoul, *supra* note 1 aux pp. 58, 74-77.

<sup>4</sup> Sur ces notions, voir André Gardot, « Le droit de la guerre dans l'œuvre des capitaines français du XVI<sup>e</sup> siècle » (1948) 1 *Rec. des Cours* 397 aux pp. 450-74.

<sup>5</sup> Sur ce point, voir Pictet, *Droit international humanitaire*, *supra* note 1 aux pp. 27-30.

<sup>6</sup> *Ibid.* à la p. 30.

notamment par l'adoption des *Conventions de Genève* successives (1864, 1906, 1929, 1949) et des *Protocoles additionnels de 1977*<sup>7</sup>.

Les aspects de cette « humanisation des lois de la guerre »<sup>8</sup> sont multiples. On en retiendra un, de caractère transversal, qui tient à la nature même du droit international humanitaire et emporte des conséquences, tant sur le sens et la valeur des normes que sur leur mise en œuvre. Il s'agit de l'abandon du principe de réciprocité. Cette évolution apparaît en format compressé dans l'article introductif aux *Conventions de Genève* du 12 août 1949 et à leur premier *Protocole additionnel* : « [I]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention [le présent Protocole] en toutes circonstances ».

*L'engagement de « respecter en toutes circonstances » révélateur du caractère erga omnes des obligations du droit international humanitaire*

Il va de soi que les États Parties aux conventions humanitaires doivent respecter leurs engagements. De ce point de vue, l'article 1 commun n'est que le rappel du principe *pacta sunt servanda*. Certes s'agissait-il de « conférer un caractère plus solennel à l'engagement »<sup>9</sup>. Toutefois, ce n'est qu'à condition d'être rapprochée de la mention finale de l'article, « en toutes circonstances », que l'obligation de respecter le droit humanitaire acquiert une dimension réellement singulière.

Formulée pour la première fois dans les deux *Conventions de Genève de 1929*<sup>10</sup>, l'obligation de respecter en toutes circonstances est révélatrice du changement de nature qui affecte le droit de la guerre au début du XX<sup>e</sup> siècle. Par un rejet progressif de la logique de réciprocité, le droit de la guerre cède la place au droit humanitaire. Un droit régi par les logiques de l'interétatisme s'efface devant un droit essentiellement dédié à la protection de la personne humaine en temps de guerre. L'on trouvera peut-être un signe annonciateur de cette évolution dans la première *Convention de Genève de 1864*, laquelle rompt la logique d'allégeance nationale au nom de la protection des victimes<sup>11</sup>. Malgré cette avancée d'humanité, le droit de la

<sup>7</sup> Manifestation terminologique de cette tendance, l'expression « droit de la guerre » est abandonnée. On parle désormais habituellement de droit international humanitaire pour désigner l'ensemble du droit international des conflits armés.

<sup>8</sup> L'expression est de Theodor Meron, « International Law in the Age of Human Rights. General Course on Public International Law » (2003) 301 Rec. des Cours 9 à la p. 24 [Merón, « International Law in the Age of Human Rights »]. Voir également Theodor Meron, « The Humanisation of Humanitarian Law » (2000) 94 A.J.I.L. 239 aux pp. 239-76.

<sup>9</sup> Jean Pictet, dir., *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume I*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1952 à la p. 26 [Pictet, *Commentaires : vol. I*].

<sup>10</sup> *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135 aux articles communs 25 (1) et 82 (1) (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

<sup>11</sup> *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, 22 août 1864, à l'art. 6, en ligne : CICR : <<http://www.icrc.org/dih.nsf/INTRO/120?OpenDocument>> (« les militaires blessés ou malades seront recueillis et soignés à quelque nation qu'ils appartiennent »). Sur ce point, voir Luigi Condorelli, « Droit international humanitaire en tant qu'atelier d'expérimentation juridique » dans *Au service de la Communauté. Études en l'honneur de Dietrich Schindler*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1989, 193 à la p. 195.

fin du XIX<sup>e</sup> siècle demeure fondé sur le principe de réciprocité. Selon le modèle du contrat synallagmatique, son régime d'application est celui de l'exception d'inexécution, selon la forme privilégiée des représailles armées<sup>12</sup>. En outre, les premières conventions multilatérales de droit de la guerre fonctionnent selon le principe de participation générale – ou clause *si omnes* : leur application au conflit est subordonnée à la condition que chacun des États belligérants soit lié par elles.

Les *Conventions de Genève de 1929* marquent une rupture avec cette tradition du droit international. Les conventions humanitaires doivent désormais être appliquées en toutes circonstances, quel que soit le comportement de l'adversaire. À ce titre, les représailles à l'encontre des personnes protégées sont prohibées et la clause *si omnes* est abandonnée<sup>13</sup>. Cette tendance à l'inconditionnalité est confirmée par les *Conventions de Genève de 1949* et les *Protocoles additionnels de 1977* qui étendent le champ de l'interdiction des représailles de manière quasi absolue<sup>14</sup>. Plus généralement, un État belligérant ne saurait trouver dans les violations commises par la Partie adverse le fondement d'un droit de déroger à ses propres obligations. Ce principe s'applique à l'ensemble des réactions à l'illicite, aux représailles armées ainsi qu'aux mesures de rétorsion et aux contre-mesures<sup>15</sup>.

Le renoncement à la réciprocité signifie le dépassement d'une logique bilatérale au profit d'un impératif de protection de la personne humaine. Le commentaire des *Conventions de Genève* est éclairant à cet égard :

[i] ne s'agit pas d'un contrat de réciprocité, qui lie un État avec son co-contractant dans la mesure où ce dernier respecte ses propres obligations, mais plutôt d'une série d'engagements unilatéraux, solennellement assumés à la face du monde représentée par les autres Parties contractantes. Chaque État s'oblige aussi bien vis-à-vis de lui-même que vis-à-vis des autres. Le motif de la Convention est tellement supérieur, il est si universellement reconnu comme un impératif de la civilisation, qu'on éprouve le besoin de le proclamer, autant et plus pour le respect qu'on lui porte que pour celui que l'on attend de l'adversaire.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Voir par ex. Stanislaw Edward Nahlik, « Le problème des sanctions en droit international humanitaire » dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1984, 469 aux pp. 469-81.

<sup>13</sup> *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, supra note 10 aux articles 2, 25 (2), 82 (2).

<sup>14</sup> Voir dans les *Conventions de Genève* respectivement les articles 13, 33, 46-47 : *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, supra note 10; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [les quatre *Conventions de Genève*]. Voir *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1991 n° 2 aux art. 51-56 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [*Protocole additionnel I*].

<sup>15</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I*, supra note 9 aux pp. 27-29.

<sup>16</sup> *Ibid.* à la p. 26.

Selon une formulation qui n'est pas sans rappeler le traité de paix conclu en 1787 entre Frédéric II et Benjamin Franklin, l'auteur des commentaires envisage une conséquence singulière de l'abandon du principe de réciprocité : celle de l'engagement de chaque État à l'égard de l'ensemble des États parties aux Conventions. Ainsi les *Conventions de Genève* anticipent-elles de quelque vingt ans la reconnaissance d'une catégorie particulière d'obligations, dues à la communauté internationale dans son ensemble<sup>17</sup>. Trente ans plus tard, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie consacrera le caractère *erga omnes* de l'essentiel des obligations du droit international humanitaire :

[I]e caractère absolu de la plupart des obligations prévues par les règles du droit international humanitaire vient de la tendance progressive à l'« humanisation » du droit international, qui s'illustre par le recul généralisé du rôle de la réciprocité dans l'application du droit humanitaire au cours de ce dernier siècle. [...] Ce changement de perspective vient de ce que les États ont pris conscience que les normes du droit international humanitaire avaient avant tout pour vocation, non de protéger leurs intérêts, mais ceux des personnes en leur qualité d'êtres humains. [...] [L]e respect des règles humanitaires ne peut dépendre d'un respect réciproque ou équivalent de ces obligations par d'autres États. [...] En raison de leur caractère absolu, ces normes de droit international humanitaire n'imposent pas d'obligations synallagmatiques [...]. Au contraire, comme on peut le lire dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* [...], elles énoncent des obligations envers la communauté internationale.<sup>18</sup>

Destinées à protéger des intérêts communs, les obligations *erga omnes* lient chaque État à la communauté internationale dans son ensemble. De sorte que la violation d'une telle obligation confère à chaque État le droit d'obtenir – selon les moyens du droit international – la cessation de l'illicéité. En d'autres termes, et s'agissant plus particulièrement du droit humanitaire, chaque État est titulaire d'un droit de faire respecter les obligations qui en relèvent. On est ici à la lisière du second pan de l'article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel*, l'obligation de faire respecter le droit humanitaire.

---

<sup>17</sup> *Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited, deuxième phase (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 3 au para. 32 [*Affaire Barcelona*].

<sup>18</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreskic*, IT-95-16-A, Jugement (14 janvier 2000) aux para. 518-19 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/jugement/index.htm>>.

*L'engagement de « faire respecter » révélé par le caractère erga omnes des obligations du droit international humanitaire*

La lecture de l'article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel* dans le contexte contemporain du droit international invite à la reconnaissance d'une obligation collective de veiller au respect du droit international humanitaire. Il convient toutefois de se garder de tout anachronisme. Ce qui peut sembler couler de source aujourd'hui n'avait rien d'une évidence un demi-siècle plus tôt, lors de l'adoption des *Conventions de Genève*. La recherche de l'intention des rédacteurs du texte est au demeurant particulièrement malaisée<sup>19</sup>. À l'origine de la disposition est une proposition du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) soumise à la Conférence préparatoire de Stockholm de 1948. Les actes de la Conférence sont peu éclairants à cet égard. Quant à la Conférence diplomatique de 1949, force est de constater le peu d'intérêt que les délégués ont manifesté à l'égard de l'article 1 commun. L'obligation de faire respecter le droit humanitaire n'est évoquée qu'une seule fois, en ces termes :

M. MARESCA (Italie) pense qu'il conviendrait de préciser les termes "s'engagent à faire respecter", qui selon l'interprétation qu'on leur donne, sont un pléonasme ou introduisent une idée nouvelle en droit international.

M. CASTBERG (Norvège) estime qu'il s'agit de faire respecter les Conventions par l'ensemble de la population.

M. YINGLING (États-Unis d'Amérique) partage la manière de voir du délégué de la Norvège. Il estime que l'article I n'implique pas l'obligation d'édicter des sanctions pénales.

M. PILLOUD (Comité international de la Croix-Rouge) rappelle qu'en présentant ses propositions à la Conférence de Stockholm le Comité international de la Croix-Rouge releva que les Parties contractantes doivent non seulement appliquer elles-mêmes les Conventions, mais encore faire tout ce qui est en leur pouvoir pour que les principes humanitaires qui sont à leur base soient universellement appliqués.

M. LAMARLE (France) estime que les termes "faire respecter" tendent au même but que l'expression "au nom de leurs peuples", qui a été supprimée à Stockholm.

L'article I est ainsi adopté sans changements.<sup>20</sup>

Les représentants des États expriment dans ce bref échange une conception strictement interne de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire. La déclaration du délégué du CICR, qui est un rappel du commentaire de la proposition de Stockholm, peut être diversement interprétée. On peut y voir notamment – pas

<sup>19</sup> Pour une approche historique de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire, voir Frits Kalshoven, « The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit » (1999) *Y.B. Int'l Human. L.* 3 aux pp. 3-61.

<sup>20</sup> *Acte final de la Conférence diplomatique de Genève 1949*, annexe 2, section B de la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, supra note 10 à la p. 51.

nécessairement – l’expression d’un devoir des États tiers de veiller au respect des *Conventions*. Cette déclaration n’est pas contredite par les participants à la Conférence. De sorte que l’on a pu conclure à l’admission par les Parties contractantes du principe d’un contrôle collectif de la mise en œuvre du droit humanitaire<sup>21</sup>. N’est-il pas plus raisonnable toutefois de supposer que les représentants des États n’ont pas relevé de contradiction entre les propos du délégué du CICR et leur conception « nationale » de l’obligation de faire respecter le droit humanitaire<sup>22</sup>? En tout état de cause, aucun élément ne permet d’affirmer avec certitude que les États aient entendu instituer un contrôle collectif de l’application des Conventions.

À ce stade, l’obligation de faire respecter le droit humanitaire ne peut être regardée que comme une disposition mineure des *Conventions de Genève*. Sans en avoir nécessairement conscience, les États ont toutefois planté une graine – « *a tiny seed* » selon l’expression de Frits Kalshoven<sup>23</sup> – qui va connaître un développement considérable au cours des décennies suivantes.

Le commentaire des *Conventions* est le point de départ d’un épanouissement progressif de la notion. Deux volets de l’obligation y sont envisagés. Le premier précise le contenu interne de l’article 1 commun. À ce titre, les États doivent adopter les mesures nécessaires au respect du droit humanitaire par ses organes et sa population<sup>24</sup>. Ce premier aspect relève foncièrement d’un approfondissement de la notion d’obligation de respecter les Conventions en toutes circonstances. C’est la raison pour laquelle il ne retiendra pas plus longtemps notre attention. Le second aspect est en revanche capital, à tel point que le commentaire peut être envisagé comme l’acte de naissance d’une véritable obligation de faire respecter, que l’on peut définir de manière générale comme le devoir de chaque État de veiller au respect du droit humanitaire par les autres États:

[a]insi encore, si une Puissance manque à ses obligations, les autres Parties contractantes (neutres, alliées ou ennemies) peuvent-elles – et doivent-elles – chercher à la ramener au respect de la Convention. Le système de protection prévu par la Convention exige en effet, pour être efficace, que les Parties contractantes ne se bornent pas à appliquer elles-mêmes la Convention, mais qu’elles fassent également tout ce qui est en leur pouvoir pour que les principes humanitaires, qui sont à la base des Conventions soient universellement appliqués.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Voir Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p. 562.

<sup>22</sup> Kalshoven, *supra* note 19 à la p. 22.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I, supra* note 9 à la p. 27; voir Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes, « Quelques remarques à propos de l’obligation de “respecter et faire respecter” le droit international humanitaire “en toutes circonstances” » dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1984, 17 aux pp. 24-26.

<sup>25</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I, ibid.* à la p. 21.

Cette interprétation va progressivement s'imposer dans le droit international positif. En 1968, à l'occasion de la Conférence internationale des droits de l'homme convoquée à Téhéran par les Nations unies, une résolution est adoptée qui « constate que les États parties aux Conventions de la Croix-Rouge n'ont pas toujours conscience de la responsabilité qui leur incombe de prendre les mesures nécessaires pour faire respecter ces règles humanitaires en toutes circonstances par les autres États, même s'ils ne sont pas eux-mêmes impliqués dans un conflit armé »<sup>26</sup>. La Conférence diplomatique de 1974-1977, à l'issue de laquelle sont adoptés les *Protocoles additionnels aux Conventions de Genève*, reprend sans autre débat la formule de 1949. Le silence des délégués sur ce point peut s'analyser comme l'acceptation de l'interprétation initiée dans les commentaires des *Conventions* et corroborée lors de la Conférence de Téhéran. De même, les rappels successifs par le CICR de l'obligation incombant à l'ensemble des États, lors notamment des conflits Zimbabwe-Rodésie (1979), Iran-Irak (1983-1984), et plus récemment à l'occasion des conflits en ex-Yougoslavie (Bosnie, 1992, Kosovo, 1999) n'ont fait l'objet d'aucune contestation<sup>27</sup>. Dans le même temps, l'obligation de faire respecter le droit humanitaire connaît par ailleurs un succès considérable au sein de la doctrine, suite à la publication en 1984 d'un article majeur par Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes<sup>28</sup>. Ultime consécration, la Cour internationale de justice reconnaît en 1986, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le caractère coutumier de l'article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel*<sup>29</sup>. Le champ de l'obligation s'étend. Il ne s'agit pas seulement de faire respecter les *Conventions de Genève* et leur premier *Protocole additionnel* mais plus largement l'ensemble du droit international humanitaire et notamment les règles relevant du droit dit de La Haye<sup>30</sup> ainsi que celles applicables

<sup>26</sup> Résolution XIII, citée par Yves Sandoz, « Mise en œuvre du droit international humanitaire » dans *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, A. Pedone, 1986, 299 à la p. 306 [Sandoz, « Mise en œuvre du droit international humanitaire »]. Plus récemment, la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre (1993) a adopté une déclaration allant dans le même sens.

<sup>27</sup> *Conflit d'Afrique australe : Appel du CICR*, RICR, n°716, 1979, pp. 87-92 ; *Les conflits dans les Balkans et le respect du droit international humanitaire*, RICR, vol. 81, n°834, 1999, pp. 403-411 ; Yves Sandoz, *Appel du CICR dans le cadre du conflit entre l'Irak et l'Iran*, AFDI 1983, pp. 161-173. Voir Yves Sandoz, « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'études et de recherche de l'Académie » dans Frits Kalshoven et Yves Sandoz, dir., *L'application du droit humanitaire*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1987, 23 à la p. 46 [Sandoz, « Bilan de recherches »]. On remarque par ailleurs que les organes des Nations unies ainsi que ceux du Conseil de l'Europe se sont prononcés à plusieurs reprises dans le même sens. Voir sur ce point, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Law, Vol. II: Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 aux pp. 3293-94 [Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice*].

<sup>28</sup> Condorelli et Boisson de Chazournes, *supra* note 24 aux pp. 17-35.

<sup>29</sup> *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 1986, [1986] C.I.J. rec. 114 au para. 220 [*Activités militaires et paramilitaires*] (« [u]ne telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète »).

<sup>30</sup> Voir les appels du CICR et l'avis consultatif de la CIJ du 9 juillet 2004 : *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136 [*Édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*].

aux conflits armés non internationaux<sup>31</sup>. En outre, l'obligation ne lie plus uniquement les États mais également les organisations internationales<sup>32</sup>.

Ainsi l'obligation de faire respecter s'est-elle progressivement affirmée comme l'une des dispositions incontournables du droit humanitaire. Remarquablement novatrice, trop sans doute pour l'époque qui l'a vu naître, l'obligation est restée en sommeil pendant près de vingt ans, avant que de nouvelles tendances du droit international – révélées par l'utilisation des notions de communauté internationale, de normes de *jus cogens*, d'obligations *erga omnes* – qui entrent remarquablement en résonance avec elle ne permettent son épanouissement.

### *Le cadre de l'analyse : droit de coexistence et droit de coopération*

Selon les analyses récurrentes d'une partie de la doctrine contemporaine, le droit international est le lieu d'une tension entre deux tendances antagonistes. Une tendance ancienne, véhiculée par le droit international classique, que l'on qualifie de droit de coexistence, de droit relationnel ou encore de droit de coordination. Une logique récente qui renvoie aux logiques de droit de coopération, droit institutionnel et droit de subordination. Ces approches dialectiques de la théorie du droit international sont proches les unes des autres sans toutefois se confondre.

Initiée par Wolfgang Friedmann<sup>33</sup>, l'analyse selon la division droit de coexistence/droit de coopération a été prolongée par Georges Abi-Saab qui en fait une « grille d'analyse » du contenu du droit international dans son Cours général de droit international public présenté à l'Académie de droit international de La Haye en 1987<sup>34</sup>. Le modèle archétypal du droit de coexistence est le droit international classique, né de la paix de Westphalie et fondé sur l'égalité souveraineté des États. L'ordre international y apparaît comme un jeu à somme nulle dans lequel les avantages perçus par l'un se font nécessairement au détriment de l'autre. Le droit fonctionne comme un régulateur *a minima* des relations internationales selon une logique de stricte réciprocité et d'autorégulation. À l'inverse, la notion de droit de

---

<sup>31</sup> Condorelli et Boisson de Chazournes, *supra* note 24 aux pp. 17-35 (selon Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes, les dispositions du second *Protocole additionnel* sont également soumises à l'obligation de faire respecter dans la mesure où elles complètent et développent l'article 3 commun aux *Conventions de Genève*. On remarquera par ailleurs la tendance contemporaine au rapprochement du droit des conflits non internationaux au droit des conflits internationaux, révélée par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et le *Statut de la Cour pénale internationale*).

<sup>32</sup> *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) au para. 93 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm>>.

<sup>33</sup> Wolfgang Friedmann, *The Changing Structures of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964. Voir également, du même auteur, « Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international » (1970) 6 Rev. B.D.I. 1 aux pp. 1-9.

<sup>34</sup> Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public » (1987) 207 Rec. des Cours 9 [Abi-Saab, « Cours général de DIP »]. Voir aussi « La "Communauté internationale" saisie par le droit. Essai de radioscopie juridique » dans *Boutros Boutros-Ghali Amicorum discipulorumque liber. Paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 81 aux pp. 81-108 [Abi-Saab, « La "Communauté internationale" saisie par le droit »].

coopération repose sur l'existence d'intérêts communs – que ce soit les intérêts des États ou au-delà, ceux de l'humanité entière – donc d'une communauté. Quand le droit de coexistence répond à la question « comment les maintenir pacifiquement à part », le droit de coopération s'intéresse à la question de savoir « comment les amener à s'activer ensemble »<sup>35</sup> à la réalisation du bien commun. À cet effet, les obligations du droit de coopération échappent à la logique de réciprocité et s'intègrent dans un ordre international fortement structuré.

Le modèle opposant les notions de droit relationnel et de droit institutionnel a été élaboré par René-Jean Dupuy<sup>36</sup>. L'opposition entre les deux logiques y est plus franche encore que selon le modèle précédent. Le droit relationnel présente trois caractéristiques essentielles : le pouvoir y est éparpillé – les relations internationales sont celles d'États juxtaposés refusant le principe d'une autorité supérieure, inconditionné, et aucune obligation ne s'impose à l'État à moins qu'il n'y consente – et violent, le recours à la force étant permis. Dans ce système – ou cette absence de système – le droit international est la source de rapports horizontaux entre les États. C'est un droit de coordination. Selon le modèle du droit institutionnel, les États sont rassemblés dans une organisation internationale, leur pouvoir y est conditionné et réprimé. La logique juridique est verticale. C'est un droit de subordination, supposant le transfert d'un pouvoir de décision à l'organisation.

Le modèle théorique opposant le droit de coexistence au droit de coopération sera le cadre principal de l'analyse. Il présente l'avantage de la souplesse, contrairement à certaines analyses des notions de légalité horizontale et verticale. Une partie de la doctrine confond en effet les notions de droit de coexistence et de droit de coopération dans l'ensemble vaste du droit de coordination auquel elle oppose le droit de subordination<sup>37</sup>. L'opposition véritable est pourtant bien entre droit de coexistence et droit de coopération. Car s'il existe différents degrés au droit de coopération, sa logique est celle de l'institutionnalisation, son aboutissement, le principe de subordination. Une analyse moins rigide distingue les notions d'obligations consenties – selon le modèle du droit international classique – et d'obligations assumées – qui renvoient aux normes de *jus cogens* et aux obligations *erga omnes*<sup>38</sup>. Cette approche est un enrichissement des notions de droit de coexistence et droit de coopération. Dans la mesure où il s'attache non seulement à la valeur et au sens des normes mais encore à leur mise en œuvre, il est le cadre idéal de l'étude d'un mécanisme normatif de mise en œuvre d'obligations juridiques, l'engagement de faire respecter le droit international humanitaire.

Selon une première interprétation du cadre théorique à l'article 1 commun, le droit humanitaire s'est manifestement extrait du champ du droit de coexistence. Cette

<sup>35</sup> David Mitrany cité par Abi-Saab, « Cours général de DIP », *ibid.* à la p. 322.

<sup>36</sup> René-Jean Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public » (1979) 165 Rec. des Cours 9 [Dupuy, « Disparités de développement »]. Voir aussi *Dialectiques du droit international : souveraineté des États, communauté internationale et droits de l'humanité*, Paris, A. Pedone, 1999 aux pp. 309-14.

<sup>37</sup> Voir par ex. Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

<sup>38</sup> Pierre-Marie Dupuy, « L'obligation en droit international » (2000) 44 Archives de philosophie du droit 217 aux pp. 217-31 [Dupuy, « L'obligation en droit international »].

conclusion se déduit de l'obligation de respecter le droit humanitaire en toutes circonstances qui signifie l'abandon de la réciprocité au profit d'intérêts collectifs supérieurs. La question qui se pose est alors la suivante : le droit humanitaire a-t-il basculé dans la logique du droit de coopération? Le premier volet de l'article 1 commun est impuissant à apporter une réponse à cette interrogation dans la mesure où il se limite à exprimer l'idée d'un intérêt commun au respect du droit humanitaire. L'hypothèse d'un droit humanitaire de coopération suppose une analyse de la mise en œuvre de l'intérêt commun. Dès lors, la question sera la suivante : l'obligation de faire respecter est-elle le fondement, est-elle révélatrice de l'existence d'un droit humanitaire de coopération? Une esquisse de réponse sera apportée par l'étude des obligations à la charge des États. L'aboutissement du raisonnement, à savoir l'institutionnalisation de la mise en œuvre du droit humanitaire, ne sera en revanche évoquée que brièvement.

L'analyse de l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire selon le modèle droit de coexistence/droit de coopération présente l'intérêt d'un éclairage croisé des notions. Le couple droit de coexistence/droit de coopération éclaire la notion d'obligation de faire respecter et plus largement le droit humanitaire dans son ensemble. L'étude de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire permet à son tour de saisir l'imbrication des logiques de coexistence et de coopération dans le droit international contemporain. L'ordre international demeurant fondé sur le principe d'égalité souveraine des États, c'est sur ce socle de coexistence que la réalisation de buts communs est entreprise. Ainsi, l'obligation de faire respecter le droit humanitaire présente-elle deux faces distinctes, l'une négative (I), l'autre positive (II). La première se rapporte à la logique du droit de coexistence. Elle est la base sur laquelle doit se fonder une obligation de faire respecter sur le modèle coopératif.

## **I. Les obligations négatives induites par l'article 1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel* : permanence d'un droit de coexistence**

Trois obligations négatives se conçoivent comme les prémices de l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire. Il s'agit de l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance à la violation du droit humanitaire (A), de l'obligation de ne pas encourager à sa violation (B) et de l'obligation de ne pas reconnaître et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien d'une situation née de sa violation (C).

### A. L'obligation de ne pas prêter aide ou assistance à la violation du droit international humanitaire

L'interdiction de l'aide ou de l'assistance à la violation du droit international est une règle coutumière qui s'apparente au concept de complicité en droit interne<sup>39</sup>. Les conséquences de sa violation ont été codifiées par la Commission du droit international dans son projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en 2001. Ainsi, « l'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier » est, sous certaines conditions, tenu coresponsable de la violation du droit international<sup>40</sup>. Cette hypothèse de responsabilité d'un État en raison du fait d'un autre État présente un caractère exceptionnel qui explique sans doute le caractère relativement strict des conceptions retenues par la Commission du droit international. L'engagement de la responsabilité est soumis à trois conditions cumulatives. S'agissant des implications des travaux de la Commission du droit international sur le droit humanitaire, il est une gradation dans la rigueur des conditions.

Tout d'abord, « le fait perpétré doit être tel qu'il aurait été internationalement illicite s'il avait été commis par l'État qui assiste lui même »<sup>41</sup>. Cette première condition qui évoque le principe de double incrimination propre au droit pénal international sera certainement remplie sans difficulté en cas de violation du droit international humanitaire en raison du caractère quasi universel des *Conventions de Genève* et du caractère coutumier d'une grande partie des règles du droit humanitaire<sup>42</sup>. La deuxième condition suppose la connaissance par l'État qui prête son assistance des « circonstances qui rendent le comportement de l'État qui la reçoit internationalement illicite »<sup>43</sup>. Cette condition ne constitue pas non plus un obstacle insurmontable à l'engagement de la responsabilité en cas de violations du droit international humanitaire dans la mesure où celles-ci demeurent rarement inconnues des tiers, *a fortiori* de ceux qui entretiennent des relations directes avec l'État criminel.

La troisième condition tient à la notion même d'aide ou d'assistance. L'aide peut prendre diverses formes – financière, militaire, etc. En tout état de cause, il doit

<sup>39</sup> S'agissant de la relation avec la notion de complicité, l'on remarquera que la Commission du droit international a tout d'abord envisagé de recourir à ce concept. Voir John Quigley, « Complicity in International Law: a New Direction in the Law of State Responsibility » (1986) 57 *Brit. Y.B. Int'l L.* 77 aux pp. 77-131.

<sup>40</sup> « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (Doc. NU A/56/49) dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. 1, New York, NU, 2001 à l'art. 16 (Doc. NU A/56/49 (Vol. I)/Corr.3.) [*Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*] ([l]État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où : a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État).

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Voir par ex. Kolb, *supra* note 1 aux pp. 50-54.

<sup>43</sup> *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 40, à l'art. 16.

s'agir d'une aide matérielle et non de simples encouragements<sup>44</sup>. La notion implique par ailleurs un lien de causalité entre l'appui proposé et la violation du droit international. Il ressort des commentaires de la Commission du droit international que le comportement de l'État doit avoir provoqué le fait illicite ou y avoir contribué, sinon de manière essentielle, du moins de façon significative<sup>45</sup>. Au-delà de l'exigence d'un lien de causalité et de la connaissance des circonstances du fait illicite, une intention malveillante est-elle requise? Le projet d'articles de la Commission du droit international n'envisage pas explicitement cette condition. Le Commentaire considère pourtant que l'aide ou l'assistance doit avoir été « prêtée dans l'intention de faciliter la commission du fait illicite »<sup>46</sup>. Du point de vue de la portée de la règle en droit international humanitaire, la question de l'intention est cruciale. Retenir l'intention, c'est limiter de manière implacable les hypothèses d'application, tout simplement parce que l'aide d'un État à la commission d'infractions au droit international humanitaire, même apportée en connaissance de cause, est rarement intentionnelle parce qu'il est également difficile d'apporter la preuve des intentions d'un État<sup>47</sup>. Deux exemples, fournis l'un par Hans-Peter Gasser et l'autre par Marco Sassòli, sont éclairants à cet égard<sup>48</sup>. Hans-Peter Gasser envisage la vente d'installations destinées à la production de gaz létal à un État déterminé à l'utiliser à des fins militaires. Marco Sassòli prend l'exemple de la vente d'armes en cas de violations systématiques du droit international humanitaire. Dans ces deux hypothèses, la question de l'intention paraît être l'élément déterminant quant à l'engagement de la responsabilité de l'État sur le fondement de l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance à la violation du droit international. La pratique étatique a pu être interprétée comme excluant l'exigence de l'élément intentionnel<sup>49</sup>. À l'appui de cette thèse, il a été observé que suite à la publication d'un rapport révélant l'usage d'armes chimiques par les forces armées irakiennes dans le cadre du conflit irano-irakien, les États-Unis ainsi que plusieurs États européens ont interrompu les ventes de produits chimiques pouvant être utilisés à des fins militaires. Les États-Unis ont également cessé de fournir Israël en bombes à fragmentation suite à la découverte de leur usage en zone civile<sup>50</sup>. Ces exemples sont-ils de nature à établir l'absence de nécessité de l'élément intentionnel? À supposer même que ce soit le cas, le fondement de l'obligation ainsi révélée n'est pas évident. S'agit-il de l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance à la violation du droit international, de l'interdiction de l'encouragement à la commission de violations ou encore de l'interdiction de prêter assistance au maintien d'une situation créée par une violation?

---

<sup>44</sup> *Ibid.* à la p. 163, au para 9 du commentaire, au chapitre IV.

<sup>45</sup> *Ibid.* aux pp. 164-66, aux para. 1 et 5 du commentaire, à l'art. 16.

<sup>46</sup> *Ibid.* à la p. 165, au para. 3 du commentaire, au chapitre IV.

<sup>47</sup> Voir Quigley, *supra* note 39 à la p. 111.

<sup>48</sup> Hans-Peter Gasser, « Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: the Role of Third States and the United Nations » dans Hazel Fox et Michael Meyer, dir., *Armed Conflict and the New Law, Vol. II Effecting Compliance*, Londres, British Institute for International & Comparative Law, 1993, 15 à la p. 28; Marco Sassòli, « State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law » (2002) 84 R.I.C.R. 401 à la p. 413 [Sassòli, « State Responsibility »].

<sup>49</sup> Quigley, *supra* note 39 aux pp. 90-91.

<sup>50</sup> *Ibid.*

## B. L'obligation de ne pas encourager à la violation du droit international humanitaire

Le concept d'encouragement ou d'incitation se distingue de celui d'aide ou d'assistance à la violation du droit international. Aucun acte matériel ne semble exigé à la reconnaissance de l'encouragement illicite<sup>51</sup> pas plus que l'existence d'un lien de causalité entre l'encouragement et la commission de violations au droit international. Le droit international ne semble pas connaître d'interdiction générale de l'encouragement à l'illicite<sup>52</sup>. Certaines conventions internationales prohibent en revanche de manière spécifique l'incitation en certaines circonstances. C'est le cas notamment de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale*. S'agissant du droit humanitaire, l'interdiction de l'encouragement à sa violation a été reconnue par la Cour internationale de justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. La Cour juge à cette occasion que la publication par les États-Unis d'un manuel consacré aux techniques de la guerre de guérilla constitue un encouragement illicite à la violation de l'article 3 commun aux *Conventions de Genève*<sup>53</sup>. Aux termes de l'arrêt, l'encouragement à la commission d'actes contraires au droit international humanitaire n'est illicite qu'à la condition qu'il soit « donné dans des circonstances telles qu'il était probable ou prévisible que de tels actes seraient effectivement commis »<sup>54</sup>. La Cour en revanche ne s'attache pas à l'existence d'un quelconque lien entre l'encouragement et la commission de violation du droit international humanitaire. Il ne s'agit pas de mettre en cause la responsabilité de l'État pour le comportement d'un autre État en raison d'une assistance prodiguée<sup>55</sup>.

La doctrine majoritaire trouve le fondement de l'interdiction d'encourager à la violation du droit humanitaire dans l'obligation de faire respecter le droit humanitaire<sup>56</sup>. Il fait certes peu de doute que la Cour ait rattaché sa décision à l'article

<sup>51</sup> *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 40, au commentaire général sous Partie 1 ; Chapitre IV.

<sup>52</sup> *Ibid.* Voir également *Activités militaires et paramilitaires*, *supra* note 29 au para. 255. Voir également l'opinion dissidente du juge Schwebel dans la même affaire, au para. 259.

<sup>53</sup> *Activités militaires et paramilitaires*, *ibid.* aux pp. 119-20, 138 aux para. 254-56 (le manuel, intitulé *Operaciones sicologicas en guerra de guerrillas*, rédigé et diffusé par la CIA, conseillait notamment de « neutraliser certaines cibles soigneusement triées et préparées, y compris des juges, des fonctionnaires de la police ou de la sûreté, etc., après avoir rassemblé la population locale pour qu'elle prenne part à l'évènement et formule des accusations contre l'opresseur »).

<sup>54</sup> *Ibid.* au para. 256.

<sup>55</sup> *Ibid.* au para. 255 (« [b]ien entendu, il ne s'agit pas ici des circonstances dans lesquelles un Etat peut être tenu pour responsable des actes d'un autre État »). Voir également Nicolas Levrat, « Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de "faire respecter" les Conventions humanitaires » dans Frits Kalshoven et Yves Sandoz, dir., *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 263 aux pp. 264-65.

<sup>56</sup> Voir par exemple Levrat, *ibid.*, aux pp. 263-65; Gasser, *supra* note 48 aux pp. 27-28; David, *supra* note 21 à la p. 564; Antoine A. Bouvier et Marco Sassòli, *Un droit dans la guerre? Cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, 1<sup>ère</sup> éd., Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2003 à la p. 283; Djamchid Momtaz,

1 commun aux *Conventions de Genève* et à leur premier *Protocole additionnel*, reconnu comme un principe général du droit humanitaire « dont les conventions ne sont que l'expression concrète »<sup>57</sup>. Il convient néanmoins de s'attarder un instant sur le fondement de l'obligation de ne pas encourager car il n'est pas impossible de rattacher celle-ci à chacune des trois composantes de l'article 1, à savoir « respecter », « faire respecter », en « toutes circonstances ». L'obligation de ne pas encourager peut tout d'abord se fonder sur le principe *pacta sunt servanda* et sur le principe de foi dans l'exécution des obligations internationales, c'est à dire sur l'obligation de respecter le droit international humanitaire<sup>58</sup>. L'expression « en toutes circonstances », qui renvoie à la notion d'obligation *erga omnes*, donne en l'espèce une épaisseur singulière au principe *pacta sunt servanda* et au principe de bonne foi. Compte tenu du caractère « tellement supérieur »<sup>59</sup> des objectifs poursuivis par les *Conventions de Genève*, l'encouragement à leur violation serait manifestement contraire à leur esprit, à leur objet même<sup>60</sup>. Le fondement le plus probable de l'interdiction de l'encouragement demeure toutefois l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire. Il est en effet très incertain que, s'agissant d'un État tiers au conflit, la Cour, qui reconnaît à cette occasion le caractère coutumier de l'article 1 commun, se soit fondée sur l'obligation de respecter, à savoir une obligation en l'espèce pléonastique. Par ailleurs, la condition posée par la Cour à l'illicéité de l'encouragement peut être interprétée comme révélant une conception de l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire selon laquelle celle-ci trouverait à s'appliquer dans le seul contexte de la violation du droit international humanitaire – violation commise où à commettre – et non dans celui de la prévention de l'illicite.

### C. L'obligation de ne pas reconnaître une situation née d'une violation du droit international humanitaire et de ne pas prêter aide ou assistance à son maintien

Saisie par l'Assemblée générale des Nations unies de la question des conséquences juridiques de l'édification par Israël d'un mur « à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est », la Cour internationale de justice a conclu à l'obligation de tous les États de « ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur et de ne pas prêter assistance au maintien de la situation créée par

---

« L'engagement des États à “faire respecter” le droit international humanitaire par les parties au conflit » dans *Actes du Colloque de Bruges : Améliorer le respect du droit international humanitaire (Collegium n° 30)*, Bruxelles, Comité international de la Croix-Rouge, 2003, 27 à la p. 28 [*Colloque de Bruges, Collegium n° 30*].

<sup>57</sup> *Activités militaires et paramilitaires*, *supra* note 29 au para. 220.

<sup>58</sup> Voir Theodor Meron, « The Geneva Conventions as Customary Law » (1987) 81 A.J.I.L. 348 aux pp. 354-55 [Meron, « Geneva Conventions »].

<sup>59</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I*, *supra* note 9 à la p. 26.

<sup>60</sup> Voir Meron, « Geneva Conventions », *supra* note 58 à la p. 503; Birgit Kessler, « The Duty to “Ensure Respect” Under Common Article 1 of the Geneva Conventions: its Implication on International and Non-International Armed Conflicts » (2001) 44 German Yearbook of International Law 498 à la p. 503.

cette construction»<sup>61</sup>. L'avis de la Cour se fonde sur la violation par Israël d'obligations à caractère *erga omnes*, à savoir, d'une part le droit du peuple palestinien à l'autodétermination, d'autre part les dispositions du droit international humanitaire<sup>62</sup>. L'avis consultatif est l'occasion pour la Cour de rappeler l'existence du devoir de chaque État de faire respecter le droit international humanitaire et d'en préciser le contenu<sup>63</sup>. Ainsi, l'obligation de ne pas reconnaître une situation née de la violation du droit humanitaire et de ne pas prêter aide ou assistance à son maintien se conçoit-elle comme l'une des nombreuses facettes de l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire<sup>64</sup>.

La portée de la découverte de ce nouvel aspect de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire n'en demeure pas moins incertaine. L'incertitude principale porte sur le sens à donner à la notion de « situation illicite ». Dans le cas d'espèce, la situation illicite résulte de la conjonction d'une violation du droit à l'autodétermination et de violations du droit international humanitaire. Dans quelle mesure une situation illicite peut-elle découler d'une violation du droit international humanitaire seul? Quelle interprétation faire de la notion de « situation illicite »? Dans son avis consultatif, la Cour emprunte le raisonnement de la Commission du droit international et se réfère implicitement à l'article 41 de son projet final sur la responsabilité des États<sup>65</sup>. Il est toutefois envisageable que la position de la Cour soit plus libérale que celle de la Commission du droit international. Celle-ci ne définit pas la notion de « situation illicite ». Les exemples qu'elle prend pour l'expliquer révèlent toutefois une conception restrictive de la notion, laquelle se limiterait à des hypothèses de « revendications de caractère juridique » portant essentiellement sur un territoire<sup>66</sup>. Il y a donc aux yeux de la Commission du droit international un espace considérable entre la notion de « fait illicite » et celle de « situation illicite ». Si l'on s'en tient à la conception de la Commission du droit international, l'on imagine mal comment la violation du droit international humanitaire pourrait à elle seule déclencher le mécanisme de l'article 41. Cette hypothèse ne saurait en revanche être exclue par l'avis de la Cour. Par ailleurs, selon le projet d'articles de la Commission du droit international, l'obligation de ne pas reconnaître une situation illicite et de ne pas aider à son maintien suppose la commission d'une violation grave d'une

<sup>61</sup> *Édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *supra* note 30 à la p. 63, para. 163.

<sup>62</sup> *Ibid.* au para. 157.

<sup>63</sup> *Ibid.* au para. 158.

<sup>64</sup> Voir Ardi Imseis, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion » (2005) 99 A.J.I.L. 102 aux pp. 114-15.

<sup>65</sup> *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 40, art. 41 (2) (« [a]ucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40 [à savoir une violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général], ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation »); voir également Institut de Droit international, *Les obligations et les droits erga omnes en droit international*, (2005) Vol. 71, Tome 2 Ann. inst. dr. int. 2006 à l'art. 5 [*Obligations et droits erga omnes*] (« [s]i une violation grave, largement reconnue, d'une obligation *erga omnes* a lieu, tous les États auxquels l'obligation est due : [...] b) doivent ne pas reconnaître comme licite une situation créée par cette violation »).

<sup>66</sup> Opinion individuelle du juge Kooijmans relative à l'avis de la CIJ du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *supra* note 30 au para. 43. *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 40, art. 41.

obligation découlant de normes impératives du droit international. Sur ce point également, l'avis de la Cour peut être interprété comme s'écartant des travaux de la Commission du droit international en ce sens qu'il ne se fonde pas sur la gravité des violations du droit international et du droit international humanitaire en particulier. Compte tenu du contexte, la reconnaissance du caractère grave des violations pourrait toutefois être implicite<sup>67</sup>.

Le contenu de l'obligation de ne pas reconnaître une situation illicite et de ne pas prêter aide ou assistance à son maintien est également le lieu de certaines incertitudes. Ainsi, au delà de l'interdiction de reconnaître un territoire acquis de manière illégale, le premier volet de l'obligation paraît bien imprécis<sup>68</sup>. L'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation illicite évoque quant à elle irrésistiblement la notion de « complicité internationale » codifiée à l'article 16 du projet de la Commission du droit international, laquelle reconnaît dans son commentaire la parenté des articles 16 et 41 et admet que la seconde obligation dépend également de la connaissance des « circonstances du fait illicite »<sup>69</sup>. La Commission du droit international ne se prononce pas en revanche sur les conditions du lien de causalité et de l'intention, lesquelles sont de nature à dissoudre en grande partie la portée de l'obligation en cause. Dans la mesure où elle considère que « l'article 41 doit être lu en parallèle avec l'article 16 », il est raisonnable de penser que la Commission du droit international estime que ces deux conditions sont requises à l'engagement de la responsabilité de l'État sur le fondement de l'article 41. Notons encore qu'il n'est pas impossible que l'interdiction de reconnaître une situation illicite et d'y prêter assistance, traditionnellement considérée comme une stricte obligation de ne pas faire, se soit étoffée au point de prendre la forme d'une quasi-obligation positive<sup>70</sup>.

Les obligations de ne pas aider et de ne pas encourager à la violation du droit international humanitaire, de ne pas reconnaître une situation née de celle-ci et de ne pas prêter à son maintien demeurent par essence des obligations de ne pas faire,

---

<sup>67</sup> *Édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *ibid.* au para. 137 (la Cour considère que « le mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans les territoires occupés par Israël » pour conclure que « la construction d'un tel mur constitue dès lors une violation par Israël de diverses obligations qui lui incombent en vertu des instruments applicables de droit international humanitaire et des droits de l'homme »).

<sup>68</sup> *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 40, commentaire de l'art. 41 (la Commission du droit international se contente dans son commentaire de considérer que l'obligation « vise non seulement la reconnaissance officielle de ces situations mais aussi l'interdiction de tous actes qui impliqueraient une telle reconnaissance »).

<sup>69</sup> *Ibid.* aux pp. 311-12, au para. 11 du commentaire, à l'art. 41.

<sup>70</sup> Voir l'avis consultatif rendu le 14 juin 1971 par la CIJ dans *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain)*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. rec. 1971; Andrea Gattini, « Les obligations des États en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État pour violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général » dans Pierre-Marie Dupuy, dir., *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, A. Pedone, 2003, 145 à la p. 155 (la position de la Cour a été interprétée comme un abandon du « champ des obligations négatives » en faveur d'un « chemin différent, celui des « mesures de pression actives », comme elles furent nommées de façon critique dans l'opinion dissidente du juge Petrèn, et qui sont *de facto* équivalentes à des sanctions économiques »).

empreintes de conceptions se rattachant aux logiques du droit de coexistence. Aussi, ces premières applications de l'article 1 commun apparaissent-elles bien éloignées de l'esprit par lequel l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire devrait être animé, au point que l'on ne saurait raisonnablement déduire de ces seules obligations négatives l'existence d'une véritable obligation de faire respecter le droit international humanitaire. En revanche, il ne fait aucun doute que l'existence d'une obligation de faire respecter le droit international humanitaire entraîne nécessairement les interdictions susmentionnées, lesquelles se conçoivent alors comme l'envers de l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire, comme des obligations induites par celle-ci plutôt que comme des obligations révélatrices de son existence. Le seuil inférieur de l'obligation en quelque sorte.

Il existe par ailleurs d'autres obligations négatives qui ne sont pas imposées par l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire mais tout au contraire s'imposent à celle-ci et déterminent sa limite supérieure. Il s'agit de l'interdiction de l'intervention<sup>71</sup> et de la prohibition de sa manifestation la plus flagrante, le recours à la force<sup>72</sup>. Ces conséquences immédiates du « principe structurel »<sup>73</sup> de la *Charte des Nations Unies*, à savoir l'égalité souveraine des États, encadrent l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire de deux manières; d'une manière générale tout d'abord. Dans la mesure où il ne saurait y avoir de correspondance entre la légitime défense, seule hypothèse légale de dérogation individuelle à l'article 2 paragraphe 4 de la *Charte des Nations Unies*, et l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire, les États ne sauraient employer la force pour tenir leur engagement au titre de l'article 1 commun. La seconde limite correspond à une application du principe de non intervention aux

<sup>71</sup> La *Charte des Nations Unies* ne mentionne pas explicitement l'interdiction de l'intervention d'un État dans les affaires d'un autre État. L'article 2 (7) vise uniquement l'hypothèse de l'intervention de l'Organisation des Nations unies dans les affaires des États. Il faut se reporter à la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre États conformément à la Charte des Nations Unies*, Doc. off. A.G. 25e session, supp. no 28, p. 131, Doc. N.U. A/5217 (1970), Doc NU 2625 (1970), adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1970 pour trouver le principe selon lequel, « aucun État ni groupe d'États n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État ». L'intervention est illicite dans deux hypothèses. La première est celle d'un acte qui « comporte en soi la méconnaissance de la souveraineté de l'autre ». La seconde concerne l'acte qui « vise à faire plier la volonté de l'autre État » dans un domaine dit réservé, qui relève de son libre arbitre. Voir Abi-Saab, « Cours général de DIP », *supra* note 34 aux pp. 383-84.

<sup>72</sup> *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), art. 2 (4) (« [l]es Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies »); Kolb, *supra* note 1 aux pp. 51-56, 171-72 (la notion de « force » visée à l'art. 2 (4) est habituellement interprétée comme étant exclusivement relative à la force armée. Ce dernier article est le premier volet de la « stratégie » des Nations unies en vue du maintien de la paix. À ce premier volet relevant du droit de coexistence s'ajoute un second volet qui s'inscrit dans la logique du droit de coopération. Ce second volet recouvre le système de sécurité collective (chapitre VII de la *Charte*) ainsi que les mécanismes de coopération économique et sociale (chapitres IX et X de la *Charte*) et de règlement pacifique des différends (chapitre VI de la *Charte*), lesquels visent à faire échec aux causes profondes et immédiates des conflits).

<sup>73</sup> Abi-Saab, « Cours général de DIP », *supra* note 34 à la p. 328.

moyens dont disposent les États dans le domaine de l'assistance humanitaire. Les *Conventions de Genève* et leurs *Protocoles additionnels* contiennent plusieurs dispositions relatives aux actions de secours au profit des populations civiles<sup>74</sup>. Ces actions humanitaires extérieures sont invariablement soumises au consentement de l'État destinataire de l'aide, lequel ne bénéficie toutefois pas d'une entière liberté de refuser l'aide proposée. Placé dans une situation de compétence liée, l'État ne saurait refuser l'aide qu'à la condition que celle-ci ne corresponde pas aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité ou qu'il n'existe pas de besoin réel d'assistance<sup>75</sup>. Il s'ensuit que l'État qui oppose à une action de secours un refus injustifié contrevient au droit humanitaire. Les États tiers peuvent-ils dans cette hypothèse passer outre le refus pour imposer l'aide et faire respecter le droit humanitaire? Non. Conformément aux principes de la *Charte des Nations Unies*, il ne saurait y avoir ni ingérence ni intervention humanitaire<sup>76</sup> sans autorisation du Conseil de sécurité.

Tel est l'état présent du droit positif. Dans le but de faire échec aux nombreuses situations de blocage qui affectent la mise en œuvre du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*, une partie de la doctrine s'est attachée, *de lege ferenda*, à établir le cadre juridique de l'intervention humanitaire en l'absence d'autorisation du Conseil de sécurité. Deux conceptions parmi les plus récentes sont particulièrement intéressantes : celle de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États et celle d'Antonio Cassese<sup>77</sup>. Ces conceptions, qui se recoupent partiellement, sont mues par le même souci d'encadrer de la manière la plus stricte l'intervention humanitaire en limitant son recours aux cas extrêmes. Antonio Cassese

<sup>74</sup> L'article 23 de la IV<sup>e</sup> *Convention de Genève* impose le libre passage de certains biens nécessaires à la survie de la population civile. L'article 59 oblige dans certaines hypothèses et sous certaines conditions la puissance occupante à accepter les actions de secours. L'article 70 du *Protocole additionnel I* complète les dispositions de la IV<sup>e</sup> *Convention de Genève* : « [I]orsque la population civile d'un territoire sous le contrôle d'une Partie au conflit, autre qu'un territoire occupé, est insuffisamment approvisionnée en matériel et denrées mentionnées à l'article 69, des actions de secours de caractère humanitaire et impartial et conduites sans aucune distinction de caractère défavorable seront entreprises, sous réserve de l'agrément des Parties concernées par ces actions de secours ». S'agissant du droit des conflits armés non internationaux, le deuxième *Protocole additionnel* prévoit à l'article 18 (2) un mécanisme analogue à celui de l'article 70 du premier *Protocole additionnel*. Voir Denise Plattner, « L'assistance à la population civile dans le droit international humanitaire : évolution et actualité » (1992) 795 R.I.C.R. 259 aux pp. 259-74.

<sup>75</sup> Voir Kolb, *supra* note 1 à la p. 197.

<sup>76</sup> Le concept d'intervention humanitaire se définit comme l'utilisation de la force en vue de protéger la population civile d'un État sans le consentement de celui-ci. Ce concept se distingue de celui d'ingérence humanitaire, lequel n'implique pas l'usage de la force. Il se distingue également de l'intervention d'un État au profit de ses nationaux.

<sup>77</sup> *La responsabilité de protéger, Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États*, Ottawa, Centre de recherche pour le développement international, 2001 [*La responsabilité de protéger*]. La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États a été créée sous l'égide du gouvernement canadien suite à un appel du Secrétaire général des Nations unies. Antonio Cassese, « *Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community? » (1999) 10 E.J.I.L. 23 aux pp. 23-30 [Cassese, « *Ex iniuria ius oritur* »].

admet explicitement l'intervention humanitaire en dehors des mécanismes onusiens<sup>78</sup>. La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États n'évoque en revanche que de manière indirecte l'intervention individuelle des États. Son rapport soumet l'intervention humanitaire à une série de six conditions. Outre les conditions de « bonne intention », « dernier recours », « proportionnalité des moyens » et « perspectives raisonnables »<sup>79</sup>, deux critères retiennent particulièrement l'attention. Le premier se réfère à la justesse de la cause<sup>80</sup>. Le second critère s'attache à l'autorité habilitée à donner l'autorisation. La primauté donnée par le droit international au Conseil de sécurité en la matière est reconnue et le rôle potentiel de l'Assemblée Générale est évoqué<sup>81</sup>. Que faire toutefois en cas d'inaction des organes des Nations Unies? La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États ne répond pas explicitement. Elle pose en revanche le problème difficile des relations entre le juste et le droit :

[...] il peut se trouver des circonstances où le Conseil de sécurité n'assumerait pas ce que la Commission considérerait comme sa responsabilité de protéger alors que la situation considérée choque les consciences et appelle une intervention d'urgence. La question se pose vraiment de savoir en pareil cas où est le moindre mal : celui que l'ordre international subit parce que le Conseil de sécurité a été court-circuité, ou celui qu'il subit parce que des êtres humains sont massacrés sans que le Conseil de sécurité ne lève le petit doigt.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Cassese, *ibid.* à la p. 27 (Antonio Cassese admet l'intervention humanitaire en dehors des mécanismes onusiens à condition : (1) que des violations massives des droits de l'homme, équivalentes à des crimes contre l'humanité, se produisent sur le territoire d'un État; (2) que cet État soit incapable de mettre fin à ces violations ou, s'il en est lui-même l'auteur, qu'il refuse de se conformer aux résolutions des Nations Unies ou d'autres organisations internationales; (3) que le Conseil de sécurité se montre incapable d'agir autrement qu'en déplorant les massacres et en qualifiant la situation de « menace contre la paix »; (4) que tous les efforts en vue d'une solution pacifique du conflit aient été épuisés sans succès; (5) que l'action armée ait été décidée par un groupe d'États (et non par un État agissant seul) avec l'assentiment ou l'absence d'opposition d'une majorité d'États membres des Nations unies; (6) qu'enfin l'action soit strictement limitée dans le temps et l'espace à son objet qui est de mettre fin à une situation humanitaire intolérable). La traduction est due à Hubert Thierry, « Réflexions sur le "droit d'ingérence humanitaire" » dans Laurence Boisson de Chazournes et Vera Gowlland Debbas, dir., *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité, Liber amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, 221 à la p. 221.

<sup>79</sup> *La responsabilité de protéger*, *supra* note 77 aux para. 4.15-4.43.

<sup>80</sup> *Ibid.* au para. 4.19 (à ce titre, l'intervention se justifie lorsqu'il s'agit « d'arrêter ou d'éviter des pertes considérables en vies humaines, effectives ou appréhendées, qu'il y ait ou non intention génocidaire, qui résultent soit de l'action délibérée de l'État, soit de sa négligence ou de son incapacité à agir, soit encore d'une défaillance dont il est responsable; ou un "nettoyage ethnique" à grande échelle, effectif ou appréhendé, qu'il soit perpétré par des tueries, l'expulsion forcée, la terreur ou le viol »).

<sup>81</sup> *Ibid.* aux para. 6.2-6.30. S'agissant du rôle de l'Assemblée générale, la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États se fonde essentiellement sur la résolution *Union pour le maintien de la paix*, Rés. AG, Doc. off. AG NU, 302<sup>e</sup> sess., Doc. NU A/RES/377(V) A (1950), dite « Résolution Dean Acheson ».

<sup>82</sup> *La responsabilité de protéger*, *ibid.* au para. 6.37; Cassese, « *Ex iniuria ius oritur* », *supra* note 77 à la p. 25 (on remarquera que c'est une réflexion du même type qui fonde la réflexion de Antonio Cassese : « [f]aced with [...] an enormous human-made tragedy and given the inaction of the UN Security Council [...] should one remain silent and inactive only because the existing body of international law proves incapable of remedying such a situation? Or rather, should respect for the Rule of Law be sacrificed on the altar of human compassion? »).

Ces considérations entrent remarquablement en résonance avec l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire. On remarquera à ce sujet que les violations du droit international humanitaire constituent l'un des motifs principaux de l'intervention ainsi revendiquée<sup>83</sup>. L'intervention humanitaire n'est certes jamais envisagée explicitement comme un moyen de se conformer à l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire; elle apparaît toutefois de manière implicite comme l'un des fondements de l'intervention humanitaire. Se pose alors la question des relations entre *jus in bello* et *jus ad bellum*. L'obligation de faire respecter qui procède d'un instrument de *jus in bello* pourrait-elle être à l'origine d'une évolution du *jus ad bellum*? Que répondre à cette question sinon rappeler le principe traditionnel d'indépendance du *jus in bello* à l'égard du *jus ad bellum* selon lequel le droit international humanitaire ne saurait se préoccuper des causes du recours à la force armée<sup>84</sup>.

## **II. Les obligations positives induites par l'article 1 commun aux Conventions de Genève et à leur premier Protocole additionnel : un droit de coopération *a minima***

Les obligations positives se déclinent selon différents moyens et mécanismes. Certains relèvent du droit international général, d'autres du droit humanitaire, d'autres encore renvoient aux systèmes répressifs nationaux. Selon une autre typologie, les obligations positives de faire respecter le droit humanitaire couvrent le champ de la prévention (A), du contrôle (B) et de la répression (C).

### **A. Une obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire?**

L'article 1 commun retient une formule par trop générale pour permettre à lui seul de trancher la question d'une éventuelle obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire. En tout état de cause, cette formulation est suffisamment ouverte pour ne pas exclure cette hypothèse. Ce que semble pourtant faire le Commentaire des Conventions de Genève : si une Puissance manque à ses

<sup>83</sup> *La responsabilité de protéger*, *ibid.* au para. 4.20 (la plupart des hypothèses envisagées à titre d'exemple par la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États correspondent à des violations graves du droit international humanitaire).

<sup>84</sup> Voir Yves Sandoz, « Droit ou devoir d'ingérence, droit à l'assistance humanitaire : de quoi parle-t-on? » (1992) 795 R.I.C.R. 225 aux pp. 229-30 (« [i]l convient de souligner, en effet que [...] l'utilisation de la force armée pour imposer l'acheminement de secours ne saurait trouver son fondement dans le droit international humanitaire, l'obligation de "faire respecter" ce droit excluant [...] ce droit »).

obligations, chaque Partie contractante (neutre, alliée ou ennemie) doit chercher à la ramener au respect de la Convention<sup>85</sup>.

Le commentaire des *Protocoles additionnels* reprend cette formule à l'identique. Pourtant en établissant un lien entre l'obligation de faire respecter et un nouveau mécanisme conventionnel se rattachant en partie à la logique préventive – les réunions des États parties en vue de l'examen de « problèmes généraux » relatifs à l'application du droit international humanitaire<sup>86</sup> – le Commentaire paraît envisager une approche plus ouverte de l'obligation<sup>87</sup>. Une telle approche s'impose naturellement. Il ne fait pas de doute en effet qu'un lien étroit unit l'obligation de faire respecter le droit humanitaire aux mesures préventives de ses violations. La finalité est la même : le respect du droit. Et si la réaction à l'illicite constitue certainement le cœur de l'obligation de faire respecter, le rôle de la prévention ne doit pas être négligé. Les conséquences des violations du droit humanitaire sont souvent trop graves pour que l'on se contente d'intervenir *a posteriori*. Doit-on pour autant conclure à l'existence d'une obligation juridique de prévention à la charge des États tiers?

Il n'est pas inutile de rappeler à ce propos l'arrêt de la Cour internationale de justice rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* lequel, nous l'avons vu, peut être interprété comme limitant la portée de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire aux violations commises où à commettre. En d'autres termes, la Cour opère un *distinguo* entre la prévention des violations du droit humanitaire dont on peut raisonnablement craindre la commission et la prévention générale<sup>88</sup>. La distinction est d'importance car si l'on peut exclure l'idée d'une obligation générale de prévention, il n'est pas impossible d'envisager l'existence d'une obligation de prévention en cas de risque spécifique de violation du droit humanitaire.

Sauf exception, l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire est une obligation à laquelle les États peuvent se conformer en choisissant librement les moyens de sa mise en œuvre. Le droit international humanitaire ne contient pas d'obligation de prévention à la charge des tiers. Si les *Conventions de Genève* et leur premier *Protocole additionnel* imposent bien l'adoption de mesures particulières de mise en œuvre relevant essentiellement de la diffusion et de la formation – diffusion générale, instruction des autorités directement concernées, formation du personnel qualifié, conseillers juridiques dans les forces

---

<sup>85</sup> Jean Pictet, dir., *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume II*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1960 à la p. 24 (si le commentaire de la première *Convention* se contente de cette formule, le commentaire des *Conventions* II, III et IV fait suivre la phrase citée par la formule générale suivante : « [I]e système de protection prévu exige en effet, pour être efficace, que les États parties à la Convention ne se bornent pas à l'appliquer mais encore fassent tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer le respect universel »).

<sup>86</sup> *Protocole additionnel I*, *supra* note 14 à l'art. 7.

<sup>87</sup> *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1986, à la p. 36 [*Commentaire des Protocoles additionnels*].

<sup>88</sup> *Activités militaires et paramilitaires*, *supra* note 29 à la p. 13.

armées<sup>89</sup> – ces obligations n'imposent toutefois aucune coopération interétatique, aucun devoir pour les États tiers. Seule hypothèse de relation interétatique imposée par le droit humanitaire, l'obligation de communiquer les traductions des textes conventionnels et des lois d'application<sup>90</sup>. Ce mécanisme, destiné essentiellement à éviter des divergences d'interprétation en cours de conflit<sup>91</sup> constitue sans doute une porte par laquelle pourrait se développer un contrôle collectif de la mise en œuvre du droit humanitaire. En aucun cas il ne saurait être interprété comme faisant naître une obligation générale de prévention des violations du droit humanitaire. Cette obligation par conséquent n'existe pas. En revanche, la prévention doit être considérée comme l'un des moyens par lesquels les États peuvent se conformer à leur engagement de faire respecter le droit international humanitaire. À ce titre, un certain nombre de mesures peuvent être adoptées dans le cadre d'une coopération interétatique, telles que la mise à la disposition de conseillers juridiques en vue d'aider à la réception du droit humanitaire en droit interne, la formation de conseillers juridiques au sein des forces armées, la diffusion du droit humanitaire<sup>92</sup>. Il s'agit en d'autres termes d'aider au respect des dispositions conventionnelles de mise en œuvre nationale du droit humanitaire.

La prévention des violations du droit humanitaire dont on peut raisonnablement craindre la commission ne doit pas être simplement considérée comme l'un des moyens de remplir l'obligation générale de faire respecter le droit humanitaire. Compte tenu de l'importance des enjeux en cause, des conséquences souvent graves et irréversibles de la violation du droit international humanitaire, il est nécessaire de s'interroger sur l'éventualité d'une obligation de faire respecter à deux faces. L'une réactive, l'autre préventive. Certes, il est un recoupement des deux volets envisagés. Dans la mesure où la réaction à l'illicite vise à faire cesser les violations, elle est nécessairement destinée à prévenir la commission de nouvelles infractions. Ce recoupement toutefois n'est que partiel. Il convient par conséquent d'envisager un enrichissement de la notion d'obligation de faire respecter par la reconnaissance d'une obligation de prévention des violations du droit humanitaire dont on peut raisonnablement craindre la commission. Le contenu de cette obligation spécifique mériterait d'être précisé. Les moyens de sa mise en œuvre seraient essentiellement du domaine des démarches diplomatiques et dans une moindre mesure relèveraient des mécanismes de coopération évoqués précédemment.

---

<sup>89</sup> Sandoz, « Mise en œuvre du droit international humanitaire », *supra* note 26 aux pp. 303-05. Voir dans les quatre *Conventions de Genève*, *supra* note 14 aux art. 47-48, 127, 144 ; *Protocole additionnel I*, *supra* note 14 aux art. 6, 82-83, 87.

<sup>90</sup> Les quatre *Conventions de Genève*, *ibid.* aux art. 48-49, 128, 144 ; *Protocole additionnel I*, *ibid.* à l'art. 84.

<sup>91</sup> Sandoz, « Mise en œuvre du droit international humanitaire », *supra* note 26.

<sup>92</sup> Umesh Palwankar, « Mesures auxquelles peuvent recourir les États pour remplir leur obligation de faire respecter le droit international humanitaire » (1994) 805 R.I.C.R. 11 à la p. 12.

## B. Une obligation de réagir aux violations du droit international humanitaire

La réaction aux violations du droit humanitaire est le cœur de l'obligation de faire respecter. Le lieu où l'on perçoit avec le plus d'acuité les incertitudes qui entourent la notion (1). Au delà de ces incertitudes, il existe une diversité des moyens d'actions, les uns relevant du droit international général (2) les autres se rattachant spécifiquement au droit international humanitaire (3).

### 1. LE CADRE INCERTAIN DE L'OBLIGATION

#### a) *Existe-t-il un seuil au déclenchement de l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire?*

L'obligation de faire respecter le droit international humanitaire est-elle une obligation de réagir à toutes les violations du droit humanitaire? Ou bien est-elle une obligation de réagir à certaines violations du droit international humanitaire passé un seuil de gravité? La formulation de l'article 1 commun, en particulier l'expression « en toutes circonstances » est-elle éclairante à cet égard? Peut-elle être interprétée comme étant de nature à imposer une obligation à la charge des États tiers en cas de violation, quelle qu'elle soit, des dispositions des *Conventions de Genève* et de leurs *Protocoles additionnels*? Certainement pas. L'expression « en toutes circonstances », qui signifie l'abandon de la logique de réciprocité en droit international humanitaire et rappelle l'indépendance du *jus in bello* à l'égard du *jus ad bellum*<sup>93</sup> est sans effet sur le contenu même de l'obligation de faire respecter. Aussi convient-il de se reporter au droit international général ainsi qu'aux autres dispositions des conventions humanitaires afin d'esquisser une réponse à la question du seuil.

La notion d'obligation *erga omnes* sera notre point de départ et l'on se reportera à ce titre à l'*obiter dictum* de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Barcelona Traction* ainsi qu'au projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international :

[u]ne distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à leur respect; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.<sup>94</sup>

Art. 48 *Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé*

1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si : [...]

<sup>93</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I, supra* note 9 à la p. 28.

<sup>94</sup> *Affaire Barcelona, supra* note 17 au para. 32.

- b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.
2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable :
- a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30 [...].

L'ensemble des États ayant un intérêt au respect de cette catégorie d'obligations, dans l'hypothèse de la violation d'une norme en relevant, la responsabilité peut être invoquée par tout État qui peut en particulier exiger la cessation du fait illicite. Il convient avant toute chose de s'interroger sur l'appartenance de tout ou partie des normes du droit humanitaire à la catégorie des obligations *erga omnes*. La doctrine est divisée sur ce point et les incertitudes sont d'autant plus grandes que la notion même d'obligation *erga omnes* ne fait pas l'objet d'un consensus<sup>95</sup>. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est prononcé sur la question dans l'affaire *Kupreskic*. Il a considéré que la plupart des obligations du droit humanitaire revêtaient un caractère *erga omnes*<sup>96</sup>. En tout état de cause et à supposer même que le droit humanitaire soit entièrement du domaine de l'*erga omnes*, il en découlerait non pas une obligation mais une simple faculté de faire respecter.

Le droit international général et le droit international humanitaire n'ignorent pas pour autant les obligations de réaction à l'illicite. Ainsi les travaux de la Commission du droit international, de l'Institut de droit international et certaines dispositions du premier *Protocole additionnel aux Conventions de Genève* :

Art. 41 *Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre*

- 1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40 [...]

<sup>95</sup> Voir par exemple les critiques de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction* par François Voeffray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, Presses universitaires de France, 2004 aux pp. 240-47.

<sup>96</sup> *Procureur c. Zoran Kupreskic et autres*, IT-95-16-T, Jugement (14 janvier 2000) aux para. 518-19 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chambre de première instance), en ligne : TPIY <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud\\_supplement/supp11-f/index-f.htm](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp11-f/index-f.htm)> (« [L]e caractère absolu de la plupart des obligations prévues par les règles du droit international humanitaire vient de la tendance progressive à l'"humanisation" du droit international [...]. En raison de leur caractère absolu, ces normes de droit international humanitaire n'imposent pas d'obligations synallagmatiques [...]. Au contraire, comme on peut le lire dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* [...], elles énoncent des obligations envers la communauté internationale »). Luigi Condorelli, « Responsabilité étatique et responsabilité individuelle pour violations graves du droit international humanitaire : quelques remarques à propos du rejet du principe *tu quoque* dans le jugement *Kupreskic* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie » dans Lal Chand Vohrah, dir., *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, 211 à la p. 216 (Luigi Condorelli considère quant à lui que le TPIY « définit clairement comme *erga omnes* toutes les obligations découlant du droit international humanitaire »).

Art. 5 (Résolution de l'Institut de droit international, *Les obligations erga omnes en droit international*, 2005)

Si une violation grave, largement reconnue, d'une obligation *erga omnes* a lieu, tous les États auxquels l'obligation est due :

- a) doivent s'efforcer de mettre un terme à cette violation en recourant à des moyens licites conformément à la *Charte des Nations Unies* [...]

Art.89 *Coopération* (premier *Protocole additionnel aux Conventions de Genève*)

Dans les cas de violations graves des Conventions ou du présent Protocole, les Hautes Parties contractantes s'engagent à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la *Charte des Nations Unies*.

La combinaison des normes du droit international et du droit international humanitaire apporte la réponse suivante à la question du seuil de déclenchement de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire. D'une part, il est une faculté de réaction à la violation de tout ou partie du droit humanitaire. D'autre part il est une obligation de réaction aux violations graves du droit humanitaire<sup>97</sup>.

Faut-il se satisfaire d'une telle limitation du champ de l'obligation de faire respecter? Ne peut-on pas envisager le droit humanitaire comme une *lex specialis* imposant des obligations supérieures au droit international général? Plusieurs éléments vont dans ce sens. Ainsi, la Cour internationale de justice, dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, reconnaît l'existence d'un contenu positif à l'obligation de faire respecter le droit humanitaire sans faire référence à la gravité des violations commises – un tel critère pouvant toutefois être implicite compte tenu du contexte de l'espèce<sup>98</sup>. L'article 89 du premier *Protocole additionnel* peut par ailleurs faire l'objet de deux interprétations. La première, restrictive, limitant l'obligation de réaction aux seules

<sup>97</sup> *Commentaire des Protocoles additionnels*, supra note 87 à la p. 1057 (on remarquera un large recoupement entre les notions de « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général » au sens de la CDI et de violations graves du droit humanitaire au sens du premier *Protocole additionnel*. Aux termes de l'article 40 du projet d'articles de la CDI, la violation est « grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation ». Le *Commentaire des Protocoles additionnels* distingue quant à lui la notion d'infraction grave de celle plus large de violation grave. Les violations graves englobent non seulement les infractions graves mais également les trois catégories de violations suivantes : « comportements isolés non énumérés parmi les infractions graves mais revêtant tout de même un caractère de gravité; comportements non énumérés parmi les infractions graves mais revêtant un caractère de gravité par leur nombre ou leur répétition systématique, ou par les circonstances; violations globales, par exemple soustraire une situation, un territoire, une catégorie de personnes ou de biens à l'application des Conventions ou du Protocole »).

<sup>98</sup> *Édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, supra note 30.

violations graves. Selon la seconde, plus libérale, la coopération avec l'Organisation des Nations unies se limiterait aux seules hypothèses de violations graves, laissant ainsi ouverte la question de l'obligation de faire respecter individuellement la totalité du droit humanitaire. La doctrine enfin est partagée. Une majorité paraissant toutefois se dessiner en faveur d'une conception large de l'obligation de faire respecter, valant pour toutes les violations du droit humanitaire<sup>99</sup>. En d'autres termes, et quoique l'on puisse concevoir, une obligation de faire respecter l'intégralité du droit humanitaire, la question du seuil demeure posée. Faute de réponse juridique tranchée, l'on citera cette remarque d'Yves Sandoz tout empreinte de pragmatisme et de bon sens : « le droit humanitaire [...] contient des règles fort détaillées et l'on comprendra aisément que le CICR ne peut mettre sur le même pied de légères entorses à la règle sur l'avance de solde, pour ne prendre qu'un exemple, et la torture systématique des prisonniers »<sup>100</sup>. Ces considérations relatives à l'action du CICR valent également pour les États. Car, dans les faits, ce sont avant tout les violations graves du droit humanitaire qui requièrent une réaction des États tiers<sup>101</sup>.

b) *L'obligation de faire respecter le droit international humanitaire et les concepts d'obligation de moyens et d'obligation de résultat*

Les concepts d'obligation de moyens – ou de comportement – et d'obligation de résultat ont un sens différent selon qu'on se réfère aux théories en vigueur en droit interne ou aux conceptions propres au droit international, développées par R. Ago dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale. Les deux approches sont complémentaires. Elles doivent être retenues toutes deux pour saisir le sens de l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire.

Selon le vocabulaire du droit interne, l'obligation de résultat est une « obligation de réussir » tandis que l'obligation de comportement est une « obligation de s'efforcer »<sup>102</sup>. Ainsi, « pour l'obligation de résultat l'inexécution découle de l'absence de résultat promis, alors que pour l'obligation de moyens l'inexécution résulte du fait que le débiteur n'a pas utilisé les moyens, n'a pas fait preuve du soin ou de la diligence que requéraient les circonstances »<sup>103</sup>. Il ne fait pas de doute que

<sup>99</sup> S'agissant des opinions favorables à une obligation « globale » de faire respecter le droit humanitaire. Voir par ex. Condorelli et Boisson de Chazournes, *supra* note 24 à la p. 29; Bouvier et Sassòli, *supra* note 56 à la p. 282; Voeffray, *supra* note 97 à la p. 213; Giorgio Gaja, « Do States have a Duty to Ensure Compliance with Obligations *Erga Omnes* by Other States » dans Maurizio Ragazzi, dir., *International Responsibility Today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2005, 31 à la p. 35. *Contra* François Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, 2<sup>e</sup> éd., Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2000, aux pp. 1080-81; Kessler, *supra* note 60 à la p. 506.

<sup>100</sup> Yves Sandoz, « Appel du CICR dans le cadre du conflit entre l'Irak et l'Iran » (1983) 29 A.F.D.I. 161 à la p. 165 [Sandoz, « Appel du CICR »].

<sup>101</sup> Voir Voeffray, *supra* note 97 à la p. 213.

<sup>102</sup> Jean Combaçau, « Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse » dans *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, A. Pedone, 1981, 181 aux pp. 181-204.

<sup>103</sup> Jean Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable » (1982) 28 A.F.D.I. 709 à la p. 725.

l'obligation positive de faire respecter le droit humanitaire est – au sens du droit interne – une obligation de moyens<sup>104</sup> ne serait-ce qu'en raison du fait que l'on ne saurait s'engager sur le comportement d'un tiers sur lequel on ne possède aucun contrôle. Dans une démonstration par l'absurde, Yves Sandoz constate qu'« exiger des États qu'ils imposent le respect du droit humanitaire reviendrait à les autoriser à utiliser la force, en contradiction avec la *Charte des Nations Unies*, ce qui n'est évidemment pas le cas »<sup>105</sup>.

Selon les conceptions de Roberto Ago, le critère de distinction entre obligation de résultat et obligation de comportement repose sur le choix des moyens laissés à l'État<sup>106</sup>. L'obligation de comportement est celle à laquelle « l'État ne peut se conformer qu'en utilisant des moyens spécifiquement déterminés »<sup>107</sup>. L'obligation de résultat autorise en revanche un libre choix quant aux moyens à mettre en œuvre pour atteindre un résultat déterminé. Quoiqu'elle n'impose pas à l'État un résultat déterminé à atteindre l'obligation de faire respecter le droit humanitaire, elle n'est pas sans évoquer les caractéristiques de l'obligation de résultat telle que définie par Roberto Ago. Le droit international humanitaire laisse effectivement un libre choix aux États quant aux moyens à utiliser pour se conformer à leur obligation. À une exception près tout de même : l'obligation de réprimer les infractions graves<sup>108</sup>. Liberté de moyens n'est pas synonyme d'arbitraire. L'État, qui ne peut employer que des moyens licites pour se conformer à son obligation, est par ailleurs tenu par un devoir de *due diligence* dans l'exécution de l'obligation<sup>109</sup>. Le degré de diligence qui dépend des circonstances de l'espèce est nécessairement difficile à établir de manière générale. Il est en tout état de cause un impératif de proportionnalité de la réaction à l'illicite. À ce titre, deux critères de modulation du degré de diligence peuvent être envisagés. La diligence requise est tout d'abord fonction de la gravité de la violation du droit humanitaire. Un deuxième critère peut être évoqué qui ferait fluctuer le degré de diligence en fonction de l'influence potentielle de l'État tiers sur l'État criminel (laquelle dépend de la proximité des relations entre les États et du poids de l'État tiers dans les relations internationales). Ainsi qu'aime à le rappeler Georges Abi-Saab,

<sup>104</sup> La doctrine reconnaissant le caractère juridique de l'obligation de faire respecter est unanime sur ce point. Voir par exemple Levrat, *supra* note 55 aux pp. 275-79; Kessler, *supra* note 60 à la p. 505. Voir également le compte-rendu d'une série de séminaires organisés au cours de l'année 2003 par le CICR sur le thème : « Améliorer le respect du droit international humanitaire » dans *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*. Rapport préparé par le CICR en vue de la XVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge tenue du 2 au 6 décembre 2003 à Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2003 à la p. 50 (on remarquera que les obligations négatives induites par l'article 1 commun sont des obligations de résultat).

<sup>105</sup> Sandoz, « Bilan de recherches », *supra* note 27 à la p. 46.

<sup>106</sup> Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 à la p. 771 (la conception de Roberto Ago a été abandonnée dans le projet final d'articles sur la responsabilité internationale de la CDI).

<sup>107</sup> Salmon, *supra* note 105 à la p. 715.

<sup>108</sup> Les quatre *Conventions de Genève*, *supra* note 14 aux art. communs 49-50-129-146; *Protocole additionnel I*, *supra* note 14, art. 88.

<sup>109</sup> Voir Levrat, *supra* note 55 aux pp. 278-79. Sur la notion de *due diligence*, voir Riccardo Pisillo-Mazzeschi, « The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States » (1992) 35 *German Yearbook of International Law* 9 aux pp. 9-51.

si l'abstention de l'éléphant et de la souris est identique ou participe de la même nature – ne pas bouger – leurs mouvements respectifs sont, en eux-mêmes et de par leurs effets, très différents. Et on ne saurait demander aux deux de “faire” la même chose. Les tâches doivent être réparties et les obligations modulées en fonction des capacités et des besoins.<sup>110</sup>

c) *Existe-t-il une obligation de coopération dans la réaction aux violations du droit international humanitaire?*

La formulation si générale de l'article 1 commun semble exclure *a priori* toute obligation de ce type. La question de l'existence éventuelle d'une obligation de coordination dans la mise en œuvre de l'engagement de faire respecter le droit humanitaire n'est pas vaine toutefois. On remarque en effet que c'est dans le seul cadre de la coopération que les obligations de réaction à l'illicite, formulées tant dans les travaux de la Commission du droit international que dans les Conventions humanitaires, semblent envisagées. Ainsi se lisent l'article 41 (1) du projet d'articles sur la responsabilité des États et l'article 89 du premier *Protocole additionnel* :

Art. 41 *Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre*

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.

Art. 89 *Coopération*

Dans les cas de violations graves des Conventions ou du présent Protocole, les Hautes Parties contractantes s'engagent à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la *Charte des Nations Unies*.

L'article 41 (1) envisage exclusivement l'action collective des États. Est-ce à dire qu'il entend exclure toute initiative individuelle? Il ne semble pas que ce soit l'intention de la Commission. Le président du Comité de rédaction a ainsi remarqué que le texte n'était pas « *intended to exclude unilateral actions by States* »<sup>111</sup>. Et Andrea Gattini d'ajouter : « il semble [...] franchement excessif d'inférer du simple texte de l'article des conséquences d'un tel poids [la prohibition d'actions unilatérales] »<sup>112</sup>. Une interprétation similaire de l'article 89 du premier *Protocole additionnel* peut être retenue. Quoique le commentaire soit muet sur ce point, la doctrine admet habituellement la légitimité d'actions unilatérales à condition qu'elles

<sup>110</sup> Abi-Saab, « Cours général de DIP », *supra* note 34 à la p. 323. Voir également Abi-Saab, « La “Communauté internationale” saisie par le droit », *supra* note 34 aux pp. 88-89.

<sup>111</sup> Cité par Gattini, *supra* note 70 à la p. 152.

<sup>112</sup> *Ibid.*

soient menées conformément aux principes de la *Charte des Nations Unies*<sup>113</sup>. Il est par conséquent une importante marge de manoeuvre à la mise en oeuvre de l'article 1 commun. L'action peut être individuelle comme collective, décentralisée comme institutionnalisée. L'action collective qui limite les risques d'abus et permet une efficacité accrue devrait être préférée à l'action individuelle. Elle présente toutefois le défaut majeur du risque de blocage et par conséquent de l'inaction face aux violations du droit humanitaire.

## 2. LES MOYENS RELEVANT DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

Il s'agit ici d'établir l'esquisse d'un « catalogue » des mesures que peuvent prendre les États, en accord avec le droit international, pour se conformer à leur engagement de faire respecter le droit humanitaire. Les travaux de la Commission du droit international ne sont pas d'une grande utilité en la matière – à l'exception notable de la question controversée des contre-mesures. Se prononçant sur l'application de l'obligation de réaction collective aux violations graves des normes impératives du droit international (article 41 paragraphe 1 du projet d'articles sur la responsabilité internationale) le Commentaire évoque sans autre précision les « moyens licites dont le choix dépend des circonstances de l'espèce »<sup>114</sup>. De même, la Cour internationale de justice qui reconnaît, dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, l'existence d'un contenu positif à l'obligation de faire respecter le droit humanitaire, n'ouvre aucune piste à sa mise en œuvre<sup>115</sup>.

Il existe une gradation dans la typologie des mesures envisageables. Gradation entre deux grandes catégories, démarches diplomatiques d'une part, mesures coercitives d'autre part. Gradation au sein de ces deux catégories. Les démarches diplomatiques sont de deux ordres essentiellement : démarches auprès des représentants de l'État coupable de violations du droit humanitaire et, en cas d'échec de ces interventions confidentielles, dénonciations publiques des violations<sup>116</sup>. Ces mesures peuvent être individuelles, elles peuvent également être collectives; ainsi l'appel des membres de la Communauté européenne au respect du droit humanitaire

<sup>113</sup> Luigi Condorelli, « The Continuity between certain Principles of Humanitarian Law and the Concept of Crimes of States » dans Joseph H. Weiler, Antonio Cassese et Marina Spinedi, dir., *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin, Walter de Gruyter, 1989, 233 à la p. 236 (« [article 89] implies that reactions of States to serious breaches of obligation erga omnes laid down by the Geneva law may consist in both individual and collective measures, that these must be peaceful, i.e. without the use of force, and that they must take place in a spirit of cooperation with the UN »). Voir également Sassòli, *supra* note 48 à la p. 429; Levrat, *supra* note 55 aux pp. 286-87. Dans le même sens voir *Obligations et droits erga omnes*, *supra* note 65, art. 5 (« [s]i une violation grave, largement reconnue, d'une obligation erga omnes a lieu, tous les États auxquels l'obligation est due : a) doivent s'efforcer de mettre un terme à cette violation en recourant à des moyens licites conformément à la *Charte des Nations Unies* »).

<sup>114</sup> *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 40, à l'art. 41.

<sup>115</sup> *Édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *supra* note 30.

<sup>116</sup> Voir Palwankar, *supra* note 93 aux pp. 14-15; Gasser, *supra* note 48 aux pp. 28-29.

en 1984, dans le cadre du conflit irano-irakien<sup>117</sup>, et celui de du Conseil de la Ligue des États arabes à l'occasion de l'invasion du Koweït par l'Irak en 1990<sup>118</sup>. La réalité de la pratique des États n'est pas contestable. Il est toutefois difficile de mesurer son ampleur, en raison de la confidentialité des démarches, lesquelles ne sont par définition connues qu'une fois rendues publiques<sup>119</sup>. On ne peut que prendre acte des opinions divergentes de deux spécialistes, Yves Sandoz et Hans-Peter Gasser<sup>120</sup>, et constater que l'action des États ne dépasse généralement pas le stade de la dénonciation publique des violations du droit humanitaire<sup>121</sup>.

Au delà de la dénonciation publique des violations, le droit international connaît deux types de mesures coercitives : les mesures de rétorsion et les contre-mesures. Les mesures de rétorsion, licites en elles-mêmes, se distinguent des contre-mesures, illicites en soi mais qui accèdent à la légalité sous certaines conditions, lorsqu'elles répondent à un comportement lui-même illicite<sup>122</sup>.

Alors que la légalité des contre-mesures adoptées par un État lésé est admise sans conteste par le droit international, l'adoption de contre-mesures comme réaction à la violation d'obligations relevant du *jus cogens* ou plus largement de l'*erga omnes* fait l'objet d'une importante controverse à laquelle le droit positif n'a pas répondu de manière convaincante. Le projet d'articles sur la responsabilité internationale de la Commission du droit international n'adopte aucune disposition explicite sur ce point<sup>123</sup>. Il contient simplement une « clause de sauvegarde »<sup>124</sup> qui, selon les termes

<sup>117</sup> Voir Antonio Cassese, « Critical Remarks on the Applicability of the Concept of Crimes of States to Humanitarian Law » dans Weiler, Cassese et Spinedi, *supra* note 113, 232 à la p. 232 [Cassese, « Critical Remarks »].

<sup>118</sup> Voir Palwankar, *supra* note 93 à la p. 15.

<sup>119</sup> Ainsi, en 1995 à l'occasion de questions parlementaires, le gouvernement allemand a reconnu avoir rappelé à plusieurs reprises la Russie au respect des dispositions du *Protocole additionnel II* dans le cadre du conflit tchétchène. En 1980, la Jordanie a souligné à l'occasion d'une Commission de l'Assemblée générale des Nations unies qu'elle n'avait cessé de protester contre les violations du droit humanitaire commises par Israël dans les territoires palestiniens occupés. À l'occasion du conflit Iran/Irak, la Suisse et l'Autriche ont publiquement appelé au respect du droit humanitaire. En 1990, les États-Unis ont fait une déclaration au Conseil de sécurité appelant Israël au respect de la IV<sup>ème</sup> *Convention de Genève*. Pour d'autres exemples de la pratique des États, voir Condorelli et Boisson de Chazournes, *supra* note 24 à la p. 27; Cassese, « Critical Remarks », *supra* note 121; Palwankar, *supra* note 93 aux pp. 14-15; Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice*, *supra* note 27 aux pp. 3292-93.

<sup>120</sup> Sandoz, « Mise en œuvre du droit international humanitaire », *supra* note 26 à la p. 308; Gasser, *supra* note 48 à la p. 31.

<sup>121</sup> Voir Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 à la p. 248.

<sup>122</sup> Daillier et Pellet, *supra* note 108 aux pp. 955-56.

<sup>123</sup> Contrairement au projet définitif, le projet de la CDI proposait en 2000 d'admettre la légalité des contre-mesures d'intérêt général dans deux hypothèses. Celle de la violation graves de normes relevant du *jus cogens* (au sens de l'article 40 du projet définitif), celle de la violation de toute obligation *erga omnes* a reçu un accueil particulièrement hostile qui explique son abandon dans le projet définitif. Sur ce point voir Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Paris, Presses universitaires de France, 2005 aux pp. 368-69; Denis Alland, « Les contre-mesures d'intérêt général » dans Dupuy, *supra* note 70 aux pp. 167-87.

<sup>124</sup> *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 40, à l'art. 54 (« [I]e présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu du paragraphe 1 de l'article 48 à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la

du commentaire, « réserve la position sur ce point et laisse le règlement de la question pour plus tard dans le cadre du développement ultérieur du droit international »<sup>125</sup>. La Commission admet ainsi, de manière implicite, l'existence d'une tendance du droit international à la reconnaissance des contre-mesures d'intérêt général<sup>126</sup>. Il demeure en tout état de cause une controverse importante au sein de la doctrine<sup>127</sup>. Les auteurs favorables aux contre-mesures d'intérêt général invoquent la logique du système des obligations *erga omnes* ainsi que le caractère inique de l'inaction en cas de blocage des mécanismes institutionnels<sup>128</sup>. Leurs contradicteurs craignent « les risques d'abus et de déstabilisation de l'ordre international »<sup>129</sup> qui découleraient du principe d'auto-évaluation propre au régime des contre-mesures<sup>130</sup>. Ce débat général se retrouve à l'identique s'agissant du recours aux contre-mesures dans le cadre de la mise en oeuvre de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire<sup>131</sup>. En tout état de cause et à supposer que les États puissent effectivement adopter des contre-mesures pour faire respecter le droit humanitaire, une telle faculté ne serait pas sans limites ni sans conditions<sup>132</sup>. Ainsi notamment l'interdiction de porter atteinte aux personnes protégées par les Conventions humanitaires<sup>133</sup> et l'impératif de proportionnalité, lequel a été interprété comme restreignant l'adoption de contre-mesures aux seules

---

cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée »).

<sup>125</sup> *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 40, commentaire de l'art. 54 (la CDI fonde sa position sur le fait qu'en « l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les contre-mesures prises dans l'intérêt général ou collectif »).

<sup>126</sup> Certains auteurs considèrent toutefois qu'il existe dès à présent une règle coutumière autorisant le recours aux contre-mesures en cas de violations graves de normes de *jus cogens*. Voir Villalpando, *supra* note 127 aux pp. 411-12; voir Alland, *supra* note 127 à la p. 187. Voir aussi *Obligations et droits erga omnes*, *supra* note 65, art. 5 (« [s]i une violation grave, largement reconnue, d'une obligation *erga omnes* a lieu, tous les États auxquels l'obligation est due [...] ont la faculté de prendre des contre-mesures n'impliquant pas le recours à la force dans des conditions analogues à celles qui s'appliquent à un État spécialement atteint par la violation »); Alain Pellet, « Le nouveau projet de la C.D.I sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : Requiem pour le crime? » dans Lal Chand Vohrah, *supra* note 98, 655 aux pp. 679-80 [Pellet, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »] (l'auteur est d'avis que l'article 54 n'exclut pas les contre-mesures d'intérêt général mais consacre au contraire, *de facto*, la légalité de leur adoption en réaction à toute violation d'une obligation *erga omnes*).

<sup>127</sup> Pour un panorama complet de l'état du débat, voir Villalpando, *ibid.* aux pp. 366-68.

<sup>128</sup> Voir Pellet, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », *supra* note 130 aux pp. 677-78.

<sup>129</sup> Villalpando, *supra* note 127 à la p. 367.

<sup>130</sup> Voir Alland, *supra* note 127 aux pp. 174-75.

<sup>131</sup> Pour des opinions favorables aux contre-mesures, voir Kessler, *supra* note 60 à la p. 501; Gasser, *supra* note 48 à la p. 29; Palwankar, *supra* note 93 aux pp. 15-20. *Contra* Momtaz, *supra* note 56 à la p. 28; Sandoz, « Appel du CICR », *supra* 102 à la p. 167; Sandoz, « Mise en œuvre du droit international humanitaire », *supra* note 26 à la p. 308 (Yves Sandoz exclut du champ de l'article 1 commun non seulement les contre-mesures mais également les mesures de rétorsions).

<sup>132</sup> S'agissant des conditions générales de licéité des contre-mesures, voir le projet d'articles de la CDI sur *La responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, *supra* note 128 aux art. 49-52.

<sup>133</sup> *Ibid.* à l'art. 50 au para.1; *Conventions de Genève*, *supra* note 14 aux art. communs 6-6-6-7. Voir aussi Levrat, *supra* note 55 à la p. 288; Palwankar, *supra* note 93 à la p. 17.

violations graves du droit humanitaire<sup>134</sup>. Ces deux limites aux contre-mesures valent également pour les mesures de rétorsion.

S'agissant du « catalogue » proprement dit on retiendra, au titre des mesures de rétorsion, l'expulsion de diplomates, la rupture des relations diplomatiques ou le rappel de diplomates ainsi que les entraves aux relations économiques et commerciales qui ne contreviennent pas à des accords commerciaux<sup>135</sup>. Au titre des contre-mesures, la suspension de l'application des accords en vigueur, le boycott et l'embargo, notamment sur la vente d'armes, l'interdiction des investissements, le gel des capitaux, la confiscation de biens<sup>136</sup>. La pratique des États en matière de mesures coercitives paraît assez rare, les mesures adoptées apparaissant généralement comme une réaction à la violation du *jus ad bellum* plutôt que comme une réaction à la violation du droit international humanitaire<sup>137</sup>.

Les États enfin peuvent se conformer à leur engagement de faire respecter le droit humanitaire en « contribuant aux efforts humanitaires », pour reprendre l'expression d'Umesh Palwankar. Apporter un soutien matériel et financier aux organisations humanitaires telles que le CICR ou le Haut Commissariat pour les Réfugiés (UNHCR), coopérer avec les juridictions pénales internationales et plus particulièrement, saisir la Cour pénale internationale<sup>138</sup>.

### 3. LES MÉCANISMES PROPRES AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : UNE INSTITUTIONNALISATION EMBRYONNAIRE

#### a) *Le système de la Puissance protectrice*

La Puissance protectrice est une institution ancienne, qui trouve ses racines dans le droit international classique et se fonde, conformément à la logique du droit de coexistence, sur le principe de réciprocité<sup>139</sup>. La Puissance protectrice est « un État chargé par un autre État (dit Puissance d'origine) de sauvegarder ses intérêts et ceux de ses ressortissants auprès d'un troisième État (dit État de résidence) »<sup>140</sup>. En temps de paix, chaque individu bénéficie à l'étranger de la protection de l'État dont il est le national. En situation de conflit armé, cette protection diplomatique ne peut

<sup>134</sup> Voir Kessler, *supra* note 60 à la p. 501; Paolo Benvenuti, « Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of IHL » dans Y.B. Int'l Human L., TMC Asser Institute, 1989, 27 à la p. 45.

<sup>135</sup> Pour plus de précisions, voir Daillier et Pellet, *supra* note 108 aux pp. 958-59; Palwankar, *supra* note 93 à la p. 18.

<sup>136</sup> Palwankar, *ibid.* à la p. 19.

<sup>137</sup> Voir tout de même les deux exemples suivants déjà cités : dans le cadre du conflit irano-irakien, interruption par les États-Unis et plusieurs États européens de la vente de produits chimiques pouvant être utilisés à des fins militaires ; interruption par les États-Unis de la fourniture à Israël de bombes à fragmentation suite à la découverte de leur usage en zone civile.

<sup>138</sup> Palwankar, *supra* note 93 à la p. 26; Luigi Condorelli, « L'obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire et la responsabilité individuelle » dans *Actes du Colloque de Bruges. Défis contemporains en droit international humanitaire (Collegium n° 21)*, Bruges, Collège d'Europe, 2001, 46 aux pp. 48-49 [Condorelli, « L'obligation de respecter et faire respecter »].

<sup>139</sup> Kolb, *supra* note 1 à la p. 243.

<sup>140</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I, supra* note 9 à la p. 94.

fonctionner. D'où le recours à l'institution de la Puissance protectrice dont le mécanisme s'est progressivement enrichi au point de devenir l'une des « pièces maîtresses »<sup>141</sup> de l'architecture des *Conventions de Genève* et de leur premier *Protocole additionnel*<sup>142</sup>. Désormais, le mandat de la Puissance protectrice est général. Il porte sur l'ensemble des dispositions des *Conventions de Genève* et du premier *Protocole additionnel*.

Malgré cela, le lien existant entre le système de la Puissance protectrice et l'obligation de faire respecter le droit humanitaire n'est qu'indirect. Ceci ne tient pas aux missions confiées à la Puissance protectrice car si la fonction de contrôle de l'application du droit humanitaire n'est qu'une fonction parmi d'autres<sup>143</sup>, force est de reconnaître que la Puissance protectrice est le seul mécanisme extérieur de mise en œuvre fonctionnant – en principe – de manière continue pendant le conflit<sup>144</sup>. Si le système de la Puissance protectrice échappe largement à la logique de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire, c'est qu'il repose fondamentalement sur un accord entre les belligérants. Certes le consentement de l'État jouant le rôle de Puissance protectrice est impératif au fonctionnement du mécanisme – la désignation d'une Puissance protectrice est ainsi soumise à un accord triangulaire – mais le cœur du système demeure l'existence d'un accord entre les parties au conflit.

Quoiqu'indirect, le lien entre le système de la Puissance protectrice et l'obligation de faire respecter est bien réel. Si bien que l'État neutre au conflit ne peut qu'être encouragé, en application de l'article 1 commun, à proposer ses services de Puissance protectrice et au delà, à encourager les belligérants à recourir à cette institution. Or, l'une des raisons de l'échec du système depuis son institutionnalisation provient de la réticence des États à accepter d'endosser le rôle de Puissance protectrice<sup>145</sup>. Cette réticence s'explique par « l'ampleur des tâches à accomplir, souvent trop lourdes pour les petits États » ainsi que par la « crainte d'offusquer la Partie auprès de laquelle ils auraient les fonctions de Puissance protectrice »<sup>146</sup>.

<sup>141</sup> Georges Abi-Saab, « Les mécanismes de mise en œuvre du droit humanitaire » 82 R.G.D.I.P. 103 à la p. 105 [Abi-Saab, « Mécanismes de mise en œuvre »].

<sup>142</sup> Les quatre *Conventions de Genève*, *supra* note 14 aux art. communs 8-8-8-9; *Protocole additionnel I*, *supra* note 14 à l'art. 5.

<sup>143</sup> Abi-Saab, « Mécanismes de mise en œuvre », *supra* note 141 à la p. 106 (l'auteur distingue trois types de fonctions exercées par la Puissance publique. La première est une fonction de « liaison entre les parties au conflit ». La seconde « englobe les activités de secours ». La troisième porte sur « le contrôle de l'application des Conventions »).

<sup>144</sup> Voir Elzbieta Mikos-Skuza, « How Can Existing IHL Mechanisms be Better Used », dans *Colloque de Bruges, Collegium n° 30*, *supra* note 56 à la p. 36.

<sup>145</sup> Depuis 1949, l'institution n'a fonctionné qu'à quatre reprises et de manière incomplète à ces occasions, notamment dans l'affaire de Suez (1956), de Goa (1961), dans le conflit indo-pakistanaï (1971) et la guerre des Malouines (1982). Sur les raisons de l'échec du mécanisme de Puissance protectrice, voir Abi-Saab, « Mécanismes de mise en œuvre », *supra* note 141 aux pp. 108-11.

<sup>146</sup> *Ibid.* à la p. 111.

b) *Les réunions des Hautes Parties contractantes – L'article 7 du premier Protocole additionnel*

La Conférence diplomatique ayant adopté en 1977 les *Protocoles additionnels aux Conventions de Genève* a été précédée de conférences d'experts gouvernementaux à l'occasion desquelles le CICR a proposé un projet d'articles destiné à préciser le contenu de l'article 1 commun et à instaurer un mécanisme de contrôle collectif de la mise en œuvre du droit humanitaire<sup>147</sup>. Ce projet se présentait en deux volets. Un premier volet intitulé « concours des Hautes Parties contractantes » :

[l]es Hautes Parties contractantes s'étant engagées, aux termes de l'article premier commun aux Conventions, à respecter et à faire respecter ces Conventions en toutes circonstances, elles sont invitées à concourir à l'application de ces Conventions et du présent Protocole, notamment par une démarche d'ordre humanitaire auprès des Parties au conflit et par des actions de secours. Une telle démarche ne sera pas considérée comme une ingérence dans le conflit.<sup>148</sup>

Une seconde disposition, relative à l'organisation de réunions entre les États pouvait se concevoir comme le cadre institutionnel de l'action collective envisagée. La première proposition fut abandonnée tandis que les réunions entre Hautes Parties contractantes se voyaient restreintes au seul examen des problèmes généraux relatifs à l'application du droit humanitaire<sup>149</sup>. L'article 7 du premier *Protocole* apparaît ainsi comme la partie émergée d'un projet plus ambitieux ayant échoué.

Art. 7 Réunions

Le dépositaire du présent Protocole convoquera, à la demande d'une ou plusieurs des Hautes contractantes et avec l'approbation de la majorité de celles-ci, une réunion des Hautes Parties contractantes en vue d'examiner les problèmes généraux relatifs à l'application des Conventions et du Protocole.

Les dispositions de l'article 7 peuvent-elles malgré tout être considérées comme l'un des moyens à la disposition des États aux fins de faire respecter le droit humanitaire? La réponse à cette question dépend certainement de l'interprétation à retenir de l'article 7, en particulier de sa disposition apparaissant de ce point de vue comme la plus contraignante, à savoir l'impératif de l'examen de « problèmes généraux »<sup>150</sup>. Restrictif à première vue, le commentaire du *Protocole* qui exclut

<sup>147</sup> *Ibid.* aux pp. 124-25.

<sup>148</sup> « Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés », Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1972, telle que citée par Georges Abi-Saab, *ibid.* à la p. 124.

<sup>149</sup> Abi-Saab, *ibid.* aux pp. 124-25.

<sup>150</sup> Une autre difficulté est l'inégalité des ratifications des *Conventions de Genève* et du *Protocole additionnel I*. Sachant que la réunion des Hautes Parties contractantes est compétente pour traiter tant

« l'examen de situations particulières » reconnaît par ailleurs que les « problèmes généraux » peuvent ressortir d'« expériences concrètes »<sup>151</sup>. À plusieurs reprises la doctrine a envisagé l'idée d'un « problème général » posé par un cas particulier et au-delà, la convocation d'une réunion en rapport avec un conflit spécifique<sup>152</sup>.

À ce jour, l'article 7 n'a jamais été appliqué. Cependant, au mois de septembre 2001, une conférence internationale s'est tenue à Genève qui évoque irrésistiblement la procédure de l'article 7. La Suisse, dépositaire des *Conventions de Genève* et des *Protocoles additionnels*, a convoqué une « Conférence des Hautes Parties contractantes à la IV<sup>ème</sup> *Convention de Genève* » portant sur l'occupation israélienne des territoires palestiniens qui s'est conclue par l'adoption d'une déclaration appelant au respect du droit humanitaire<sup>153</sup>. Contournant les écueils de l'article 7 – à savoir la question de l'examen de « problèmes généraux » et la question des ratifications du premier *Protocole additionnel* – la Conférence a trouvé son fondement juridique dans l'article 1 commun et plus particulièrement dans l'obligation de faire respecter le droit humanitaire.

*The legal basis of this Conference is provided by the first article of the Geneva Conventions : common article 1 of the Geneva Conventions states that all High Contracting Parties must not only undertake to respect their obligations but must also ensure respect for them in all circumstances.*<sup>154</sup>

L'article 1 commun apparaît une fois encore comme une disposition d'une grande richesse, voire comme un « joker » permettant aux États d'agir de manière relativement informelle selon des modalités non explicitement prévues par les textes.

### c) *La Commission internationale d'établissement des faits*

La Commission internationale d'établissement des faits est une création du premier *Protocole additionnel* chargée d'une double mission, soit une mission d'enquête sur les infractions et violations graves des *Conventions de Genève* et du premier *Protocole additionnel* et une mission de bons offices destinée à faciliter le

---

de questions relatives à l'application des Conventions que du premier *Protocole*, le bon sens imposerait que les parties aux Conventions puissent y participer.

<sup>151</sup> *Commentaires des Protocoles additionnels*, *supra* note 87 à la p. 108.

<sup>152</sup> Voir notamment *Abi-Saab*, « Mécanismes de mise en œuvre », *supra* note 141 à la p. 125; *Yoram Dinstein*, « De quelle manière les mécanismes existants du DIH pourraient-ils être mieux utilisés? » dans *Colloque de Bruges, Collegium n° 30*, *supra* note 56 à la p. 44; « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », Rapport préparé par le CICR en vue de la XVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2003, à la p. 56.

<sup>153</sup> La Conférence fait suite à plusieurs recommandations de l'Assemblée générale des Nations unies à ce sujet. Voir *Matthew Happold*, « The Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention » (2001) 4 *Y.B. Int'l Human. L.* 389 aux pp. 389-405; *Pierre-Yves Fux et Mirko Zambelli*, « Mise en œuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés : Historique d'un processus multilatéral (1997-2001) » (2002) 84:847 *R.I.C.R.* 661 aux pp. 661-91 (cet article comporte en annexe le texte de la déclaration adoptée au terme de la Conférence).

<sup>154</sup> *Propos introductifs de l'Ambassadeur Maurer à la Conférence*, tel que cité dans *Matthew Happold, ibid.* aux pp. 402-03.

retour au respect du droit humanitaire<sup>155</sup>. La juridiction de la Commission ne présente pas un caractère obligatoire. Sa saisine repose sur le consentement des États, prenant en principe la forme d'une déclaration d'acceptation de la compétence de la Commission, mais pouvant également être *ad hoc* si le demandeur ou le défendeur (ou les deux) n'ont pas fait de déclaration. Sa constitution étant soumise à l'acceptation de vingt Hautes Parties contractantes, la création effective de la Commission n'est intervenue qu'en 1991. Elle n'a à ce jour jamais fonctionné confirmant ainsi le « pronostic » de Georges Abi-Saab qui comparait en 1978 la Commission nouvellement créée à « une lourde machine [qui] n'a pas plus de chance de fonctionner en pratique [...] que les autres mécanismes déjà existants qui dépendent pour leur fonctionnement du consentement des Parties »<sup>156</sup>. Ces considérations entrent remarquablement en résonance avec les propos plus récents de Luigi Condorelli évoquant le « défaut majeur » du mécanisme de l'article 90 du premier *Protocole additionnel* :

[L]e Protocole envisage la Commission Internationale Humanitaire d'Établissement des Faits (CIHEF) comme un mécanisme qui devrait attirer les États grâce à des caractéristiques issues d'une logique purement bilatéraliste et consensuelle. Or, l'expérience montre que les États – spécialement en cas de conflit armé – refusent d'entrer dans cette logique : l'échec des autres instruments d'inspiration similaire (comme les Puissances protectrices) en témoigne largement.<sup>157</sup>

Or justement la procédure de saisine de la Commission comporte une « brèche ». Elle ne repose pas entièrement sur le bilatéralisme. Le recours à la Commission peut être le fait de tout État – partie ou non conflit – qui accepte sa compétence – à condition bien entendu que le défendeur ait également consenti. Par cette sorte d'*actio popularis* on échappe à la logique bilatérale pour pénétrer le domaine des obligations *erga omnes*. Tout État ayant intérêt au respect du droit humanitaire, par conséquent, tout État peut saisir la Commission<sup>158</sup>.

### C. La répression des infractions au droit international humanitaire selon le principe de compétence universelle

La répression des infractions au droit humanitaire selon le principe de compétence universelle est certainement l'un des moyens privilégiés à la mise en œuvre de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire (1). À ce titre, il convient d'apprécier la portée du principe (2) et les limites à sa mise en œuvre (3).

<sup>155</sup> *Protocole additionnel I*, *supra* note 14 à l'art. 90.

<sup>156</sup> Abi-Saab, « Mécanismes de mise en œuvre », *supra* note 141 à la p. 127.

<sup>157</sup> Luigi Condorelli, « La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits : un outil obsolète ou un moyen utile de mise en œuvre du droit international humanitaire » (2001) 83:842 R.I.C.R. 393 à la p. 405.

<sup>158</sup> *Ibid.* à la p. 398; Voefray, *supra* note 97 aux pp. 207-10.

1. LE PRINCIPE DE COMPÉTENCE UNIVERSELLE ET L'OBLIGATION DE FAIRE RESPECTER LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Les juridictions nationales exercent habituellement leur compétence à l'égard des infractions commises sur le territoire de l'État – principe de territorialité – des infractions commises par ou contre un national – principes de nationalité active et passive – et des infractions portant atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État – principe de compétence réelle. La compétence universelle est une compétence extraterritoriale qui se manifeste par une atténuation voire par une suppression du lien de rattachement à l'État du for. En application du principe d'universalité, la juridiction nationale est compétente quels que soient le lieu de commission de l'infraction, la nationalité de son auteur, celle de sa victime. Cette logique atteint son point culminant lorsque l'absence de l'auteur de l'infraction sur le territoire national ne fait pas échec à l'engagement des poursuites. On parle dans ce cas de compétence universelle absolue.

Le principe de juridiction universelle n'est pas un simple critère supplémentaire de compétence des juridictions nationales. Il procède en effet d'une logique distincte de celle qui prévaut dans les politiques répressives habituelles. Il ne s'agit pas pour l'État de protéger son ordre public national mais de défendre des valeurs communes à l'humanité. L'État qui agit en application du principe de compétence universelle se fait le garant d'un ordre public international. Le principe d'universalité de juridiction, ainsi que son nom l'indique, est empreint des conceptions universalistes de la philosophie du droit naturel. Selon une construction théorique qui plonge ses racines dans la pensée de Grotius<sup>159</sup> et trouve son aboutissement dans « l'école américaine du droit pénal international »<sup>160</sup>, certains crimes sont de nature à choquer la conscience humaine et à offenser la communauté internationale. Ainsi, les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Ces crimes internationaux ou crimes contre le droit des gens sont

<sup>159</sup> Voir Gilbert Guillaume, « La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles » dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur : Droit pénal, droit européen*, Paris, Litec, 1992, 23 aux pp. 27-30 (l'auteur fait remonter les théories universalistes au-delà de Grotius. Il en attribue la paternité à l'école espagnole. L'on remarquera par ailleurs – et peut-être s'étonnera-t-on – de la position relativiste, fortement hostile au principe d'universalité de juridiction, adoptée par les auteurs de la « philosophie des Lumières » française, Montesquieu, Voltaire et Rousseau).

<sup>160</sup> L'expression est de Marc Henzelin, « La compétence pénale universelle, une question non résolue par l'arrêt Yerodia » (2002) 107 R.G.D.I.P. 819 aux pp. 819-54 [Henzelin, « La compétence universelle »]. Voir notamment Cherif Bassiouni, « Réprimer les crimes internationaux : *ius cogens* et *obligatio erga omnes* » dans *Répression nationale des violations du droit international humanitaire (systèmes romano-germaniques)*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1997, 29 aux pp. 29-55; Cherif Bassiouni et Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995; Meron, « International Law in the Age of Human Rights », *supra* note 8 aux pp. 141-55; Antonio Cassese, « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale? » dans Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, dir., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, 1 aux pp. 13-29 [Cassese, « Y a-t-il un conflit insurmontable? »]. Voir pour analyse de la doctrine, Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bâle, Bruylant, 2000 aux pp. 401-03 [Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*].

préjudiciables à tous. Il est par conséquent de l'intérêt voire du devoir de chacun de contribuer à leur répression<sup>161</sup>.

Ainsi la notion de crime international et les conséquences qui y sont attachées entrent-elles remarquablement en résonance avec les concepts de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*<sup>162</sup>. S'agissant plus particulièrement du droit international humanitaire, on ne peut manquer de constater la parenté qui lie le principe d'universalité de compétence à l'obligation de faire respecter le droit humanitaire. Lequel apparaît potentiellement comme une nouvelle facette de l'obligation. Une facette singulière, qui se distingue de celles précédemment envisagées en ce qu'elle dépasse le cadre des relations interétatiques, perce le voile opaque de l'État pour se saisir des individus qui agissent en son nom. Une interprétation restrictive de la notion d'obligation de faire respecter le droit humanitaire tendrait toutefois à exclure le principe d'universalité de son champ d'application, arguant de l'intervention nécessairement *ex post facto* de la répression pénale. Il convient de se garder d'une telle interprétation restrictive. L'obligation de faire respecter le droit humanitaire doit se concevoir plutôt comme un principe général éclairant l'ensemble de la mise en oeuvre du droit humanitaire. On constatera à ce propos que la répression pénale universelle embrasse l'intégralité du champ de la mise en oeuvre. En d'autres termes et pour reprendre la typologie établie par Yves Sandoz<sup>163</sup>, la répression se conçoit tant comme un moyen de prévention, de contrôle que, cela va de soi, de répression. La fonction préventive est propre à tout système pénal. Elle acquiert dans le domaine de la juridiction universelle une dimension toute particulière<sup>164</sup> que l'on peut certainement attribuer à la culture d'impunité qui a prévalu et continue de prévaloir en matière de crimes internationaux. En outre, la répression des crimes de guerre n'est pas conditionnée par la fin des hostilités. Elle peut être réalisée en cours de conflit afin de dissuader la commission de nouvelles infractions<sup>165</sup>. Et la compétence

<sup>161</sup> Voir par exemple, Cassese, « Y a-t-il un conflit insurmontable? », *ibid.* aux pp. 18-29; Marc Henzelin, « La compétence universelle », *ibid.* à la p. 823; Marco Sassòli, « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international » (2002) 4 R.G.D.I.P. 797 aux pp. 810-11 [Sassòli, « L'arrêt Yerodia »].

<sup>162</sup> *Affaire Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine)*, exceptions préliminaires du 11 juillet 1996, [1996] C.I.J. rec. 595 au para. 31 (le lien entre le concept d'obligation *erga omnes* et celui de compétence universelle a été reconnu de manière implicite par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Bosnie Herzégovine*. Selon la Cour, « les droits et obligations consacrés par la convention [sur le génocide] sont des droits et obligations *erga omnes*. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque Etat de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention »). Sur ce point voir Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, *supra* note 164 aux pp. 395-400.

<sup>163</sup> Sandoz, « Mise en œuvre du droit international humanitaire », *supra* note 26 aux pp. 299-326 (sont distingués trois types de moyens de mise en oeuvre du droit humanitaire : les moyens préventifs, les moyens de contrôle et les moyens de répression).

<sup>164</sup> Voir Kai Ambos, « On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level » dans Marc Henzelin et Robert Roth, dir., *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Genève, Helbing and Lichtenhain, 2002, 305 aux pp. 305-23.

<sup>165</sup> François Bugnion, « Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits de notre temps » (1999) 835 R.I.C.R. 487 à la p. 493 (l'on constate cependant « qu'il est difficile, aussi longtemps que les hostilités se poursuivent, de se saisir des auteurs des pires exactions, et plus encore de ceux qui les ont ordonnées »).

universelle de prendre la forme d'un moyen de contrôle de l'application du droit humanitaire.

## 2. LA RECONNAISSANCE D'UNE COMPÉTENCE UNIVERSELLE OBLIGATOIRE À L'ÉGARD DES INFRACTIONS GRAVES AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

L'existence d'une compétence universelle obligatoire en matière de crimes de guerre est aujourd'hui admise de manière quasi-unanime<sup>166</sup>. Force est pourtant de reconnaître que le caractère particulièrement imprécis de la formulation retenue par les *Conventions de Genève* autorise une diversité des interprétations.

Articles communs 49-50, 129, 146 (2). *Conventions de Genève*.  
« Sanctions pénales I. Généralités »

Chaque partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.

Ainsi les Conventions imposent-elles une obligation de poursuivre les auteurs d'infractions graves au droit humanitaire, quelle que soit leur nationalité. Est-ce à dire qu'elles instituent un principe de compétence universelle? Ne s'agit-il pas plutôt d'un rappel des critères habituels de compétence des juridictions pénales insistant sur l'impératif d'équité des poursuites, quelle que soit la nationalité des accusés, que ceux-ci soient « des nationaux ou des ennemis »<sup>167</sup>? Ce raisonnement conduit à exclure toute spécificité des crimes de guerre. Il n'y aurait par conséquent d'autre finalité à leur répression que la défense de l'ordre public national<sup>168</sup>. Une telle interprétation est manifestement contraire à l'esprit qui anime les *Conventions de Genève*. Il ressort des travaux préparatoires des Conventions<sup>169</sup>, des commentaires des Conventions<sup>170</sup> et de ceux des *Protocoles additionnels*<sup>171</sup>, que les « Conventions

<sup>166</sup> Pour une opinion divergente, voir l'opinion individuelle du Président Guillaume à l'arrêt de la CIJ en date du 14 février 2002 dans *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Avis consultatif et ordonnance, [2002] C.I.J. rec. 3 au para. 17.

<sup>167</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I, supra* note 9 à la p. 410.

<sup>168</sup> Meron, « International Law in the Age of Human Rights », *supra* note 8 à la p. 153 (« [f]rom that perspective, which considers trial of captured war criminals as a manifestation of the principle of self-help, the Nuremberg process represented an expanded protection of the interests of co-belligerents »).

<sup>169</sup> Voir en particulier le débat entre les délégués italien et monégasque. Le premier estimant que « l'obligation de rechercher les personnes prévenues devait être limitée aux Parties au conflit », le second déclarant que « ce serait déformer les intentions des auteurs [...] que de limiter aux seules Parties au conflit la portée de l'article ». Sur ce point, Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international, supra* note 164.

<sup>170</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I, supra* note 9 à la p. 404 (le Commentaire de l'article n'envisage pas explicitement le principe d'universalité. L'on peut lire en revanche dans le Commentaire général du

imposent aux États parties d'exercer leur compétence à l'égard des infractions graves sur tout fondement juridique traditionnel (compétence territoriale, personnelle active ou passive), mais aussi sur la base de l'universalité »<sup>172</sup>. L'article 1 commun vient à l'appui de cette interprétation.

Aux termes des conventions humanitaires, il n'est d'obligation de poursuivre en application du principe d'universalité que pour les infractions graves aux Conventions<sup>173</sup>. Sont exclues de la notion l'ensemble des infractions commises à l'occasion d'un conflit non international ainsi que les « infractions autres » dans l'hypothèse d'un conflit international. À défaut d'une obligation, existe-t-il dans ces deux situations une faculté des États à agir en application du principe d'universalité?

Depuis l'institution des Tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda, le droit des conflits non internationaux s'est remarquablement étoffé et s'est rapproché du droit des conflits internationaux<sup>174</sup>. Corrélativement, la pratique des États a évolué. Plusieurs procès ont été conduits sur le fondement du critère d'universalité, pour des faits relatifs aux conflits ex-yougoslave et rwandais<sup>175</sup>. Si bien que l'étude menée par le CICR sur les règles coutumières du droit humanitaire conclut à l'existence d'un droit de chaque État à poursuivre, selon le principe d'universalité les auteurs de crimes de guerre commis en temps de conflit interne<sup>176</sup>. Conformément à l'obligation de faire respecter le droit humanitaire, les États ne peuvent être qu'encouragés à agir de la sorte.

S'agissant des « infractions autres » commises à l'occasion d'un conflit armé international, les *Conventions de Genève* disposent : « [c]haque Partie contractante

---

chapitre IX relatif à la *Répression des abus et des infractions* l'indication suivante : « l'universalité de juridiction pour les infractions graves permet d'espérer que celles-ci ne resteront pas impunies »).

<sup>171</sup> *Commentaires des Protocoles additionnels*, *supra* note 87 à la p. 1050 à l'art. 88 (« [l]es infractions graves aux Conventions ou au Protocole relèvent ainsi de la juridiction universelle »).

<sup>172</sup> Paola Gaeta, « Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux » dans Cassese et Delmas-Martys, *supra* note 164 à la p. 206; Sassòli, « L'arrêt Yerodia », *supra* note 165 à la p. 805.

<sup>173</sup> S'agissant du contenu de la notion d'infraction grave, chacune des *Conventions* donne une liste des infractions, les quatre *Conventions de Genève*, *supra* note 14 respectivement aux art. 50-51, 130, 147. Cette liste est complétée par le *Protocole additionnel I*, *supra* note 14 à l'art. 11 au para. 4 et à l'art. 85 aux para. 3-4.

<sup>174</sup> *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 à l'art. 8 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 2002) (ainsi le *Statut de la Cour pénale internationale* intègre-t-il le concept de crimes de guerre en situation de conflit armé non international); Jan Wouters, « The Obligation to Prosecute International Law Crimes » dans *Actes du Colloque de Bruges. Impératifs de justice et exigences de paix et de sécurité (Collegium n° 32)*, Bruges, Collège d'Europe, 2005 à la p. 25 [*Colloque de Bruges, Collegium n° 32*].

<sup>175</sup> Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, dir., *Customary International Law, Vol. I: Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 aux pp. 604-05 [Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol I: Rules*]; Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice*, *supra* note 27, c. 44 à la section B; Rafaëlle Maison, « Les premiers cas d'application des dispositions pénales des *Conventions de Genève* par les juridictions nationales » (1995) 6 E.J.I.L. 260 aux pp. 260-73.

<sup>176</sup> *Ibid.*, Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol I: Rules*, pp. 604-605 (compte tenu de l'évolution rapide du droit en la matière, il n'est pas absurde d'émettre l'hypothèse de la reconnaissance future d'une obligation de poursuivre selon le principe d'universalité les infractions graves commises à l'occasion des conflits non internationaux).

prendra les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions de la présente Convention, autres que les infractions graves définies à l'article suivant »<sup>177</sup>.

L'éventuelle faculté des États à se prévaloir du principe de compétence universelle n'apparaît ni dans cette disposition ni dans son commentaire. Les règles du droit international général peuvent-elles aider à la résolution de cette question? Quel apport en particulier de l'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du Lotus*? La Cour y reconnaît l'existence d'un principe général de compétence extraterritoriale en ces termes :

[m]ais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international [...]. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.<sup>178</sup>

L'*obiter dictum* de la Cour a pu être utilisé comme un argument en faveur d'une reconnaissance particulièrement étendue du principe de compétence universelle<sup>179</sup>. Quoique séduisante par son caractère très général, la solution Cour permanente de justice internationale n'en paraît pas moins inappropriée à la défense du principe d'universalité. Les logiques sont différentes pour ne pas dire opposées. D'un côté l'expression d'un principe de laisser faire, la reconnaissance d'une souveraineté étatique toute puissante<sup>180</sup>. De l'autre, une volonté de limiter la souveraineté de l'État, de « raisonner la raison d'État »<sup>181</sup>. La combinaison de l'obligation de faire respecter le droit humanitaire et des articles communs 49-50-129-146 est sans doute un fondement plus raisonnable à l'éventuelle faculté des États d'engager des poursuites en application du principe d'universalité. Le devoir de non ingérence serait-il toutefois de nature à faire échec à cette nouvelle occasion de faire

<sup>177</sup> Quatre *Conventions de Genève*, *supra* note 14 aux art. communs 49-50-129-146 (3).

<sup>178</sup> *Affaire du Lotus (France c. Turquie)* (1927), C.P.I.J. (sér. A) n°10 à la p. 19 [*Affaire du Lotus*].

<sup>179</sup> Voir Gaeta, *supra* note 176 aux pp. 194-95. Voir aussi l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 170 à l'occasion de laquelle la Belgique a plaidé le précédent de l'*Affaire du Lotus*, *ibid.* à la p. 13 au para. 51 (dans une opinion conjointe, les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ont conclu au caractère obsolète de l'*Affaire du Lotus* : « [t]he dictum represents the high water mark of laissez faire in international relations, and an era that has been significantly overtaken by other tendencies ». À l'inverse, le juge *ad hoc* Van den Wyngaert a estimé dans son opinion dissidente que l'arrêt demeurait valable : « [i]l découle de l'arrêt rendu en l'affaire du Lotus qu'un État est en droit d'exercer sur son territoire une compétence extraterritoriale à moins que le droit international ne lui interdise »). Voir aussi Henzelin, « La compétence universelle », *supra* note 164 aux pp. 837-39.

<sup>180</sup> Jean-Pierre Cot, « Éloge de l'indécision. La Cour et la compétence universelle » (2002) 37 R.B.D.I. 546 à la p. 551.

<sup>181</sup> Mireille Delmas-Marty, dir., *Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1989.

respecter le droit humanitaire? Il ne fait guère de doute que les infractions au droit humanitaire – même non graves – relèvent de la catégorie des obligations *erga omnes*. Par ailleurs, les États ont accepté de se soumettre à l'obligation de faire respecter le droit humanitaire. L'on peut douter par conséquent qu'ils puissent légitimement se prévaloir du devoir de non ingérence et de la théorie du domaine réservé à l'encontre de poursuites engagées selon le principe de la compétence universelle<sup>182</sup>. Il n'est, en tout état de cause, pas légitime d'envisager la poursuite de toutes les violations du droit humanitaire sur ce fondement<sup>183</sup>. Conformément aux théories justifiant la compétence universelle par la nature particulière de l'infraction, il doit être un seuil à l'engagement des poursuites. Ce seuil pourrait se trouver dans le concept de violation grave du droit humanitaire, notion plus large que celle d'infraction grave<sup>184</sup>. Ainsi y aurait-il obligation d'exercer la compétence universelle en cas d'infraction grave et faculté de le faire en cas de violation grave non constitutive d'une infraction grave<sup>185</sup>.

S'agissant de la portée du principe de compétence universelle, il convient d'aborder une dernière question d'importance. Celle de la compétence universelle absolue. Les États peuvent-ils – doivent-ils – poursuivre et/ou juger les auteurs d'infractions au droit humanitaire lorsque ceux-ci ne sont pas présents sur le territoire national? L'article commun des *Conventions de Genève* relatif aux sanctions pénales n'apporte pas de réponse explicite à la question. Toutefois, en établissant le devoir prioritaire de « rechercher les personnes prévenues d'avoir commis » une infraction grave et de manière subsidiaire celui d'extrader ces personnes, les Conventions paraissent n'imposer d'obligations aux États qu'à l'égard des criminels présents sur le territoire national<sup>186</sup>. Cette interprétation est confortée par le commentaire des

---

<sup>182</sup> Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, *supra* note 164 aux pp. 162-90 (il convient de faire état de la complexité du débat sur les relations entre principe de non-ingérence et compétence universelle. Les États tout d'abord invoquent fréquemment le principe. Ainsi dans l'affaire *Pinochet*, le Chili s'est fondé sur le principe pour contester la compétence des juridictions espagnoles et britanniques, arguant que le jugement à l'étranger du général était de nature à porter atteinte au principe de réconciliation nationale. Les exemples son nombreux. Selon une jurisprudence et une doctrine classiques, l'ingérence est constituée dans l'hypothèse de la commission d'un acte d'exécution sur le territoire d'un État, l'ingérence étant exclue en cas de poursuites judiciaires établies sur le principe d'universalité. Il est toutefois une évolution contemporaine jurisprudentielle (voir par ex. *Activités militaires et paramilitaires*, *supra* note 29) et doctrinale tendant à reconnaître sous certaines conditions la possibilité d'une ingérence par la voie judiciaire).

<sup>183</sup> Voir Meron, « International Law in the Age of Human Rights », *supra* note 8 à la p. 151.

<sup>184</sup> Voir *Commentaires des Protocoles additionnels*, *supra* note 87 à l'art 89. Sur l'assimilation des violations graves du droit humanitaire aux crimes de guerre, voir *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T10, jugement (10 décembre 1998) au para. 33 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, chambre de première instance), en ligne : TPIY <<http://icr.icty.org/>>. Voir aussi l'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. I: Rules*, *supra* note 179 aux pp. 558-603.

<sup>185</sup> Envisager un seuil en deçà de la notion de violation grave impliquerait de raisonner au cas par cas.

<sup>186</sup> Voir l'observation de Claude Lombois citée par le juge Rezek dans son opinion individuelle exprimée dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 170 au para. 7 (« là où cette condition n'est pas formulée, on ne peut que la sous-entendre : comment un État pourrait-il rechercher un criminel sur un autre territoire que le sien? Le livrer, s'il n'est pas présent sur son territoire? Recherche comme livraison supposent des actes de contrainte, liés à des prérogatives de puissance publique souverain, qui ont le territoire pour limite spatiale »).

Conventions<sup>187</sup>. Il est par conséquent raisonnable de conclure à l'absence d'obligation de poursuivre sur le fondement d'une compétence universelle *in absentia*<sup>188</sup>. Les États bénéficient-ils en revanche d'un droit d'agir de la sorte? Aucune disposition des *Conventions de Genève* et de leurs *Protocoles additionnels* ne permet d'exclure cette hypothèse. De même, les commentaires ne contiennent aucun élément à faire valoir, que ce soit en faveur ou bien contre une telle solution. Il existe en revanche une pratique – certes rare – des États, l'exemple le plus fameux étant celui de la Belgique<sup>189</sup>. L'application des lois belges a été à l'origine d'un différend entre la Belgique et la République démocratique du Congo. Quoique la Cour internationale de justice, saisie de l'affaire, n'ait pas pris parti sur la question de la compétence universelle *in absentia*, celle-ci a été longuement débattue à l'audience et a occupé une place de choix dans les opinions individuelles des juges<sup>190</sup>. Il en ressort une grande divergence des opinions, équivalente à l'importante controverse existant au sein de la doctrine.

Pour résumer de manière succincte l'état d'un débat complexe, il est d'un côté des opinions défavorables au principe d'universalité absolue, fondées sur deux types d'arguments. Des arguments strictement normatifs tout d'abord, aux termes desquels l'absence d'une reconnaissance du principe par le droit international permet de conclure à son illicéité<sup>191</sup>. D'autre part, des arguments arguant de la déstabilisation potentielle du système international par le jeu de l'universalité absolue. Ces arguments mettent l'accent sur l'inefficacité inhérente au principe d'universalité par défaut, sur la confusion des fonctions judiciaire et politique et sur le risque d'un

<sup>187</sup> Pictet, *Commentaires : vol. I, supra* note 9 à la p. 411 (le commentaire n'envisage de poursuites qu'à l'égard des individus présents sur le territoire : « dès [qu'une Partie contractante] a connaissance du fait qu'une personne se trouvant sur son territoire aurait commis une telle infraction, son devoir est de veiller à ce qu'elle soit arrêtée et poursuivie rapidement »).

<sup>188</sup> Voir par ex. Gaeta, *supra* note 176 aux pp. 206-07; Sassòli, « L'arrêt Yerodia », *supra* note 165 à la p. 806; Eric David, « Dans quelle mesure de nouveaux mécanismes ou de nouveaux organes de supervision pourraient-ils assurer une plus grande efficacité du droit international humanitaire? » dans *Colloque de Bruges, Collegium n° 30, supra* note 56, 47 à la p. 51.

<sup>189</sup> Voir les lois des 16 juin 1993 et 10 février 1999 relatives à la répression des crimes de guerre, des crimes de génocide et des crimes contre l'humanité. Aux termes d'une loi du 5 août 2003, la compétence universelle absolue a été abandonnée par la Belgique. Les juridictions nationales peuvent désormais exercer une compétence universelle à l'égard des crimes de guerre à condition soit que leur auteur réside en Belgique, soit sur réquisition du ministère public (à condition que la victime ou sa famille porte plainte ou que l'autorité du lieu de l'infraction émette un avis officiel). Sur l'évolution du droit belge, voir par ex. Pierre d'Argent, « L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien? » (2004) 3 R.G.D.I.P. 597 aux pp. 597-631. D'autres États connaissent une compétence universelle absolue à l'égard des crimes de guerre. Voir sur ce point Damien Vandermeersch, « La compétence universelle » dans Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 164 à la p. 606 [Vandermeersch, « La compétence universelle »]. S'agissant plus particulièrement de la faculté d'ouvrir une instruction en l'absence de l'accusé sur le territoire national, voir les législations canadiennes, luxembourgeoises et néo-zélandaises dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. I: Rules, supra* note 179 aux pp. 604-05; Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice, supra* note 27, c. 44 à la section B.

<sup>190</sup> *L'Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, supra* note 170. Voir en particulier les opinions individuelles du président Guillaume, l'opinion conjointe des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal ainsi que l'opinion du juge *ad hoc* Van den Wyngaert.

<sup>191</sup> Voir en particulier les opinions individuelles du président Guillaume et du juge Rezek, *ibid.*

« chaos judiciaire »<sup>192</sup> préjudiciable à la lutte contre l'impunité<sup>193</sup>. Force tout de même est de reconnaître que ce dernier argument demeure très théorique, qu'en réalité, le risque principal n'est pas actuellement celui de la concurrence des compétences mais plutôt celui du conflit négatif de juridiction<sup>194</sup>. Certaines opinions favorables s'appuient sur le *dictum* très général mais peut être inapproprié de la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du Lotus*<sup>195</sup>. Ainsi est-il préférable de partir du principe selon lequel il n'existe aucune interdiction, que ce soit en droit humanitaire ou en droit international général, à l'exercice d'une telle compétence. Qu'il est en revanche un impératif de lutte contre l'impunité conforté par l'obligation de chaque État de faire respecter le droit humanitaire<sup>196</sup>. Si l'on suppose qu'il existe un droit des États à agir sur le fondement d'un principe d'universalité absolue, il convient d'entrer dans le détail de l'exercice d'une telle compétence et distinguer à cet égard l'ouverture d'une instruction de la procédure de jugement par défaut. Le premier volet apparaît pleinement justifié. Conformément à l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire, les États ne peuvent qu'être encouragés à instruire les infractions au droit humanitaire et à demander l'extradition de leurs auteurs. La légitimité du second aspect est revanche plus problématique. Certes le jugement *in absentia* ne contrevient-il pas au standard international du droit à un procès équitable. Il demeure toutefois très insatisfaisant du point de vue des droits de la défense et de l'égalité des armes<sup>197</sup>. Il apparaît en outre de nature à confirmer les craintes exprimées par les opposants au principe de compétence universelle par défaut, à savoir risque de « chaos judiciaire », encombrement excessif des juridictions et, *in fine* une efficacité très relative.

<sup>192</sup> Sassòli, « L'arrêt Yerodia », *supra* note 165 à la p. 806.

<sup>193</sup> Voir, Sassòli, *ibid.*; Cassese, « Y a-t-il un conflit insurmontable? », *supra* note 164 à la p. 23.

<sup>194</sup> Damien Vandermeersch, « L'expérience des juridictions nationales » dans *Colloque de Bruges, Collegium n° 32*, *supra* note 178 à la p. 45 [Vandermeersch, « L'expérience des juridictions nationales »].

<sup>195</sup> Cet argument a été longuement exposé par la Belgique dans son contre-mémoire dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 170. Voir sur ce point David, *supra* note 21 aux pp. 819-20. Voir aussi l'opinion individuelle, dans la même affaire, du juge *ad hoc* Van den Wyngaert, aux para. 48-51.

<sup>196</sup> Voir Henzelin, « La compétence universelle », *supra* note 165 aux pp. 848-50. Voir aussi l'opinion conjointe des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 170 aux para. 30-32, 53-61. Voir *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton, Program in Law and Public Affairs, Princeton University, 2001, en ligne : Program in Law and Public Affairs <[http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf)> [*The Princeton Principles of Universal Jurisdiction*].

<sup>197</sup> Voir dans ce sens la résolution relative à *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* adoptée en 2005 par l'Institut de droit international. En particulier l'article 3 (b) aux termes duquel « mis à part les actes d'instruction et les demandes d'extradition, l'exercice de la compétence universelle requiert la présence du suspect ». Voir aussi *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, *ibid.*; Vandermeersch, « La compétence universelle », *supra* note 189 aux pp. 606-07.

### 3. LES MÉCANISMES D'EXERCICE DU PRINCIPE DE COMPÉTENCE UNIVERSELLE ET LEURS LIMITES

En premier lieu, l'article commun des *Conventions de Genève* relatif à la répression des infractions graves au droit international humanitaire impose l'adoption de mesures législatives déterminant les peines encourues<sup>198</sup>. Au delà des prescriptions conventionnelles et compte tenu de l'imprécision de la définition des infractions, l'État devra certainement adopter des dispositions spécifiques à cet égard, « afin de permettre à [ses] tribunaux d'exercer utilement leurs compétences »<sup>199</sup>. La pratique des États en la matière est variable. Certains ne connaissent aucune disposition interne de mise en œuvre des dispositions conventionnelles. Ce qui pose la question de l'applicabilité directe des normes conventionnelles. D'autres États ont adopté une norme générale de transposition des obligations. Certains États enfin se sont dotés de dispositions spécifiques de mise en œuvre<sup>200</sup>. En tout état de cause l'exercice de la compétence universelle repose essentiellement sur le droit national de l'État. Qu'il s'agisse des normes d'incrimination et de répression, des notions générales telles que la complicité et la présomption et enfin du système procédural. D'où une inévitable hétérogénéité de l'exercice de la répression<sup>201</sup>. La justice exercée selon la compétence universelle n'est pas une justice uniforme.

S'agissant de la répression proprement dite, les Conventions retiennent une conception singulière du principe classique *aut dedere aut judicare*. Les poursuites se conçoivent comme l'obligation prioritaire à la charge des États, l'extradition comme un moyen subsidiaire à leur disposition. Le principe de fonctionnement de la compétence universelle selon les *Conventions de Genève* est par conséquent le suivant : *primo judicare secundo dedere*<sup>202</sup>. Par souci d'efficacité le premier *Protocole additionnel aux Conventions de Genève* établit le principe d'une entraide judiciaire et mentionne la coopération en matière d'extradition<sup>203</sup>.

<sup>198</sup> Les quatre *Conventions de Genève*, *supra* note 14 aux art. communs 49-50-129-146 (1) (« [I]es Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant »).

<sup>199</sup> Gérard de la Pradelle, « La compétence universelle » dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, dir., *Droit international pénal*, Paris, A. Pedone, 2000, 905 à la p. 910.

<sup>200</sup> Sur la pratique des États, voir Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 160; Damien Vandermeersch, « La compétence universelle », *supra* note 189 aux pp. 589-611. Voir aussi Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. I: Rules*, *supra* note 179 aux pp. 605-06; Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice*, *supra* note 27, c. 44 à la section B.

<sup>201</sup> Voir de la Pradelle, *supra* note 298 aux pp. 917-18.

<sup>202</sup> Voir Henzelin, « La compétence universelle », *supra* note 164 à la p. 847. Voir également l'opinion conjointe des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 170 au para. 8, à la p. 30.

<sup>203</sup> *Protocole additionnel I*, *supra* note 14 à l'art. 88 (« 1. Les Hautes Parties contractantes s'accorderont l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure relative aux infractions graves aux Conventions ou au présent Protocole ; 2. Sous réserve des droits et des obligations établis par les Conventions et par l'article 85, paragraphe 1, du présent Protocole, et lorsque les circonstances le permettent, les Hautes Parties contractantes coopéreront en matière d'extradition. Elles prendront dûment en considération la demande de l'État sur le territoire duquel l'infraction alléguée s'est produite »). Sur ce point, voir Adama Dieng, « La mise en œuvre du droit international humanitaire : les infractions et les sanctions ou quand la pratique désavoue les textes » dans *Le droit face aux crises*

Les limites traditionnelles à l'exercice de la justice pénale – prescription, amnistie, immunités – sont-elles de nature à faire échec à la répression des infractions au droit humanitaire?

La prescription est un principe de régulation de la fonction répressive par l'oubli qui repose sur l'idée de la dissolution de l'efficacité et de la légitimité de la répression par le temps. S'agissant de la répression des crimes internationaux, la validité de ce principe traditionnel du droit pénal est douteuse. Pour des raisons théoriques tout d'abord qui tiennent à la nature des infractions en cause. Selon les termes de Pierre Mertens, « on ne conçoit pas d'application de la "loi de l'oubli" pour des crimes qui ont été perpétrés contre la communauté des nations et l'humanité en tant que telle »<sup>204</sup>. Pour des raisons pratiques également. L'on constate en effet que les victimes de crimes internationaux vivent généralement dans un environnement psychologique, politique et juridique qui les découragent de chercher l'engagement de poursuites judiciaires. Les auteurs des infractions bénéficient quant à eux fréquemment de la protection de leur État de résidence<sup>205</sup>. Par la suite, le mécanisme de prescription apparaît souvent comme un facteur d'impunité. S'agissant de l'état du droit positif, l'on constate que les *Conventions de Genève* et leurs *Protocoles additionnels* n'évoquent pas la question. Le principe d'imprescriptibilité des crimes de guerre est cependant consacré par plusieurs instruments internationaux<sup>206</sup>. En 1996, la Commission du droit international considérait toutefois qu'il n'était pas de principe coutumier d'imprescriptibilité des crimes de guerre<sup>207</sup>. Depuis lors, des choses ont évolué. Certes, la pratique demeure « confuse » et « éclatée »<sup>208</sup>. Elle révèle néanmoins une tendance en faveur de l'imprescriptibilité, qui trouve pour l'heure son aboutissement dans le *Statut de la Cour pénale internationale*. Aux termes de l'étude consacrée par le CICR au droit coutumier, la pratique internationale apparaît suffisante pour reconnaître l'existence d'un principe juridique

---

*humanitaires. De l'efficacité du droit international humanitaire dans les conflits armés, Vol. 1*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1995, aux pp. 318-19.

<sup>204</sup> Pierre Mertens, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 1974, 226 cité par David, *supra* note 21 à la p. 827.

<sup>205</sup> Mireille Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) » dans Cassese et Delmas-Martys, *supra* note 160 aux pp. 617-18 [Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec »].

<sup>206</sup> Voir *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 26 novembre 1968, 754 R.T.N.U. 73 (entrée en vigueur : 11 novembre 1970); *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 25 janvier 1974, 82 S.T.E. 1 (entrée en vigueur le 27 juin 2003); *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, *supra* note 178 à l'art 29.

<sup>207</sup> Le projet final de *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* ne retient pas le principe d'imprescriptibilité. Voir Annuaire de la CDI (1994), « Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind » (1994) 1 Yearbook of International Law Commission 1 aux para. 125, 130; « Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind » (1994) 2 Yearbook of International Law Commission 1 à la p. 17 au para. 80. Voir également Micaela Frulli, « Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux » dans Cassese et Delmas-Martys, *supra* note 164 aux pp. 237-38.

<sup>208</sup> Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec », *supra* note 205 aux pp. 618-21.

d'imprescriptibilité des crimes de guerre; lequel vaut tant pour les infractions commises à l'occasion des conflits internationaux que des conflits internes<sup>209</sup>.

À la différence de la prescription, l'amnistie n'est pas un automatisme mais le produit d'un acte de volonté. L'amnistie est un principe de pardon qui cherche en particulier à mettre un terme à « des temps troublés » par l'apaisement et la réconciliation. À l'inverse, une utilisation dévoyée du principe en fait un instrument efficace au service de l'impunité. Ainsi est-il à nouveau une raison théorique – le principe même de crime international – et pratique à l'exclusion de l'amnistie en matière de crimes internationaux. Une nouvelle fois on ne trouvera dans les conventions humanitaires aucune exclusion explicite de l'amnistie des crimes de guerre. Ce caractère peut cependant être déduit de l'obligation répressive visée aux articles communs 49-50-129-146 des *Conventions de Genève*. Peut-on étendre ce principe aux conflits non internationaux et à l'ensemble des violations graves du droit humanitaire? À première vue, le droit des conflits non internationaux peut paraître éloigné de ce type de considérations puisqu'il incite au contraire les autorités à « accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit »<sup>210</sup>. Une telle disposition ne saurait toutefois être interprétée comme accordant un blanc-seing aux États tentés par l'adoption de mesures d'amnisties inconditionnelles. Il est au contraire un certain nombre d'éléments en faveur du caractère non amnistiable des crimes de guerre en situation de conflit non international. Quoique l'article 3 commun aux *Conventions de Genève* et le deuxième *Protocole additionnel* n'abordent pas la question, il existerait un principe de droit coutumier imposant la répression des crimes de guerre sur le fondement des critères de compétence juridictionnelle traditionnels et valant tant pour les conflits internationaux que pour les conflits non internationaux<sup>211</sup>. La reconnaissance d'un tel principe entraîne par voie de conséquence le caractère non amnistiable des crimes de guerre commis à l'occasion de conflits non internationaux et de l'ensemble des violations graves du droit humanitaire. La pratique internationale – celle des États, des organes des Nations unies et de certaines organisations régionales – révèle une tendance à l'exclusion de toute amnistie en cas de crimes de guerre. L'étude du CICR considère que cette pratique est suffisante à la reconnaissance de l'existence d'une

---

<sup>209</sup> Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. I: Rules, supra* note 179 aux pp. 614-18; Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice, supra* note 27, c. 43 à la section E.

<sup>210</sup> *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609 à l'art 6 (5) (entrée en vigueur : 7 décembre 1978). Ce principe est reconnu par le CICR comme relevant du droit coutumier. Voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. I: Rules, ibid.* aux pp. 611-14; Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice, ibid.*, c. 44 à la section D (cette disposition n'est pas sans se justifier. Outre l'objectif général de réconciliation nationale, il s'agit d'atténuer le défaut de protection juridique dont sont l'objet les insurgés. Ceux-ci en effet encourent – alors même qu'ils combattent « selon les règles » – les sanctions les plus sévères en application du droit pénal national).

<sup>211</sup> Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. I: Rules, ibid.* aux pp. 607-11; Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice, ibid.* c. 44 à la section C.

règle coutumière sur ce point<sup>212</sup>. Il semble par conséquent raisonnable de conclure à l'illicéité des mesures d'amnistie des crimes de guerre<sup>213</sup>.

Par égard pour l'État qu'ils représentent, certains de ses agents et organes bénéficient d'immunités à l'étranger, en particulier d'une immunité de juridiction pénale qui empêche le juge du for de connaître des éventuelles infractions commises<sup>214</sup>. En ce qu'elle ne provoque pas la disparition de la responsabilité pénale, l'immunité de juridiction ne se confond pas avec l'impunité. Dans la pratique pourtant l'immunité est, comme la prescription et l'amnistie, un échappatoire fréquent à la répression pénale. La relation existant entre le concept d'immunité et le principe de compétence universelle est riche d'enseignements et suscite par ailleurs de nombreuses interrogations. Ceci s'explique avant toute chose par l'existence d'actions judiciaires, initiées à l'encontre d'anciens dirigeants et de chefs d'États et de gouvernement en exercice<sup>215</sup>, ayant débouché sur une pratique, non encore stabilisée, des juridictions nationales et internationales. Du point de vue théorique ensuite, la relation est fructueuse parce qu'elle se situe au confluent de deux logiques opposées – mais non inconciliables – du droit international. Une logique classique fonctionnant selon les principes du droit de coexistence et qui accorde une primauté à la souveraineté des États. Une logique contemporaine qui renvoie à la notion

<sup>212</sup> Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. I: Rules, ibid.* aux pp. 611-14; Henckaerts et Doswald-Beck, *Vol. II: Practice, ibid.* c. 44 à la section D.

<sup>213</sup> Si l'on poursuit dans ce sens on ne peut qu'estimer que les États peuvent – et doivent en application des quatre *Conventions de Genève*, *supra* note 90 aux art. communs 49-50-129-146 – poursuivre en application du principe de compétence universelle les auteurs des crimes de guerre ayant bénéficié d'une mesure d'amnistie. Comment ne pas être tenté toutefois de soulever à l'encontre de cette conclusion le principe de non-ingérence et de rappeler à cet égard la position du Chili contestant dans l'affaire *Pinochet* la compétence de juridictions étrangères au motif de l'illégitimité d'une ingérence dans le processus de réconciliation nationale. Au-delà de considérations strictement juridiques, cet exemple renvoie à la dimension politique de l'amnistie et aux relations existant entre les notions de justice et de paix. La question, qui est d'une complexité redoutable, peut être abordée de différentes manières. Contentons-nous de constater que la justice n'est « pas forcément une nécessité absolue à l'établissement de la [paix] ». Voir Elzbieta Mikos-Skuza, « Working group 1: La Justice: nécessité ou obstacle à la paix? » dans *Colloque de Bruges, Collegium n° 32, supra* note 178 à la p. 75 (et de poser la question suivante : ne doit-il pas avoir une limite à l'action de la justice afin de renouer les liens sociaux déchirés par le conflit? Au risque de déroger à la théorie des crimes internationaux).

<sup>214</sup> Les bénéficiaires des immunités sont essentiellement les dirigeants – chefs d'État, de gouvernement, et ministre des affaires étrangères, au-delà et s'agissant des autres membres du gouvernement et de personnalités autres, la question n'est pas clairement tranchée – et les représentants de l'État auprès d'un État étranger, soit les diplomates et dans une moindre mesure les agents consulaires. Trois types d'immunités se distinguent : immunité de contrainte ou inviolabilité (interdiction des mesures d'arrestation et de détention), immunité de juridiction et immunité d'exécution. Pour une étude du droit des immunités, voir Joe Verhoeven, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international » dans Joe Verhoeven, dir., *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Bruxelles, Larcier, 2004, 61 aux pp. 61-146.

<sup>215</sup> De nombreuses plaintes ont été déposées notamment en Belgique, en application des lois du 16 juin 1993 et du 10 février 1999. La justice s'est vue chargée d'instruire à l'encontre d'un ancien ministre marocain, de l'ancien président iranien Rafsanjani, de l'ancien président du Tchad H. Habré ainsi que contre les chefs d'État et de gouvernement en exercice suivants : Saddam Hussein, Fidel Castro, P. Kagame, Yasser Arafat, Ariel Sharon et George Bush. Pour une analyse de la politique judiciaire belge, voir Valérie Rosoux, « La Belgique et la diplomatie "éthique" : forces et limites d'une image » (2001) 81 *Esprit* 198 aux pp. 198-205.

d'obligation assumée<sup>216</sup>, à la théorie du crime international, aux notions d'obligations *erga omnes*, de normes de *jus cogens* et, s'agissant du droit international humanitaire, à l'obligation de faire respecter<sup>217</sup>. Les tenants de la théorie du crime international s'opposent à l'exercice des immunités et se fondent une nouvelle fois tant sur la nature des infractions en cause que sur l'impérative lutte contre l'impunité<sup>218</sup>. A nouveau, ils ne sauraient trouver dans les conventions humanitaires de dispositions confortant leurs arguments.

Quoiqu'elle puisse être qualifiée d'hésitante<sup>219</sup>, la pratique internationale, qui louvoierait entre les deux pôles du droit international, paraît tout de même dessiner une orientation confirmant d'une part l'immunité du dirigeant pendant la durée des fonctions et l'excluant lorsque celle-ci arrive à son terme. Ainsi, la Chambre des Lords a-t-elle jugé dans l'affaire *Pinochet* qu'un ancien chef d'État ne bénéficiait pas d'immunité pour des actes de torture, de prise d'otages et de crimes contre l'humanité commis à l'occasion du mandat<sup>220</sup>. Dans l'affaire *Khadafi*, alors qu'elle jugeait à l'exclusion de l'immunité, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris n'a pas été suivie par la Cour de Cassation, qui a jugé que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent [...] faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger »<sup>221</sup>. Dans l'affaire *Al-Adsani*, la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté sur le fondement du principe d'immunité les prétentions d'une victime d'actes de torture. L'action était toutefois dirigée contre un État, en matière civile de surcroît, si bien que l'arrêt de la Cour a pu être interprété comme excluant de manière implicite le principe d'immunité en cas de poursuites pénales<sup>222</sup>. En Belgique enfin, un mandat d'arrêt a été émis au cours de l'année 2000 à l'encontre du ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo sur le fondement de violations graves du droit humanitaire et de crimes contre l'humanité. Saisie par l'État congolais, la Cour internationale de justice a jugé que « les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité pénale et d'une inviolabilité totales à l'étranger »<sup>223</sup>. Les arguments en faveur de cette solution sont solides. Ils ressortent en premier lieu des impératifs de la vie internationale et du principe de coexistence pacifique des États<sup>224</sup>. L'ordre international demeurant

<sup>216</sup> Dupuy, « L'obligation en droit international », *supra* note 38 aux pp. 217-31.

<sup>217</sup> Voir Sassòli, « L'arrêt Yerodia », *supra* note 161 aux pp. 791-817; Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec », *supra* note 205 à la p. 638.

<sup>218</sup> Voir Delmas-Marty, *ibid.* aux pp. 639-52; Verhoeven, *supra* note 214 aux pp. 120-30.

<sup>219</sup> Voir Delmas-Marty, *ibid.* aux pp. 644-49.

<sup>220</sup> *Pinochet - Judgement of the British House of Lords of 24th March 1999*. Voir Delmas-Marty, *ibid.* aux pp. 646-47; Frulli, *supra* note 207 à la p. 224.

<sup>221</sup> *Crim.*, 13 mars 2001, Bull. crim., n° 64. Voir Delmas-Marty, *ibid.*; Frulli, *ibid.* à la p. 230.

<sup>222</sup> *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [CG], [2001] n° 35763/97 [2001] XI C.E.D.H. 55. Voir l'opinion dissidente Rosakis et al. Voir également Sassòli, « L'arrêt Yerodia », *supra* note 161 à la p. 808; David, *supra* note 21 à la p. 835.

<sup>223</sup> *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 179 à la p. 20 au para. 54 (cette solution peut être étendue aux chefs d'État et de gouvernement).

<sup>224</sup> *Ibid.* au para. 53 (la Cour rappelle à ce titre que « les immunités reconnues au ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de l'État qu'il représente »).

décentralisé, l'égalité souveraine des États y conserve son rôle de « principe structurel »<sup>225</sup>. À ce titre, il n'est pas de hiérarchie entre les États et il est par conséquent exclu que l'un d'entre eux exerce sur un autre un acte d'autorité, notamment de type juridictionnel<sup>226</sup>. Or, il est difficile de ne pas voir dans le jugement d'un dirigeant en exercice le jugement de l'État lui-même. Comme une persistance de la doctrine fort lointaine des deux corps du roi<sup>227</sup>. En tout état de cause on ne saurait raisonnablement conclure à la validité d'immunités absolues en matière de crimes internationaux. Les tendances contemporaines du droit international s'y opposent. Si le principe de l'immunité de juridiction pendant l'exercice des fonctions se justifie, les arguments qui le soutiennent perdent une grande partie de leur valeur quand il s'agit d'envisager des poursuites pénales au terme du mandat. Doctrine et jurisprudence envisagent deux fondements alternatifs à l'exclusion de l'immunité en cas de crimes internationaux. Premièrement, le « motif des fonctions » selon lequel la commission de crimes internationaux ne saurait entrer dans les attributions d'un chef d'État ou de gouvernement<sup>228</sup>. Ensuite, la nature même du crime international. Cette solution a été retenue par la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*<sup>229</sup>. Dans l'*Affaire du mandat d'arrêt*, la Cour internationale de justice évoque plusieurs hypothèses d'ouverture des poursuites et retient en particulier une solution apparemment distincte de celles précédemment envisagées :

[à] condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État

<sup>225</sup> Abi-Saab, « Cours général de DIP », *supra* note 34 à la p. 330.

<sup>226</sup> Voir par ex. Daillier et Pellet, *supra* note 108 à la p. 451.

<sup>227</sup> Il convient en outre de rappeler que le principe d'égalité souveraine des États joue un rôle de régulation et d'atténuation de la rigueur des relations de puissance entre États. La souveraineté est une protection pour les États faibles. Il s'ensuit que l'inévitable affaiblissement du principe de souveraineté par la mise en œuvre de la répression internationale des crimes internationaux est essentiellement un affaiblissement de la souveraineté des États faibles. Aussi le juge Rezek observe-t-il dans son opinion individuelle (para. 8, à la p. 2) : « [i]l est impératif que tout État se demande, avant d'essayer de faire avancer le droit des gens dans une direction qui va à l'opposé de certains principes qui régissent encore de nos jours les relations internationales, quelles seraient les conséquences de la conversion d'autres États éventuellement d'un grand nombre d'autres États à une pareille pratique. Cela n'est pas sans raison que les Parties ont discuté devant la Cour la question de savoir quelle serait la réaction de certains pays européens si un juge du Congo avait inculpé leurs gouvernants pour des crimes supposés commis par eux ou sur leurs ordres en Afrique ». Les États puissants ont les moyens de faire échec aux prétentions universalistes menaçant leurs intérêts nationaux ainsi que l'ont montré les pressions diplomatiques exercées sur la Belgique en vue d'obtenir l'abandon des lois de compétence universelle (voir Rosoux, *supra* note 219; D'Argent, *supra* note 192 à la p. 631). Suivant ce raisonnement on ne peut que s'interroger sur la légitimité et la réalité même d'une compétence universelle exercée par quelques pays de l'hémisphère nord sur des États du sud. C'est là le point de vue interétatique. Du point de vue de la théorie du crime international, une justice imparfaite parce que sélective est préférable à l'injustice universelle.

<sup>228</sup> Cette solution a été retenue par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Khadafi* (20 octobre 2000) et par la Cour d'appel d'Amsterdam dans l'affaire *Bouterse* (20 novembre 2000). Voir Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec », *supra* note 205 aux pp. 647-48. Voir aussi l'opinion conjointe des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 179 à la p. 20 au para. 85; Sassòli, « L'arrêt Yerodia », *supra* note 161 à la p. 802.

<sup>229</sup> Cette solution a été retenue par la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet* (Chambre des Lords, 24 mars 1999). Voir Delmas-Marty, *ibid.* à la p. 648.

[...] au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant [la période durant laquelle il a occupé ces fonctions] l'ont été à titre privé.<sup>230</sup>

Faut-il comprendre que la Cour, « implicitement ne [reconnaît] pas l'existence d'une exception aux immunités fonctionnelles en cas des crimes internationaux les plus graves »<sup>231</sup>? Ou doit-on au contraire considérer les crimes internationaux comme des actes commis à titre privé? Rejoint-on ici la logique du « motif de fonctions »? Il peut paraître étrange de concevoir les crimes internationaux comme des actes privés. L'on considère au contraire souvent que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité sont par définition des actes officiels<sup>232</sup>. Quelle que soit l'argumentation retenue, on ne peut que souhaiter la consécration d'un principe excluant l'immunité des anciens dirigeants ayant commis des infractions de ce type.

L'exercice de la compétence universelle se heurte par ailleurs à certaines limites de caractère pratique. En premier lieu les moyens matériels de la justice. Ceux-ci sont très variables selon les États. Ils ne sont jamais illimités et même les systèmes judiciaires les mieux dotés sont surchargés et présentent un retard important dans le traitement des dossiers. Dans ce contexte, la priorité des juges n'est pas d'engager des poursuites sur le fondement du principe d'universalité dans des affaires qui souvent sont remarquablement complexes<sup>233</sup>. Les hypothèses de poursuites sont également limitées par les difficultés probatoires inhérentes à l'exercice de la justice universelle. La compétence universelle ne saurait par ailleurs exister sans une coopération effective entre les autorités judiciaires des États concernés.

Il convient enfin d'évoquer les considérations de politique internationale qui conduisent souvent les États à manifester leur réticence à l'égard de la compétence universelle<sup>234</sup>, mais qui peuvent également être favorables à son exercice. C'est l'exemple belge d'une politique étrangère fondée sur « l'éthique des rapports internationaux »<sup>235</sup>.

Malgré ces limites, la compétence universelle doit être considérée comme l'un des moyens privilégiés dont disposent les États pour se conformer à leur obligation de faire respecter le droit international humanitaire. L'on ne peut qu'espérer que la tendance à son développement ne sera pas tenue en échec par l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire du mandat d'arrêt* et le renoncement de l'avant-garde belge. Qu'au contraire cette tendance se développera. Car il n'est de compétence universelle que partagée entre les États. Cela suppose une certaine homogénéité des systèmes pénaux, une entraide judiciaire et plus

<sup>230</sup> *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *supra* note 179 à la p. 22 au para. 61.

<sup>231</sup> Frulli, *supra* note 207 à la p. 234.

<sup>232</sup> Voir Sassòli, « L'arrêt Yerodia », *supra* note 161 à la p. 803.

<sup>233</sup> Voir Vandermeersch, « L'expérience des juridictions nationales », *supra* note 197 aux pp. 47-48.

<sup>234</sup> Voir par ex. Antoine Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002 aux pp. 32-37.

<sup>235</sup> Rosoux, *supra* note 219 aux pp. 198-205.

généralement une communauté de valeurs<sup>236</sup>. En tout état de cause, la compétence universelle ne se conçoit que comme l'un des rouages d'un système global de répression des violations du droit humanitaire. Pour reprendre l'expression de Damien Vandermeersch, l'idée est d'établir une « cascade de compétences »<sup>237</sup>. Dans ce système ordonné, la compétence universelle ne joue qu'un rôle subsidiaire. La primauté revient à l'État revendiquant la compétence territoriale, viennent ensuite les États disposant de la compétence personnelle et en dernier lieu l'État agissant selon le principe de compétence universelle. Cette hiérarchie des compétences s'est enrichie d'un nouvel échelon par la création de la Cour pénale internationale. La juridiction pénale internationale présente une légitimité supérieure en matière d'infractions au droit humanitaire qui la conduit naturellement à exercer sa compétence lorsque l'État sur le territoire duquel les faits ont été commis n'a pas la volonté ou la capacité d'exercer les poursuites<sup>238</sup>.

\* \* \*

L'obligation de faire respecter le droit international humanitaire emporte des conséquences particulièrement étendues. La nature des obligations est variée – obligations positives et négatives – de même que les moyens de leur mise en œuvre – moyens du droit international général, mécanismes du droit humanitaire, renvoi aux systèmes pénaux nationaux – qui couvrent par ailleurs l'intégralité du champ de la mise en œuvre du droit humanitaire – prévention, contrôle, répression. Au delà de l'intérêt normatif de l'obligation, l'examen de la pratique des États laisse cependant sceptique. Les démarches envisageables sont rarement entreprises et ne dépassent habituellement pas le stade de la dénonciation publique des violations du droit humanitaire. Les mécanismes propres au droit humanitaire fonctionnent mal. Ils ne fonctionnent souvent pas du tout. Ainsi, les deux instruments privilégiés de mise en œuvre de l'obligation de faire respecter, à savoir les réunions des Parties contractantes (art. 7 du *Protocole additionnel I*) et la CIHEF n'ont jamais été utilisés de sorte que l'on a pu s'interroger sur la nécessité d'instituer de nouveaux mécanismes, inspirés notamment de procédés relevant d'autres branches du droit international tels que le système des rapports et les procédures de non conformité, deux mécanismes présentant l'avantage d'instaurer un dialogue entre les États et un accompagnement souple en faveur du retour au respect du droit<sup>239</sup>. Quant à la répression pénale des auteurs d'infractions au droit humanitaire, il s'agit d'une tendance réelle qui demande toutefois à être confirmée et approfondie. Au delà de ces considérations sur l'action des États en faveur du respect du droit humanitaire, on peut également se permettre

---

<sup>236</sup> Voir Vandermeersch, « L'expérience des juridictions nationales », *supra* note 197 à la p. 48; Vandermeersch, « La compétence universelle », *supra* note 192 à la p. 610.

<sup>237</sup> Vandermeersch, « L'expérience des juridictions nationales », *ibid.* à la p. 45.

<sup>238</sup> *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, *supra* note 178 à l'art. 17.

<sup>239</sup> Laurence Boisson de Chazournes, « Vers une meilleure application du droit international humanitaire : leçons tirées d'autres domaines du droit international » dans *Colloque de Bruges, Collegium n° 30*, *supra* note 56 aux pp. 57-64.

d'être sceptique quant à l'impact des démarches sur la conduite des hostilités. Ainsi Antonio Cassese observe-t-il à cet égard :

*[t]o be sure, in these cases third countries [...] have, so to speak stuck their nose into the conflict so that the conflict is no longer part of the reserved domain of the States in question. But that does not mean very much. At bottom, what have they done? They have, I repeat, made appeals, invitations, to respect the law, and that is all. The parties to the conflict have, in general, not taken these appeals into considerations.<sup>240</sup>*

S'exprimant dans une veine aussi désabusée, cependant plus générale, H. Lauterpacht considère : « *if international law is, in some ways, at the vanishing point of law, the law of war is, perhaps even more conspicuously, at the vanishing point of international law* »<sup>241</sup>.

Les relations entre l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire et le modèle théorique de droit de coexistence et de droit de coordination sont paradoxales. Selon un premier point de vue, l'obligation de faire respecter est de nature à établir l'appartenance du droit humanitaire au modèle du droit de coopération. L'on peut ainsi déduire de l'obligation de faire respecter que les dispositions du droit humanitaire présentent le caractère d'« obligations assumées » dont « le consentement [n'est] plus le fondement »<sup>242</sup>. Ce constat s'appuie sur la logique singulière de l'*erga omnes* qui anime l'article 1 commun et sur le principe de compétence pénale universelle. À l'inverse, on est frappé de constater que les moyens de mise en oeuvre de l'obligation relèvent pour l'essentiel du droit international classique. Il y a une contradiction certaine à mettre au service de l'intérêt commun les instruments juridiques privilégiés d'un droit fondé sur la réciprocité, tels que les contre-mesures et les mesures de rétorsion. Ces instruments en effet ne sont pas neutres. Ils sont au contraire imprégnés de l'esprit du droit de coexistence. En d'autres termes, ces moyens sont par essence des instruments de justice privée qui fonctionnent selon le principe d'auto appréciation. Les obligations du droit humanitaire étant des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, la réaction à leur violation devrait être organisée, institutionnalisée. L'absence d'institutionnalisation est le défaut principal qui affecte la mise en oeuvre de l'obligation de faire respecter telle qu'étudiée jusqu'à ce point. Il est certes une institutionnalisation embryonnaire dans les Conventions humanitaires, justement tenue en échec par son insuffisance, par la permanence d'une logique de réciprocité et l'absence de tout élément contraignant. L'institution d'un droit international humanitaire de coopération suppose un dépassement du cadre interétatique de l'obligation de faire respecter. Compte tenu de son caractère universel et des pouvoirs étendus de l'un de ses organes, l'Organisation des Nations unies pourrait être le cadre privilégié d'une institutionnalisation de la mise en oeuvre du droit humanitaire.

<sup>240</sup> Cassese, « Critical Remarks », *supra* note 121 aux pp. 232-33.

<sup>241</sup> Cité par Bugnion, *supra* note 101 à la p. 1108.

<sup>242</sup> Dupuy, « L'obligation en droit international », *supra* note 38 à la p. 224.

De fait, l'Organisation mondiale s'est progressivement affirmée comme l'un des acteurs majeurs de la mise en œuvre du droit humanitaire<sup>243</sup>. Or, si cette nouvelle situation a suscité des espoirs considérables, elle a également été la source de multiples inquiétudes. Du point de vue du droit humanitaire, les préoccupations tiennent essentiellement au caractère politique de l'Organisation, lequel induit une sélectivité des actions qui s'accommode mal de l'impératif de veiller au respect du droit humanitaire en toutes circonstances<sup>244</sup>. Dans certaines hypothèses, la logique d'un processus de paix imposera de ménager les parties au conflit alors même que des violations du droit humanitaire ont été commises. La recherche par les États de leurs intérêts propres au sein de l'Organisation est également un facteur d'échec de l'exigence de faire respecter la totalité du droit humanitaire. L'on rejoint ici les dialectiques opposant droit de coexistence/droit de coopération et droit relationnel/droit institutionnel pour constater la perméabilité des deux tendances antagonistes dans le droit international contemporain : « [les États] ne figurent pas comme dans une vitrine, figés en statues vénérables, on les voit s'animer, s'affronter, ils n'ont pas remisé leurs étendards et les agitent volontiers au sein même de l'institution »<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> Voir notamment Gasser, *supra* note 48 aux pp. 15-49; Luigi Condorelli, Anne-Marie La Rosa et Sylvie Scherrer, dir., *Les Nations Unies et le droit international humanitaire, Actes du Colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève, 1995)*, Paris, A. Pedone, 1996; Luigi Condorelli, « La Cour pénale internationale. Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) » (1999) 1 R.G.D.I.P. 7 aux pp. 8-21; Laurence Boisson de Chazournes et Luigi Condorelli, « Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests » (2000) 837 R.I.C.R. 67 aux pp. 67-87; Condorelli, « L'obligation de respecter et faire respecter », *supra* note 142 aux pp. 46-50; Mario Lévêillé, « L'Organisation des Nations Unies et la mise en œuvre du droit international humanitaire » dans Roberta Arnold et Pierre-Antoine Hildbrand, dir., *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts, Changes and Challenges*, Lausanne, Edis, 2005, 61 aux pp. 61-95.

<sup>244</sup> Voir Laurence Boisson de Chazournes, « Les résolutions des organes des Nations Unies et en particulier celles du Conseil de sécurité, en tant que source de droit international humanitaire » dans Condorelli, La Rosa et Scherrer, *supra* note 247 à la p. 158.

<sup>245</sup> Dupuy, « Disparités de développement », *supra* note 36 à la p. 71.