

LE DROIT FACE À LA VIOLENCE : L'INAPPLICATION DU DROIT HUMANITAIRE

Marie-José DOMESTICI-MET¹

Résumé

L'inapplication du droit international humanitaire est un problème majeur, dont les conséquences tragiques sont régulièrement relayées dans les médias. Ces violations affectent les diverses composantes du droit humanitaire et aggravent encore les conditions déjà difficiles des personnes victimes de conflits. Sur un plan juridique, elles traduisent des atteintes à des normes d'une importance fondamentale, et qui peuvent être qualifiées d'impératives. Pour endiguer ces violations, le droit et les acteurs humanitaires multiplient les stratégies. Leur étude permet alors de comprendre la complexité de la question de l'inapplication du droit et l'impossibilité de la réduire à un phénomène binaire.

Abstract

The failure to implement international humanitarian law is a major problem, the tragic consequences of which are regularly reported in the media. These violations affect the various components of humanitarian law and further aggravate conditions of persons affected by conflicts. From a legal point of view, they reflect breaches of standards of fundamental importance, which can be qualified as peremptory. To limit these violations, the humanitarian actors use multiple strategies, which permit to understand the complexity of the question of the non-application of the law and the impossibility of reducing it to a binary phenomenon.

¹ Professeur émérite, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, Aix-en-Provence, France.

La guerre peut-elle obéir à un droit quelconque ? L'idée selon laquelle elle se développerait dans le non-droit est particulièrement répandue. C'est en tout cas ce que beaucoup de personnes interrogées, notamment beaucoup d'enfants des collèges, à qui sont proposés des cours d'initiation aux principes humanitaires, considèrent comme normal². La guerre, c'est la guerre ! Dès lors, si, d'aventure, un droit lui est applicable – et c'est le cas du droit international humanitaire –, nulle surprise qu'il ne soit pas exécuté à la lettre. Le Droit humanitaire semblerait *a priori* fournir le champ idéal pour une étude sur l'inapplication du droit. L'inapplication du Droit international humanitaire (ci-après DIH) est, en effet, un problème majeur d'aujourd'hui, au point que le grand public s'émeut largement, pour la Syrie par exemple, même si bien d'autres crises témoignent du même phénomène.

Pourtant, on doit commencer par encadrer le sujet avec précautions : quelle est la problématique commune de cette recherche ? Et qu'est-ce que ce droit humanitaire soumis au présent examen ?

Il faut, tout d'abord bien prendre la mesure de ce que signifie l'application du droit humanitaire. Sans même qu'il y ait inexécution, on peut parler d'un droit qui tolère la violence jusqu'à un certain point. « Un droit dans la guerre »³, le « *jus in bello* » est une *lex specialis* nécessairement dérogatoire par rapport au droit à la vie. Humaniser la guerre, ce n'est pas la prohiber. C'est pourquoi Henry Dunant lui-même se désolait de l'incompréhension qui avait conduit à lui décerner le Prix Nobel de la Paix⁴ ! Dans la guerre, le droit humanitaire tolère la mort, l'élimination de l'ennemi. En ce sens, il est moins prohibitif que le droit des droits de l'homme⁵. Mais – et toute sa spécificité est là – s'il n'interdit pas la violence, ce droit veut l'humaniser en créant plusieurs statuts d'immunité, soit absolue – pour ceux qui se tiennent en dehors des hostilités – soit relative – pour les combattants qu'il ne faut pas tuer n'importe quand et à qui on ne doit pas infliger n'importe quelle souffrance. En effet, l'approche superficielle, véhiculée par les commentaires de l'actualité, au sujet de la violation du droit humanitaire ramène souvent celle-ci au fait de tuer les civils. La réalité est plus complexe, car le droit humanitaire peut être violé sans qu'un seul civil ne soit tué⁶ ; tandis que des civils peuvent être tués sans que le droit humanitaire ne soit violé. Il peut être licite de tuer un certain nombre de civils, autour d'un objectif militaire licite, même si les civils en question se tiennent véritablement en dehors du combat. Plus surprenant encore, il existe un principe de proportionnalité : le nombre de victimes civiles « collatérales » acceptable est à la mesure de l'importance de l'objectif militaire ciblé. Pour les environs d'un objectif militaire très important, le nombre de civils dont l'élimination ne constitue pas une violation du droit humanitaire⁷ est plus élevé que pour un objectif de moindre valeur militaire. Ceci peut apparaître profondément choquant pour qui ne s'est pas plongé dans l'atmosphère du droit humanitaire ; mais ce point devait être posé.

2 Témoignage des étudiants de l'Institut d'études humanitaires internationales impliqués dans cette opération de diffusion en 2015 et 2016.

3 Selon l'intitulé de l'ouvrage de Marco Sassoli et Antoine Bouvier « *Un droit dans la guerre ?* », CICR, Genève, 2003.

4 Il en a été le premier récipiendaire en 1901.

5 D'où l'intérêt actuel de la doctrine, des juridictions internationales, des Nations unies et du CICR pour l'application du droit international des droits de l'homme dans le cadre des conflits. Les Protocoles additionnels établissent le lien.

6 En cas de mauvais traitements infligés aux prisonniers, par exemple.

7 On envisagera plus loin la formule « crime de guerre ».

De plus, la problématique soumise à l'examen dans le présent ouvrage se présente, dans le cas du droit humanitaire, de façon assez particulière par rapport à d'autres secteurs. Tout d'abord, il est assez difficile de parler de marginalité de l'inapplication, tant les violations sont nombreuses. Ceci a, d'ores et déjà, conduit à des conséquences fortes, allant jusqu'à des interrogations quant à la pertinence de l'application du droit humanitaire dans les conflits d'aujourd'hui ; on y reviendra plus loin. En second lieu – et toujours pour situer le droit humanitaire par rapport à la problématique de l'ouvrage –, on ne peut pas identifier nettement des personnes qui seraient responsables de l'application du droit, d'une part, et, d'autre part, des justiciables s'abstenant de faire valoir leurs droits. Toute personne participant aux hostilités porte la responsabilité d'appliquer le DIH⁸. Et l'on observe, par ailleurs, que le DIH ne garantit pas précisément des droits, même s'il offre une protection⁹, terme au demeurant polysémique comportant plusieurs acceptions, strictes ou plus larges, ainsi que l'on verra plus loin. Enfin, le contentieux – qui est un des termes de référence proposés à notre analyse – est, en matière de droit humanitaire, essentiellement répressif : il n'est pas initié par les victimes et ne comporte aucune possibilité d'injonction.

Pour le dire de manière synthétique, la présente étude est loin de se présenter comme aisée, car le sujet est tout en nuances. Fort heureusement, le point essentiel de la problématique de l'inapplication du droit trouve tout son sens à propos du droit humanitaire : le non-respect – fait de multiples violations – n'est qu'une partie des cas d'inapplication.

L'inapplication du droit humanitaire sous forme de non-respect est désormais un fléau reconnu (I), face auquel sont développées des stratégies dirigées dans plusieurs directions, dont, parfois, des formes d'inapplication censées être compatibles avec la protection (II).

I. Le non-respect du droit international humanitaire, un fléau reconnu

Constater que le droit humanitaire est violé est chose commune. Mais ce constat ne suffit pas. On se doit d'aller au-delà de l'aspect quantitatif. Il faut analyser le phénomène du non-respect dans son contenu – qui s'avère multiforme, car résultant de violations diverses des principales normes concernées – et dans sa portée juridique – qui est d'une particulière gravité et en fait un phénomène potentiellement criminel. De trop nombreuses violations sur les principaux axes du droit humanitaire (A) conduisent à un non-respect d'une particulière gravité (B).

A. Des violations qui affectent les principaux axes du DIH

Deux voies de protection – au sens large – sont apparues dès le début de l'« ère dunantienne » : l'assistance et l'immunité des victimes – cette dernière étant parfois désignée comme la « protection », au sens strict. On sait qu'Henry Dunant, sur le champ de bataille de Solferino, puis dans le village

⁸ Et peut être condamnée si certains actes sont caractérisés.

⁹ Parmi les quatre conventions de 1949, seule la quatrième comporte ce terme dans son intitulé. Mais, dans les autres conventions, le terme apparaît également, par exemple aux articles 12 et 13 de la première et la deuxième convention de Genève.

voisin de Castiglione, a porté secours aux soldats blessés. Ce n'était pas un secours médical qualifié, mais plutôt quelques gestes de base accomplis dans un esprit de profonde compassion¹⁰. Mais, il a expliqué dans *Un souvenir de Solférino*¹¹ que, dès qu'il s'est agi de transfert dans un hôpital, il a dû lutter pour faire admettre sa vision par les paysannes de Castiglione qu'il avait engagées dans cette action de secours. En effet, l'idée que tous les soldats – même *hors de combat* – des trois armées impliquées dans la bataille avaient le même titre à être soignés n'allait pas de soi¹². L'idée qu'aucun blessé n'était un ennemi et que tous devaient avoir un même accès aux soins médicaux a été le premier apport conceptuel d'Henry Dunant : le soldat blessé est une personne protégée. Il est mis à l'abri des hostilités par ce que l'on appellera une sorte de « bulle » juridique qui interdit de le frapper, l'achever ou l'abandonner.

L'évolution ultérieure vers le schéma actuel du droit humanitaire – celui-là même dont on va évoquer les violations – s'est faite par un enrichissement dans deux directions, tandis que le contexte lui-même se modifiait également.

Premièrement, le socle de base s'est élargi, par une extension des catégories de personnes bénéficiant de la « bulle » : soldats malades, naufragés, prisonniers de guerre, et, enfin personnes civiles.

Deuxièmement, au mécanisme statique de la « bulle » de protection s'est ajoutée une approche opérationnelle qui veut éviter aux civils la situation de victime, en proscrivant certains modes de conduite des hostilités¹³. Pour garantir le respect de « la »¹⁴ distinction majeure entre combattants et civils – censés ne pas combattre –, le droit humanitaire a forgé des concepts opératoires.

Et, troisièmement, le DIH a pris en compte l'évolution politique de la conflictualité en incluant des dispositions sur les conflits non internationaux. Mais l'attachement des États à leur souveraineté n'a pas permis d'aligner le régime desdits conflits sur celui des conflits internationaux. Il ne comporte pas la catégorie « combattant », alors qu'il accorde une protection croissante aux populations civiles.

Mais le contexte, lui-même, continue d'évoluer, amenant le droit humanitaire à être toujours « en retard d'une guerre ». Ce droit a pris en compte, progressivement, les conflits non internationaux, les mouvements de résistance, les guerres de libération nationale, mais il est aujourd'hui face à d'autres types de conflictualité qui représentent un défi immense pour son respect¹⁵. Les violations seront examinées sans prétention à l'exhaustivité, et à la lumière de quelques outils qui ont été mis en place pour les éviter. Elles touchent principalement les trois axes du dispositif humanitaire mentionnés : immunité (1), assistance (2) et conduite des hostilités (3).

10 Mettre à l'abri, faire un pansement, étendre sur un matelas de fortune, éponger un front en sueur, donner à boire, tenir la main...

11 Qu'il a publié en 1862, soit trois ans après la bataille.

12 Aux yeux des habitantes de Castiglione, il y avait les « leurs », les Piémontais luttant pour une Italie débarrassée de la présence autrichienne et, accessoirement, les alliés français. Les blessés autrichiens n'avaient, pensaient-elles, pas vocation à être transportés dans un hôpital piémontais.

13 Apparue lors des Conférences de La Haye en 1899 et 1907, cette approche s'épanouit dans le Protocole additionnel I de 1977.

14 Les guillemets traduisent l'habitude, courante au CICR, de dire « la distinction » tout court.

15 Sur ce point, voir, par exemple N. K. MODIRZADEH, « Période sombre pour le droit international applicable aux conflits armés : un appel à l'engagement », in « Générer le respect du droit », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 57-70.

1. *La violation de l'immunité des personnes protégées*

En plus de 600 articles, le droit humanitaire dit – notamment – que les blessés ne doivent être ni achevés ni délaissés, que les prisonniers de guerre ne sont pas un butin personnel de leurs détenteurs et doivent être traités selon leur grade et, encore que les personnes civiles ne doivent pas être l'objet d'attaques... Cette protection de la vie et de la dignité des personnes opère comme si elle isolait chacun des menaces qui le concernent ; d'où l'image de la bulle. Mais, celle-ci n'est, pourrait-on dire de manière – là aussi – imagée, *que virtuelle parce que juridique*. Elle nécessite le respect des prohibitions et prescriptions par les destinataires. Elle ne protège que si les normes sont respectées. Dans le schéma du conflit armé international, toute la hiérarchie militaire doit tendre à la faire respecter. Mais, dans une situation de violence désorganisée, la « bulle » n'est intacte que si ceux qui sont en position de nuire décident eux-mêmes de se censurer, ce qui n'est pas acquis.

L'inexécution est diffuse, car le DIH oblige tous ceux qui combattent ; dès lors nombreux sont ceux qui doivent le respecter, et nombreux sont ceux qui ne le respectent pas. Les violations du droit humanitaire, sont, en un temps donné, extrêmement diverses selon les acteurs. Chacun méconnaît le droit humanitaire à sa manière.

Son premier avatar est la violation du droit humanitaire par le simple combattant. L'inexécution est instinctive, car le droit humanitaire contrarie certains instincts, la pulsion de mort, par exemple, ou l'instinct de vengeance¹⁶. La guerre fait sauter les barrières, elle engendre une perte des repères. Des études ont été menées sur le comportement de soldats réguliers¹⁷. Mais, de plus, même normalement encadré, le soldat qui se retrouve dans la position de celui qui a déjà donné la mort, ou de celui qui vient d'échapper à la mort, ou encore dans celle de celui qui a perdu des compagnons sous les coups de l'ennemi est capable d'actes que rien, dans sa vie antérieure, n'aurait pu laisser présager. Le chef militaire qui exerce un « commandement responsable » a un rôle important à jouer, au-delà de la tactique : conserver l'humanité de ses hommes, qui ne doivent pas devenir des « tueurs »¹⁸. Dans d'autres hypothèses, le fait qu'un conflit implique des groupes non intégrés dans un corps professionnel et composés de personnes habituées à une vie rustique et difficile peut conduire à un comportement globalement très violent.

La violation du droit humanitaire par les chefs militaires eux-mêmes a un effet démultiplié. Une forme – hélas pratiquée dans beaucoup d'armées, mais aujourd'hui rarement ouvertement – est de ne pas faire de prisonnier et de tuer, au contraire, tous les ennemis qui tombent en leur pouvoir. Une armée qui a fait beaucoup de prisonniers peut être tentée – précisément parce qu'elle sait les

16 Selon Éric David, « la vengeance constitue un ressort classique et puissant des violations du droit des conflits armés » (É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, éd. Bruylant, 2012, p. 997).

17 Voir E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, éd. Bruylant, 2012 ; M. HAROFF-TAVEL, « La promotion du droit international humanitaire par le CICR : histoire et perspectives d'avenir », in « Générer le respect du droit », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 93-133.

18 « L'efficacité opérationnelle [...] n'est que l'un des aspects de la mise en œuvre d'un commandement "responsable". Dans la mesure où le terme est un corollaire incontournable du respect du DIH [...], seules les unités fondées sur cette conception particulière de la discipline sont en mesure de satisfaire aux objectifs complémentaires que sont l'efficacité militaire et le respect des normes humanitaires » (G. S. CORN, « Réflexion sur la notion de commandement responsable » in « Générer le respect du droit », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 157).

exigences du statut des prisonniers de guerre – de ne pas en faire. Une variante s'exprime par l'ordre « pas de quartier », prohibé par le droit humanitaire¹⁹.

Enfin, au-delà de la violence instinctive, il faut mentionner celle qui fait suite à une incitation à la haine pour faciliter l'adhésion au combat. Sans même évoquer la Radio Mille Collines du Rwanda²⁰, le dénigrement systématique de l'adversaire peut être le fait de tous les pays²¹.

2. *Le non-respect de l'assistance aux personnes protégées*

a) *La base juridique de l'assistance aux personnes protégées* réside dans les Conventions et Protocoles. Les dispositions sur ce point ont évolué. Centrées d'abord sur l'acheminement²², elles ont acquis ensuite une portée plus large concernant le principe même des secours :

« lorsque la population civile d'un territoire sous le contrôle d'une partie au conflit [...] est insuffisamment approvisionnée [...] des actions de secours de caractère humanitaire et impartial [...] seront entreprises, sous réserve de l'agrément des Parties concernées [...]. Les offres de secours remplissant les conditions ci-dessus ne seront considérées ni comme une ingérence dans le conflit armé, ni comme des actes hostiles²³. »

Et l'éventail des prestations autorisées s'est élargi, en ce qui concerne la population générale²⁴, du secteur strictement médical et spirituel²⁵ à « la fourniture de vêtements, de matériel de couchage, de logements d'urgence, des autres approvisionnements essentiels à la survie de la population civile »²⁶.

Enfin, le personnel humanitaire fait, depuis 1977, l'objet d'une mention à l'article 71 du P.A. 1²⁷ et, s'il s'agit de personnel intervenant dans les secours médicaux²⁸, il bénéficie d'une immunité expressément prévue.

Pourtant, la réalisation effective des opérations de secours reste, dans les textes, suspendue à une autorisation, qui semble obligatoire parce que prévue dans une phrase au futur – « accordera », « seront entreprises sous réserve de l'agrément » –. Pire, en cas de conflit non international de

19 Article 40 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, 8 juin 1977 (ci-après P.A.1).

20 Radio qui émettait des messages de haine contre les Tutsis, autour du thème « ils reviennent pour nous tuer, agissons avant ».

21 La France pendant la Première Guerre mondiale motivait ses soldats en mettant en scène la « barbarie allemande » par opposition à la « générosité française » (série de cartes postales d'époque montrant un soldat allemand achevant un blessé français... et un soldat français abreuvant un blessé allemand).

22 « Chaque Haute partie contractante accordera le libre passage... », article 23 de la quatrième Convention de Genève, 12 août 1949 (ci-après C.G. IV).

23 Article 70 du P.A.1, 8 juin 1977.

24 Dans la quatrième Convention de Genève de 1949, seuls les « enfants de moins de quinze ans, les femmes enceintes ou en couches » étaient envisagés comme destinataires de « vivres indispensables ».

25 L'article 23 de la C.G. IV, 12 août 1949 se borne à envisager, pour la population générale « tout envoi de médicaments et de matériel sanitaire, ainsi que des objets nécessaires au culte ».

26 Article 69 du P.A.1, 8 juin 1977.

27 « En cas de nécessité, l'aide fournie [...] pourra comprendre du personnel de secours, notamment pour le transport et la distribution [...]; la participation de ce personnel sera soumise à l'agrément de la Partie sur le territoire de laquelle il exercera son activité ». Article 71 du P.A.1, 8 juin 1977.

28 Article 15 du P.A. 1, 8 juin 1977.

haute intensité, lorsqu'une partie du territoire échappe à l'autorité de l'État, l'autorisation de porter assistance doit tout de même émaner des autorités étatiques ! On a là une cause majeure et récurrente de privation d'assistance. En Afghanistan, à l'époque de la présence soviétique, le CICR dut attendre de 1979 à 1986 pour obtenir l'autorisation de travailler, sans laquelle il n'entreprend pas d'opération²⁹. D'ailleurs, au pur et simple refus d'autorisation, les autorités peuvent substituer des autorisations conçues pour l'instrumentalisation de l'assistance, qui peut aider à organiser des déplacements forcés, comme ce fut le cas dans l'Éthiopie de Mengistu en 1984³⁰.

b) Le concept de « refus arbitraire » a été forgé pour tenter d'améliorer l'accès. Évoqué pendant la préparation des Protocoles additionnels, mais non retenu, il a fait son apparition dans le « droit souple », en dehors du strict droit des conflits avec les Principes directeurs sur la protection des personnes déplacées internes³¹. Il a fait son entrée dans le périmètre du droit des conflits, avec l'étude du CICR sur le droit coutumier (2005), au niveau du commentaire de la règle 55 sur l'assistance³². On retrouve le même concept en 2016 dans la nouvelle version des commentaires des Conventions de 1949³³, dans une tentative très réfléchie de fonder l'introduction de ce concept sur l'évolution générale du droit :

« *In 1949, the understanding of the requirement to seek and obtain the consent of the Parties to the conflict concerned was set in the context of States' nearly unfettered sovereignty* » [...] « *Since 1949, international law in general, and humanitarian law in particular, has evolved to the extent that a Party to an international armed conflict to which an offer of services is made by an impartial humanitarian body is not at complete liberty to decide how to respond to such an offer. It has now become accepted that there are circumstances in which a Party is obliged, as a matter of international law, to grant its consent, one can conclude that consent may not be refused on arbitrary grounds.* »³⁴ »

Dès lors le refus d'accès est plus aisément qualifiable de violation du droit humanitaire, mais il n'en a pas pour autant disparu. Et l'on constate pire encore...

29 Pendant ce temps, ceux que l'on appelait les « *French doctors* » (cf. *infra* II partie C) parvenaient à travailler clandestinement, sans, néanmoins pouvoir se passer de l'aide – et donc de l'accord – des *Mudjahiddines* qui les aidaient à franchir la frontière depuis le Pakistan.

30 Ce qui amena MSF, mais aussi le CICR, à se retirer pour ne pas contribuer à ces déplacements forcés.

31 Ensemble de Principes mis au point en 1998 dans le cadre des Nations unies (Représentant spécial Francis Deng, Commission des Droits de l'homme, Doc. ONU E/CN.4/1998/53/Add.2 du 11 février 1998).

32 La Règle 55 s'énonce : « Les parties au conflit doivent autoriser et faciliter le passage rapide et sans encombre de secours humanitaires destinés aux personnes civiles dans le besoin, de caractère impartial et fournis sans aucune distinction de caractère défavorable, sous réserve de leur droit de contrôle ». Elle est considérée comme valable en conflit armé non international comme en conflit armé international. Et le commentaire est le suivant : « *humanitarian organization cannot operate without the consent of the party concerned. However, such consent must not be refused on arbitrary grounds* » (J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume I : Rules*, ICRC, Cambridge University Press, 2009, p. 197).

33 Sous les articles 9/9/9/10 communs aux quatre Conventions de Genève., voir §§ 1172 et 1173 du *Commentaire de la Première Convention de Genève*, CICR, 2016, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire>.

34 *Idem*.

c) *Les violations du DIH en matière d'assistance ne font qu'augmenter.* D'une part, se multiplient les atteintes physiques dont fait l'objet le personnel humanitaire – et plus encore lorsqu'il s'agit d'« employés locaux ». Toute une gamme de facteurs – économiques³⁵, politiques³⁶ ou liés à la dynamique du conflit³⁷... – peut expliquer le grand nombre d'incidents et les dénonciations croissantes de ce type de violations du droit humanitaire.

Et, d'autre part, on constate une contamination, des problèmes d'accès à l'assistance internationale, vers les problèmes d'accès aux services médicaux, qu'ils soient ou non apportés de l'extérieur. Les cas de la Syrie et du Yémen sont particulièrement nets en ce sens.

L'atteinte est, alors, portée à travers le mode de conduite des hostilités.

3. *La violation de « la » distinction dans la conduite des hostilités*

Si les « unités sanitaires » font l'objet d'une protection spécifique³⁸, c'est parce que la distinction entre ceux qui combattent et ceux qui ne combattent pas est une articulation majeure du droit humanitaire³⁹. Les dispositions du droit humanitaire, particulièrement depuis 1977, offrent, pour son respect dans les combats, des outils intellectuels rigoureux, qui semblent dépassés, dans certains conflits, par le type même de conflictualité.

a. *Les outils intellectuels destinés à guider la mise en œuvre de la distinction, sont de deux types : concepts opératoires et principes d'action*

Les concepts opératoires peuvent être présentés sous la forme d'une triade « combattant – civil – population civile », et d'un couple « objectif militaire – bien civil ». Dans le premier groupe, c'est le combattant qui a fait l'objet de l'approche la plus complexe, à travers des listes de personnages se trouvant dans des liens divers avec l'État⁴⁰ – toutefois synthétisées sous l'expression « forces armées »⁴¹. Le civil, lui, se définit par défaut. À l'article 50 du P.A. 1, on trouve non seulement qu'« est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas » à une des catégories de combattants (§ 1), mais encore que l'ensemble des civils forme la population civile (§ 2), et que celle-ci garde cette qualité, même en cas de présence d'un non civil en son sein (§ 3).

L'objectif militaire, lui, est soit un combattant⁴² – puisque le combattant, qui a le droit de tuer, court officiellement le risque d'être tué – ou un bien meuble – char d'assaut par exemple – ou immeuble – caserne, immeuble abritant l'État-Major adverse, par exemple. L'article 52 du P.A. 1 constitue la

35 Notamment lorsque les missions humanitaires apparaissent le seul pôle d'aisance dans une société très pauvre.

36 Dans certains cas où l'action humanitaire est vue comme occidentale par des acteurs qui veulent éliminer toute présence occidentale.

37 Lorsqu'il s'agit de nuire au groupe auquel appartiennent les bénéficiaires d'une mission.

38 Voir, par exemple, le Chapitre III de la C.G I du 12 août 1949, les articles 12 et 13 du P. A. 1, 8 juin 1977, article 11 du P.A 2, 8 juin 1977.

39 Formule plus précise que l'opposition « combattants/civils ». Il faut, pour être complet songer aux soldats hors de combat (bénéficiaires d'assistance selon les C.G. I et C.G. II et aux civils déchus de leur immunité pour avoir pris les armes.

40 Article 4 de la C.G. III, 12 août 1949.

41 Article 43 du P. A. 1, 8 juin 1977.

42 La présente formulation est sans doute rare, mais elle correspond exactement à l'article 52 du P.A. 1, lequel dispose « en ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont... »

base textuelle de la labellisation d'un bien comme objectif militaire ou bien civil. L'objectif militaire suppose la réunion de deux conditions, Les deux conditions de l'article 52 s'expliquent aisément par la fonction du bien. Il s'agit de :

- « biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire »⁴³
- et (car les deux conditions doivent être réalisées simultanément),
- « dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »⁴⁴.

En revanche, est bien civil tout bien qui ne remplit pas les conditions pour être objectif militaire⁴⁵; il est, donc, qualifié par défaut, à l'instar du civil. Il existe aussi une protection particulière pour certains biens dont la protection est nommément formulée : biens « indispensables à la survie de la population civile »⁴⁶, biens culturels et lieux de culte⁴⁷ et ouvrages susceptibles de libérer des « forces dangereuses »⁴⁸.

Après que les cibles légitimes aient été identifiées, deux principes doivent présider à la mise en œuvre des opérations : le principe de précaution et principe de proportionnalité⁴⁹. Le premier oblige chaque partie au conflit, non seulement en tant qu'auteur d'attaques (article 57 P.A. 1), mais aussi, en tant que cible potentielle, à prendre des précautions. Au premier titre, l'article 57 P.A. 1 lui impose les choix les plus économes en vies civiles dans la population de l'État adverse, ainsi que des vérifications et, éventuellement, il lui fait obligation de lancer des avertissements à la population. Au second titre, l'article 58 P.A. 1 prescrit au belligérant de protéger la population qui est sous son propre contrôle, en séparant bien ce qui est objectif militaire de la population civile. Le principe de proportionnalité, quant à lui, prescrit de ne pas programmer – ou d'interrompre – une attaque quand l'avantage militaire attendu apparaît faible par rapport à l'atteinte aux personnes et à leurs biens.

b. Malgré ce balisage rigoureux, les violations sont nombreuses

Il est vrai que la précision croissante des armes et des moyens d'observation est un atout pour le respect des prescriptions qui viennent d'être énoncées. Certaines armées modernes, notamment celles de l'OTAN, ont mis au point une véritable science de l'opérationnalisation du DIH dans le choix des cibles et des munitions.

43 Article 52 du P.A. 1, 8 juin 1977.

44 *Idem*.

45 « Sont biens de caractère civil, tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires », *idem*.

46 Article 54 du P.A. 1, 8 juin 1977 et article 14 du P.A. 2, 8 juin 1977.

47 Article 53 du P.A. 1, 8 juin 1977.

48 Article 56 du P.A. 1, 8 juin 1977.

49 Article 57 § 2 b) du P.A. 1, 8 juin 1977 qui prescrit d'interrompre une attaque « ... lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou qu'il bénéficie d'une protection spéciale ou que l'on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ».

Mais, les évolutions successives de la conflictualité ont profondément changé le théâtre des opérations.

Les choses ont profondément changé pour la triade « combattant-civil-population civile », depuis que des non militaires prennent les armes. Certes, le DIH a évolué et a recouvert de sa protection les résistants, en 1949, à certaines conditions⁵⁰, puis, en 1977, il a énoncé des conditions moins exigeantes à propos de ceux qui combattent pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁵¹. Mais ces évolutions concernent les conflits internationaux.

Or, aujourd'hui, la plupart des conflits sont des conflits armés non internationaux. Dès lors, ceux qui prennent les armes dans ces conflits ne sont pas des combattants, et n'ont pas droit à la protection minimale du combattant⁵². Ils sont, de plus, en cas de « participation directe aux hostilités », déchus de la protection que confère la qualité de « civil ». Et, dans les faits, avec les conflits identitaires, on en arrive à une situation dans laquelle plus personne n'est dans son rôle traditionnel et où les civils se trouvent doublement impliqués dans les combats : en tant que guerriers et en tant que cibles. Il est vrai qu'une construction doctrinale – due au CICR – permet d'éclairer les textes et de ne pas confondre participation directe occasionnelle et participation directe permanente⁵³. Pourtant, son apport ne répond qu'à une partie des problèmes soulevés par les violations du droit humanitaire.

Déplacés au nom du « nettoyage » ethnique, contraints, volontairement intimidés, et, au besoin, éliminés, les civils affrontent encore d'autres souffrances avec l'apparition des groupes armés fondamentalistes⁵⁴. On peut voir désormais, des membres de minorités religieuses – ou de majorités jugées impies –, enlevés, crucifiés, réduits en servitude, utilisés comme esclaves sexuels ou soumis au travail forcé.

Les conflits qui se déroulent en milieu urbain ajoutent aux violations. Parce qu'utilisés, systématiquement et à dessein, par des belligérants, nombre de biens civils peuvent être qualifiés d'objectif militaire, tandis que d'autres qui n'ont pas perdu leur caractère civil, tels les services médicaux, voient leur immunité systématiquement violée. Loin d'être efficacement aidées par l'assistance humanitaire,

50 Art 4 § 3 de la C.G. III, 12 août 1949 : « ... les membres des milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés appartenant à une partie au conflit agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :

- a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
- b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
- c) de porter ouvertement les armes ;
- d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ».

51 L'article 44 § 3 du P. A. 1 dispose « ... les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. Étant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement :

- a) pendant chaque engagement militaire ; et
- b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer... »

52 Pouvoir devenir prisonnier de guerre, ne pas subir de « maux superflus », bénéficier d'immunité et de soins en cas de mise *hors de combat*...

53 Cf. *infra*, II^e partie, A) 2)

54 Même si en Occident, on considère que leur cas relève de la délinquance et d'un traitement judiciaire ; il n'en va pas de même au Levant, où leurs attaques continues les inscrivent dans des conflits armés non internationaux (on n'envisagera pas, ici, l'hypothèse d'un conflit transnational, ou non international global...), et où ils s'appuient sur des fractions de la population.

les personnes sont atteintes par la suppression des services de base, ou leur usage partisan dans la conduite des hostilités. Dans le même temps, des pans entiers de la population font office de bouclier humain.

Dans ce contexte, lorsque les populations sont libérées, c'est sur une base d'échange, ou par des évacuations collectives vers des lieux choisis politiquement au gré de l'évolution du conflit. Tout ceci est en contradiction avec les principes humanitaires, qui veulent que chaque personne soit respectée et aidée pour elle-même, pas pour ce qu'elle représente sur l'échiquier politique⁵⁵.

Enfin, lorsque des forces de paix – casques bleus ou forces multinationales mandatées – entrent en action, elles sont bien souvent entravées... par leur respect du droit. Les forces de terre se heurtent à des foules dont partent des attaques⁵⁶, alors que le DIH oblige à continuer de les considérer comme « population civile ». Les forces aériennes, quant à elles, sont contraintes par le principe de précaution, vu l'intrication des réalités au sol, de renoncer à un grand nombre d'opérations, voire de limiter leurs actions à des points périphériques. Quant à frapper au nom du fait que beaucoup de personnes au sol ne sont pas des civils vrais, ces forces ne pourraient le faire que sous peine de « perdre leur âme ». Cela devient une forme nouvelle de guerre « asymétrique », dans laquelle ce n'est pas la partie la plus avancée sur le plan technologique qui est avantagée, mais celle qui observe le moindre respect envers le droit humanitaire.

On en arrive, ainsi, à un non-respect croissant, nonobstant les avertissements et les appels au ressaisissement.

B. Un phénomène de non-respect d'une gravité particulière

Le non-respect du DIH est un phénomène impliquant des violations potentiellement criminelles, en raison du caractère des normes violées. Parce qu'elles ont très tôt joué un rôle capital dans la protection des personnes en temps de conflit (1), les normes de droit humanitaire – ou, du moins, nombre d'entre elles – ont un caractère impératif (2).

55 Par exemple en Syrie : « *Je suis fatigué et écœuré des arguments vains pour justifier les violations flagrantes du droit contre les civils.* » (Peter Maurer, président du CICR, disponible sur www.cicr.blog.lemonde.fr) ; « Ma visite en Syrie cette semaine m'a conforté dans mon opinion que les conflits dans la région s'imposent désormais comme une nouvelle normalité effrayante. Les batailles menées selon la logique du talion ne cessent de gagner en intensité, sans que l'on se préoccupe de leur impact dévastateur sur les civils.

Le niveau de souffrances dans la Ghouta orientale est le dernier exemple de cette triste réalité, et il en va de même à Afrine ainsi qu'à Mossoul, Sanaa et Taïz. Trop souvent, la destruction semble être un objectif en soi, au mépris des normes fondamentales d'humanité. [...] Le conflit syrien est marqué par des violations récurrentes du droit international humanitaire : situations de siège, blocus, attaques disproportionnées dans des zones urbaines, civils et services civils pris pour cible, notamment des ambulances, des stations d'approvisionnement en eau et des marchés. Ces tactiques ne sont pas employées uniquement en Syrie mais dans toute la région : c'est une partie d'échecs géopolitique dans laquelle des vies humaines sont en jeu. Ces dernières semaines, je me suis rendu dans différents pays du Moyen-Orient et j'ai été témoin du coût humain de la guerre indiscriminée. [...] Tout comme de nombreux humanitaires sur le terrain, je suis moi-même fatigué et écœuré par les arguments vains qui sont avancés pour justifier les violations flagrantes commises contre les civils. Les vies humaines ont toutes la même valeur, que ce soit dans la Ghouta, à Damas, à Alep, à Mossoul, en Syrie ou au Yémen. Et les populations souffrent d'autant plus que les humanitaires sont empêchés de faire leur travail ».

56 Par exemple en Somalie en 1993, ces foules étaient instrumentalisées par le mouvement djihadiste du Général Aïdid.

1. *Les normes de droit humanitaire, éléments avancés de l'humanisme juridique*

La qualité de « norme impérative » n'est pas une étiquette qui peut être attribuée à la légère. Elle ne peut être que la conséquence de la valeur particulière de cette norme, « reconnue » comme telle par « la communauté internationale des États dans son ensemble »⁵⁷.

Or, les principales normes du droit humanitaire ont une valeur particulière parce que ce droit possède une place spécifique dans le droit international. Il a été le premier *corpus* à reconnaître la valeur singulière de l'être humain et à l'opposer au pouvoir souverain dans ce qu'il avait de plus fort : la puissance militaire. Il a posé le principe de la priorité du statut de vulnérabilité d'une personne – blessé, civil... –, par rapport à sa nationalité ou à la cause défendue. Il s'agit donc d'un droit qui a subverti les fondements de l'ordre westphalien⁵⁸ et posé les bases d'une société fondée sur l'être humain. Le droit humanitaire protège l'individu pour lui-même. C'est ainsi que s'expliquent « la sauvegarde de l'ennemi *hors de combat* » (P.A. 1, article 1) et l'interdiction des représailles contre les personnes protégées relevant du camp adverse (P.A. 1, articles 20, 51 § 6, 52 et 53). Au-delà des populations civiles adverses, les combattants adverses hors de combat eux-mêmes sont protégés en tant qu'êtres humains, quand bien même ils auraient violé le droit humanitaire. Ils ne sont pas déchus de leur statut de combattant, ni de leur droit au statut de prisonnier de guerre (art 44-2 du P.A. 1).

Plus encore que par ses règles précises, le droit humanitaire se caractérise par des principes, dont découlent les règles, et qui peuvent aussi dicter directement les comportements, dans des situations souvent imprévues. Telle est la signification de la *clause de Martens*⁵⁹.

Même si, avec l'apparition du droit international des droits de l'homme, le recentrage sur la personne humaine est allé plus loin encore – puisque cette fois-ci, c'est la *lex generalis*, valable en tout temps, qui considère la personne indépendamment de son État –, le droit humanitaire a gardé toute sa signification. Il garantit la personne dans les situations les plus graves, il assure la pérennité du « noyau dur » des droits indérogeables. Et le *corpus* du droit humanitaire a su évoluer en tenant compte de la nouvelle place des droits de l'homme. C'est ce qu'exprime l'article 72 du P. A. 1 qui parle des « autres normes applicables du droit international qui régissent la protection des droits fondamentaux de l'homme pendant un conflit armé ».

C'est pourquoi la valeur impérative des normes de droit humanitaire a été reconnue, à travers les différents mécanismes de garantie dont ces normes ont été dotées, afin que leur application soit la plus effective possible.

⁵⁷ Selon les termes de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

⁵⁸ Celui-ci a fait émerger la souveraineté des États contre le Saint Empire romain germanique ; mais il a aussi admis la soumission de l'individu à l'État, avec sa maxime « *cujus regio ejus religio* » que l'on peut traduire comme « De ton souverain, tu auras la religion », ou « Tel prince, telle religion ».

⁵⁹ Qui a connu plusieurs expressions à travers l'histoire du droit humanitaire. Actuellement, elle apparaît à l'article 1 § 2 du P.A. 1 : « Dans les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

2. *Les normes de droit humanitaire, des normes impératives*

On envisagera trois aspects du régime juridique que l'on retrouve dans le cas de la plupart des normes considérées comme impératives et qui, tous trois, tendent à assurer la meilleure effectivité à ces normes. Ils concernent le champ d'application, la mise en œuvre, et les conséquences de la violation.

a. *L'impérativité démontrée par la garantie du champ d'application*

Des études le démontrent⁶⁰ : la société internationale – même si elle n'est pas toujours une « communauté » –, dans son activité législative, aménage la protection des normes ressenties comme essentielles, en excluant à leur égard certains aspects de régime juridique valables pour les normes de niveau standard, mais qui pourraient entraver leur application, et nuire ainsi à l'intégrité de l'ordre public international.

Tel est plus particulièrement le cas de la renonciation à un droit. Les articles communs aux quatre Conventions de 1949 posent au contraire le principe de l'inaliénabilité des droits protégés. Les personnes protégées ne peuvent pas y renoncer^{61/62}. Le prisonnier de guerre, même malade, même désespéré et se considérant comme n'ayant plus rien à perdre, ne peut consentir à des expériences sur sa personne, car il est plus qu'un individu ; il est un rameau de l'humanité. Et sa dignité est celle de l'humanité tout entière.

De manière plus générale, les accords spéciaux sur des points précis sont possibles entre « Hautes parties contractantes », mais ils ne doivent pas être contraires aux Conventions, ce qui signifie que la liberté contractuelle disparaît, lorsqu'il s'agit de créer du droit applicable dans le conflit. Le schéma est exactement celui des traités contraires à une norme de *jus cogens*, tel qu'exposé dans la Convention de Vienne, à l'article 53.

Enfin, le principe de non-réciprocité s'impose lorsqu'il s'agit de l'exception d'inexécution d'un traité humanitaire. Non seulement le droit humanitaire brise la logique de la violence, mais encore il limite le jeu de la réciprocité qui semble aller de soi en droit international général⁶³, comme dans les relations humaines en général. Si la réciprocité des engagements, qui a régressé⁶⁴, est encore présente dans le droit humanitaire, la réciprocité d'application est aujourd'hui exclue par la Convention de Vienne sur le droit des traités elle-même dans son article 60 § 5 :

60 Pour un classement systématique des outils de l'impérativité, voir M.-J. DOMESTICI-MET, « Du *jus cogens* aux normes intransgressibles. Quelques réflexions sur les techniques et disciplines juridiques impliquées dans le développement d'un ordre public international » in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, 2003, p. 661-710.

61 Articles 7/7/7/8 communs aux quatre Conventions de Genève.

62 Articles 6/6/6/7 communs aux quatre Conventions de Genève.

63 Voir la thèse d'Emmanuel DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris : éd. LGDJ, 1980.

64 Sur la distinction entre réciprocité des engagements et réciprocité d'application « *Reciprocity operates in both an obligatory sense and an observational sense* » (S. WATTS, « *Reciprocity and the law of war* », *Harvard International Journal*, été 2009, cité et analysé par Alexandra BUI dans sa thèse *Contribution à l'étude des facteurs de non-respect du droit international humanitaire*, Thèse, AMU, 2017, p. 138. La réciprocité des engagements a régressé dans le DIH depuis la clause *si omnes*. Alors qu'il fallait en 1899 et 1907 que toutes les parties au conflit soient liées par une règle pour que celle-ci s'applique dans un cas donné, aujourd'hui l'article 2 commun dispose : « Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions ».

« Les § 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités. »

En d'autres termes, la réciprocité négative est bloquée dans l'intérêt de la protection. Mais le régime d'ordre public comporte aussi une facilitation de la mise en œuvre.

b. L'impérativité démontrée par l'existence de dispositifs favorisant la mise en œuvre du droit humanitaire

L'article 1° commun aux quatre Conventions de 1949 dispose :

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances. »

Au-delà de l'obligation – classique – des parties de respecter les Conventions en question, ils doivent, encore, les faire respecter. La deuxième partie de la phrase n'a pas toujours été perçue dans tout son caractère subversif pour l'ordre juridique traditionnel. L'évolution des études qui lui ont été consacrées est significative⁶⁵ L'évolution peut être illustrée par des résolutions du Conseil de sécurité⁶⁶. D'autres organisations ont également souligné cette obligation⁶⁷.

Si les moyens de cette action en faveur du respect ne sont pas définis dans l'article⁶⁸, il est clair que la disposition est une invitation à la vigilance croisée des États en faveur d'une limitation du non-respect du droit humanitaire. Que l'efficacité ne soit pas totale n'enlève rien à l'analyse du régime juridique. L'adoption de ce trait de régime a constitué une rupture qui faisait écho à un tournant de la société internationale :

« Le caractère monstrueux de certaines violations commises [pendant la Seconde Guerre mondiale] là où il n'y avait pas eu de contrôle modifiait l'idée même qu'on se faisait [...]. Il ne s'agissait plus seulement de reconnaître l'intérêt légitime d'un pays belligérant à surveiller l'application des Conventions et de lui en faciliter l'exercice. À la notion de l'intérêt particulier des belligérants se substituait l'intérêt général de l'humanité qui exigeait ce contrôle non plus comme un droit mais comme un devoir⁶⁹. »

65 En 1984, Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes, dans « Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances" considèrent que l'obligation de « faire respecter » est entourée d'incertitudes (L. CONDORELLI, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances" », in C. SWINARSKI (dir), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR et Martinus Nijhoff, Genève, 1984, p. 18). Mais, en 2000, les mêmes auteurs considèrent qu'« au cours des dix dernières années, l'article 1 est quasiment devenu une norme fondamentale en matière de comportement [...] dans le cadre des Nations unies » (L. BOISSON DE CHAZOURNES, L. CONDORELLI, 'Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited : protecting collective interests', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2000, n° 837, p. 67-87 ; J. PICTET, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949*, éd. CICR : Genève, 1959, CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève, 2016*, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire>).

66 Par exemple, sur les situations d'Israël/Palestine, de Bosnie-Herzégovine et du Rwanda (voir K. DÖRMANN, J. SERRALVO, « L'article 1 commun aux Conventions de Genève et l'obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 25-56, notes 50-52).

67 On peut citer en ce sens la Résolution n° 287 de la Commission des affaires civiles de l'Assemblée parlementaire de l'OTAN, Amsterdam, 15 novembre 1999, paragraphe 7.

68 Mais on peut le lire aujourd'hui à la lumière de l'article 89 du P.A.1, 8 juin 1977.

69 Frédéric Siordet, cité in K. DÖRMANN, J. SERRALVO, « L'article 1 commun aux Conventions de Genève et l'obligation de prévenir les violations du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 96 Sélection française, 2014/3 et 4, p. 25-56. p. 34.

Ici encore, le droit humanitaire a été au cœur d'une approche nouvelle du monde.

La CIJ a, à plusieurs reprises souligné l'existence de cette obligation de faire respecter : dans l'affaire sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*⁷⁰, dans son Avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*⁷¹.

Un second élément du dispositif destiné à faciliter la mise en œuvre d'une norme impérative est l'existence d'un agent de mise en œuvre. Ceci se vérifie dans le cas du droit humanitaire avec le rôle du CICR, qui joue un rôle de gardien du droit humanitaire⁷². Il se voit reconnaître un droit d'initiative humanitaire qui lui permet d'appeler à des mesures en faveur de la protection, comme de l'assistance, aux articles 9/9/9/10 communs aux quatre Conventions de Genève.

Enfin, l'existence d'une responsabilité pénale est un dernier indice du régime d'ordre public.

c. L'impérativité démontrée par la responsabilité pénale individuelle pour violation

Une fois encore, en cohérence avec ce qui a été vu plus haut, le droit humanitaire a été pionnier en prévoyant la sanction des simples personnes physiques responsables de « violations graves » de ses normes. Par là, il pose, de plus, l'obligation de respecter le droit humanitaire pèse sur tous ceux qui combattent et sont donc en position de nuire dans le conflit⁷³.

Le contenu des infractions, énoncé aux articles 50 de la C. G I, 51 de la C.G II, 130 de la C.G III et 147 de la C.G IV, prouve bien la focalisation sur la personne : homicide intentionnel, torture, traitement inhumain, atteinte grave à l'intégrité physique ou à la santé, ainsi que destruction ou appropriation des biens. La quatrième convention ajoute déportation, détention illégale et prise d'otages. Le Protocole I enrichit la liste de 1949 sur les « infractions graves »⁷⁴. Mais c'est le statut de la Cour pénale internationale qui viendra apporter une liste détaillée, et le label de « crimes de guerre ».

Quant aux éléments procéduraux qui sont esquissés, ils manifestent, une fois encore, l'idée d'intérêt général. Il appartient, certes, d'abord à chaque armée de punir ses soldats et officiers coupables de manquements. Mais, les mêmes conventions ajoutent un élément important : la compétence pénale universelle, qui signifie une volonté de maximiser les chances d'infliger une punition à ceux

70 La Cour a souligné que l'obligation pesait sur les États-Unis, à propos du conflit armé non international auxquels ils n'étaient pourtant pas parties, CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt (Fond), 27 juin 1986, par. 220.

71 La Cour a mentionné « l'obligation de chaque État partie [à la quatrième Convention de Genève], qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés » (CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, par. 158).

72 Selon l'article 4 des Statuts du CICR, il « a pour rôle de maintenir et diffuser les Principes fondamentaux du Mouvement... ».

73 Le fondement de ce caractère obligatoire est recherché de plusieurs façons par la doctrine. « Il est généralement admis aujourd'hui que le droit international humanitaire (DIH) s'applique aux groupes armés organisés. [...] Cependant, la controverse subsiste sur le fait de savoir pourquoi il en va ainsi et comment le droit international humanitaire a force obligatoire pour les groupes armés organisés. » (J. K. KLEFFNER, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 93, Sélection française, 2011/2, p. 141-161, p. 142).

74 Articles 85 à 91 du P.A. 1, 8 juin 1977.

qui ont enfreint les normes protectrices du droit humanitaire. Tout État partie, quel que soit l'auteur et le lieu de la commission de l'infraction grave au droit humanitaire, est appelé à « prendre toute mesure » (articles sus-mentionnés 49 C.G. I, 50 C.G. II, 129 C.G. III, et 146 C.G. IV), même si peu d'États⁷⁵ ont adopté une législation permettant de donner effet à ces dispositions conventionnelles. Même s'il est étranger au conflit, l'État doit se considérer comme blessé par l'atteinte portée à l'humanité elle-même.

Il résulte de l'ensemble des indices d'impérativité analysés, que les normes de droit humanitaire ont bien été ressenties comme méritant des garanties particulières. Ces normes ont été mises à l'abri de la liberté contractuelle, du jeu de la réciprocité, de l'indifférence à leur violation et de la volonté des personnes protégées elles-mêmes. De plus, l'on avait vu précédemment quels relais conceptuels étaient censés faciliter la traduction dans les faits de la distinction civils-combattants.

Avec autant d'éléments en faveur du respect du DIH, le tableau des violations qui a été dressé ci-dessus n'est que plus alarmant. Ne risque-t-on pas d'atteindre le stade d'un non-respect généralisé de certaines normes qui figurent, pourtant, parmi les plus caractéristiques de la société internationale qui s'est reconstruite au cours des dernières décennies autour de la valeur de l'être humain ?

Les réponses sont-elles à la mesure des enjeux ?

II. Des stratégies complémentaires de réponse au fléau

La formule « stratégie de réponse » peut prêter à confusion. En effet, le terme « réponse » pourrait sembler supposer, littéralement, que l'on répond à chaque violation après qu'elle ait eu lieu. Mais ce n'est pas en ce sens qu'il faut la prendre. Le phénomène du non-respect du droit humanitaire est plus large qu'une violation donnée ; il ne s'agit pas de réponse violation par violation, mais de réponse ample – comme l'exprime le terme « stratégie » au fléau que constituent, ensemble, les trop nombreuses violations, dans un contexte qui est bien souvent fait de la méconnaissance de la valeur intrinsèque du droit humanitaire.

La réponse au fléau présente un certain caractère paradoxal, qui vient du rapprochement de stratégies qui peuvent sembler opposées dans leurs finalités immédiates. Certaines peuvent être vues comme amplifiant le phénomène d'inapplication du droit humanitaire, au moins en apparence ; aussi les classer comme stratégies de réponse peut sembler curieux. On envisagera cependant certains usages stratégiques de l'inapplication du droit humanitaire, car leurs auteurs les considèrent comme incluses dans un mouvement vertueux qui favorise la protection des personnes

⁷⁵ On peut citer la Belgique, l'Espagne, la France, la Suisse, l'Allemagne. Le problème de la compétence universelle du Sénégal a été soulevé dans l'affaire Hissène Habré. Le nouveau Commentaire des Conventions de Genève présente ainsi la situation : « *At the time of writing, there seem to have been only 17 reported cases over the past 60 years where domestic courts or tribunals have exercised universal jurisdiction over alleged perpetrators of war crimes or grave breaches* », CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève, 2016*, disponible sur <https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire>.

Il existe un dégradé de stratégies, de la plus classique, qui vise à « faire respecter » le droit humanitaire par ceux qui y sont tenus (A), à celle qui repose sur la renonciation à sanctionner la violation du droit humanitaire au motif de fins supposées plus hautes (D), en passant par deux stades intermédiaires qui s'écartent progressivement du mode d'application normal du DIH (B), puis du DIH lui-même (C).

A. Les stratégies visant à « faire respecter » le DIH par ceux qui s'y sont engagés

À la lumière des articles 9, 9, 9, 10, d'un côté, et de l'article 1^{er} commun, de l'autre, que l'on a rencontrés précédemment, il est clair que des actions peuvent être menées par le CICR, et les États parties. Mais, concrètement, ces derniers, à eux tous, ont un rôle bien plus limité que le CICR seul. Il leur arrive, néanmoins, aussi d'intervenir à travers les Nations unies ou l'Union européenne. Des ONG participent également à l'effort. Mais, plus qu'un examen acteur par acteur, c'est un inventaire des méthodes qui permettra de mieux cerner la façon dont s'organise la réponse au non-respect. Faire respecter signifie d'abord informer par la diffusion (1), éclairer par l'interprétation (2), inciter pour pousser à respecter (3), stigmatiser (4), voire poursuivre le non-respect pour dissuader (5).

1. Informer pour « faire respecter » : la « diffusion »

Dans les années 1970, lors de la longue négociation des Protocoles additionnels, le CICR réalisa que le droit humanitaire était célèbre, mais pas toujours connu en profondeur, ni compris, dans un monde très divisé. C'est ainsi qu'il amorça sa politique de diffusion.

Le premier public ciblé fut, logiquement, composé d'officiers militaires. L'Institut international de droit humanitaire de San Remo, créé avec le soutien du CICR pour faciliter des discussions informelles sur les projets de Protocoles, va devenir un important centre de diffusion à des officiers venant d'un nombre croissant d'États et à un public qui a également connu la diversification, avec la participation d'universitaires. Puis, à l'heure de la disparition de la plupart des dictatures latino-américaines, le CICR s'aperçut d'une insuffisance de connaissance des règles de l'État de droit dans les forces de l'ordre et d'un manque de règles claires pour l'usage de celles-ci. Il lança, dès lors, une diffusion en direction des forces de police et des responsables du maintien de l'ordre, quels qu'ils soient.

La diffusion est, aujourd'hui, également le fait des sociétés nationales, qui tendent à cibler les publics jeunes, étudiants – à travers des concours, notamment – et collégiens. La diffusion ne se résume évidemment pas à un apprentissage. L'accent est mis sur des activités variées et concrètes, différentes selon les publics, destinées à faire assimiler l'esprit humanitaire.

Naturellement, la diffusion est également relayée par les armées, et au premier plan par celles des Hautes Parties Contractantes⁷⁶, dont un certain nombre a, de plus, des conseillers juridiques

76 Ils y sont invités par les articles 83 et 87 § 2 du P.A. 1, 8 juin 1977.

aux opérations dont le rôle est d'intégrer les exigences du DIH dans les opérations elles-mêmes. La diffusion est également opérée par les Nations unies, dans leurs propres troupes, et parfois ces dernières sont chargées de faire de la formation et de la diffusion auprès des forces locales. Et, bien entendu, les « Casques bleus » envoyés dans les crises ont l'obligation de respecter eux-mêmes le droit humanitaire⁷⁷, pour autant qu'ils interviennent de vive force.

Enfin, l'Union européenne accorde une grande place à la diffusion du droit humanitaire. Elle a élaboré des Lignes directrices qui vont au-delà de la diffusion : les « Lignes directrices de l'Union européenne concernant la promotion du droit humanitaire international ». Elles visent à assurer, dans la cohérence des différentes actions extérieures de l'Union, que l'impact de celles-ci soit favorable au droit humanitaire. Elles « ont pour objet le respect de ce droit par les États tiers et, le cas échéant, par des acteurs non étatiques intervenant dans des États tiers »⁷⁸. À ce titre, l'UE peut financer des ONG exerçant une action de diffusion, comme elle peut rappeler le droit humanitaire à tel ou tel État qui ne le respecte pas, dans une crise donnée.

2. « Faire respecter » grâce à l'interprétation

Les concepts opératoires du DIH ne sont pas toujours aisés à reconnaître, derrière les faits. C'est pourquoi le CICR a suscité des travaux d'interprétation, menés ou dirigés par des membres du Comité, ou des responsables de ses services. Dès 1952 Jean Pictet publie des commentaires des conventions de 1949⁷⁹, notamment à la lumière des travaux préparatoires. Après l'adoption des Protocoles, ce sont Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann et d'autres qui publient les Commentaires des Protocoles additionnels⁸⁰.

L'interprétation se fait dans un sens large. Par exemple, la non-ratification des Protocoles par des États actifs dans les conflits armés a conduit des chercheurs du CICR à se lancer dans une étude sur la possibilité de normes de droit humanitaire coutumières, et donc applicables hors ratification. C'est en 2005 que cette étude est présentée⁸¹. C'est ensuite, en 2009, sous la forme d'un « Guide interprétatif de la Participation directe aux Hostilités » que le CICR a contribué à une clarification qui permet à certains civils de ne pas perdre durablement leur immunité pour une participation occasionnelle.

En même temps qu'il développait la diffusion, le CICR s'engageait dans une forme particulière d'interprétation : un éclairage pluriculturel du DIH. Il s'agissait d'éviter les réticences en dehors du monde occidental et d'assurer la déconnexion du droit humanitaire par rapport aux « racines chrétiennes » que pouvaient donner à supposer la personnalité de Henry Dunant et l'emblème

77 En vertu d'une Circulaire du Secrétaire général des Nations unies, *Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations unies*, Circulaire du Secrétaire général, ST/SGB/1999/13, 6 août 1999.

78 UE, « Lignes directrices de l'Union européenne mises à jour concernant la promotion du droit humanitaire international », Journal officiel de l'Union européenne, Doc. 2009/C 303/06, 15 décembre 2009, p. 12 à 15, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML>

79 J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, éd. CICR, Genève.

80 Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN (sous la dir.de), *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, éd. Martinus Nijhoff, 1986.

81 J-M HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume I : Rules*, CICR, Cambridge University Press, 2005.

choisi⁸². Le CICR s'est attaché à démontrer que les principes de base de la discipline et plusieurs règles pouvaient se retrouver dans plusieurs traditions religieuses⁸³. Il a également concouru à la « désoccidentalisation » sur le plan symbolique. Si le Comité créé à Genève en 1853 a choisi le nom de Croix Rouge, en inversant les couleurs du drapeau helvétique, et sans rechercher une connotation religieuse, c'est dès le dernier quart du XIX^e siècle qu'est apparu le Croissant rouge turc⁸⁴. De même, une conférence du Mouvement de la Croix Rouge et du Croissant rouge a succédé aux Conférences de la Croix rouge, avant que le Protocole additionnel III ne vienne résoudre le problème de l'Étoile de David rouge⁸⁵. Et la devise « *Inter Arma Caritas* » – au milieu des armes, la charité – qui était celle du CICR depuis les débuts est aujourd'hui doublée par une autre devise, plus neutre « *Per humanitatem ad Pacem* » – par l'humanité vers la paix.

3. « *Faire respecter* » par l'incitation

Le CICR est ici le principal acteur, par sa diplomatie humanitaire⁸⁶ qui s'appuie sur le droit d'initiative humanitaire conféré au Comité par les articles 9/9/9/10 communs aux quatre Conventions de Genève déjà rencontrés. Dans le cadre de cet exercice de diplomatie, le CICR pratique en principe la discrétion, en ne s'adressant qu'à ceux qui sont en faute, ou en passe de l'être. Et sa prise de position ne porte pas sur la faute mais sur les actions positives qui sont attendues. C'est un mode d'action bien connu, qui n'a pas manqué d'attirer au CICR de nombreuses critiques pour – selon les déclarations – sa « timidité », voire sa « lâcheté »⁸⁷. Mais la polémique sur les méthodes de travail est aujourd'hui éteinte. Le CICR n'écarte plus la « dénonciation publique » lorsque certaines conditions sont réunies⁸⁸, et ses anciens contempteurs ont eu l'occasion de constater, dans leur propre travail, que les déclarations publiques ne sont pas sans effet négatif sur les personnes protégées⁸⁹.

82 Même si une analyse complète montre que le Christianisme se réfère à Jésus de Nazareth, crucifié à Jérusalem sous occupation romaine et que les premiers Papes ont été persécutés par Rome...ce qui contredit le caractère « occidental ». D'ailleurs, le refus de l'Europe de se réclamer de « racines chrétiennes » va dans le même sens. Mais il s'agit là d'un cliché lié à l'histoire de Moyen-Âge, lorsque les « Croisés » sont partis d'Europe – et tout d'abord de France –, pour rouvrir la possibilité de pèlerinage à Jérusalem, auprès du tombeau de Jésus. Cette référence à des événements des années 1099 à 1279 imprègne encore profondément la vision qu'une grande partie du monde musulman a du monde occidental.

83 Par exemple, la règle « ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te fasse » se retrouverait dans les écrits du Bouddhisme, du Christianisme, de l'Islam, du Jainisme, du Judaïsme, du Sikhisme, du Taoïsme et du Zoroastrisme (voir C. Ciocchetti, *The Golden Rule* in R. KOLB (dir.), *Encyclopedia of business ethics and society*, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=1436110>).

84 Lors de la guerre russo-turque de 1876-1878, l'Empire ottoman a adopté le signe du croissant. Le CICR a alors demandé à la Russie d'accepter de considérer le Croissant rouge à l'égal de la Croix rouge. Puis il demanda la réciproque à l'Empire ottoman. Le symbole du Croissant rouge apparaît ensuite dans la Convention de 1929 sur les prisonniers de guerre.

85 L'emblème de la société nationale israélienne était refusé par les sociétés nationales des pays arabes et musulmans. Ce protocole a créé le « diamant rouge », sorte de losange au centre duquel chaque société est libre d'inscrire l'emblème qu'elle choisit.

86 On peut en retenir la définition suivante : « *Humanitarian diplomacy encompasses the activities carried out by humanitarian organizations to obtain the space from political and military authorities within which to function with integrity* » (L. MINEAR, H. SMITH Hazel (dir.), *Humanitarian diplomacy : Practitioners and their Craft*, United Nations Press, Tokyo, 2007, p. 1).

87 La polémique a été fortement alimentée par les paroles de Bernard Kouchner lorsqu'il a rompu avec le CICR, avec lequel il avait travaillé au Biafra (il accusait alors le CICR de ne pas dénoncer publiquement le comportement du Nigéria, qui n'hésitait pas à bombarder ses hôpitaux de campagne dans le réduit biafrais, ainsi que les terrains d'aviation permettant de les ravitailler). Il évoquait aussi l'attitude du CICR lors de la Shoah (voir à ce sujet <https://www.icrc.org/fr/document/le-cicr-1939-45-holocauste>).

88 On lit dans l'édition 2016 du Commentaire des Conventions de 1949, à propos de l'article sur le « droit d'initiative » : « *when despite its efforts and in the case of major and repeated violations of humanitarian law, it fails to convince the authorities to assume their responsibilities [...], the ICRC may resort to other methods, including, under certain conditions, public denunciation* » (CICR, *Commentaire de la première Convention de Genève*, 2019, § 1146, et accessible sur <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>). Voir également « Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 87, N° 858, juin 2005, p. 393–400.

89 Voir, à propos de la politique de confidentialité, ce passage du Commentaire de l'article 9 de la première Convention de Genève, « *Confidentiality allows the ICRC to have greater access to victims of armed conflict and other situations of violence, to engage in a bilateral dialogue with the relevant authorities so as to be able to fulfil its humanitarian mission, and to improve the security of its beneficiaries and staff in the field* » (note 68). Voir également « The International Committee of the Red Cross's (ICRC's) confidential approach. Specific means employed by the ICRC to ensure respect for the law by State and non-State authorities », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 94, n° 887, septembre 2012, p. 1135–1144, « Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 87, n° 858, juin 2005, p. 393–400.

Les États ont été plus longs à s'approprier l'article 1^{er} commun, même si le CICR le leur a rappelé à plusieurs reprises. Des appels aux Hautes Parties contractantes renvoyant expressément à l'article 1er commun ont notamment été lancés par le CICR en 1974 (Moyen-Orient), en 1979 (Rhodésie/Zimbabwe), en 1980 (Afghanistan), en 1983 puis en 1984 (Iran et Irak), en 1992 (Bosnie-Herzégovine) et en 1995 (Rwanda). Depuis, les États sont devenus plus actifs ; mais leurs incitations tournent souvent à la stigmatisation.

Le Conseil de Sécurité fait preuve depuis de nombreuses années d'une grande activité dans le domaine. Dès 1992, avec les affaires de Somalie et de Bosnie-Herzégovine, il a commencé à évoquer le non-respect du droit humanitaire, d'abord en matière de respect de l'assistance humanitaire, puis de non-respect de l'intégrité physique. Ce n'est que récemment qu'il a mis en avant un fondement explicite pour ce genre d'appels, en « réaffirm[ant] qu'il a la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et qu'il se doit donc de promouvoir et d'assurer le respect des principes et des règles du droit international humanitaire »⁹⁰.

Dans certaines affaires, le Conseil de sécurité fait appel à toutes les parties indistinctement pour qu'elles respectent le droit humanitaire, quitte à formuler la même exigence envers des groupes armés qui n'ont conclu ni Conventions ni Protocoles additionnels, dans une allusion implicite à la coutume. C'est souvent à propos de l'assistance humanitaire que le Conseil de sécurité doit s'intéresser au non-respect du droit humanitaire. Aussi a-t-il tenté plusieurs formules. Après le pur et simple appel au respect, il a repris le concept de « refus arbitraire » d'autorisation, dont on a vu – en première partie – qu'il avait été mis en avant à plusieurs reprises dans la sphère du CICR. Mais employer le terme « arbitraire » dans une affaire spécifique, c'est déjà entrer dans la stigmatisation.

4. « *Faire respecter* » par la stigmatisation

Le Conseil de Sécurité n'hésite pas à stigmatiser la partie qui lui semble plus coupable, pour autant que l'exercice du droit de veto en son sein ne l'en empêche pas. C'est en 2014, avec la résolution 2139 sur la Syrie et en 2015 avec la résolution 2216 sur le Yémen qu'il est entré dans la voie d'une stigmatisation fondée sur le refus « arbitraire » d'autoriser l'assistance.

D'autres organismes humanitaires peuvent également bénéficier des articles 9, 9, 9, 10. Et certains s'en autorisent pour critiquer le non-respect du DIH. Les ONG qui interviennent dans le domaine des droits de l'homme, Amnesty International et Human Rights Watch par exemple, ont aujourd'hui élargi leur champ au droit humanitaire. Leur action fait appel à la dénonciation publique.

5. « *Faire respecter* » par la dissuasion

Enfin, le Conseil de sécurité en créant des Tribunaux pénaux internationaux s'est reconnu compétent pour instaurer un organe destiné à juger ceux qui enfreignent le droit humanitaire, entre autres normes. C'est là une démarche de dissuasion, destinée à améliorer le respect du droit humanitaire.

⁹⁰ Résolution 2175 du 29 août 2014 sur la sécurité du personnel humanitaire, CS/RES/2175 (2014).

Mais, il ne s'agissait, jusqu'ici que du premier type de stratégie – le plus simple – : amener ceux qui y sont obligés à respecter le droit humanitaire. Il en existe trois autres types.

B. Les stratégies d'application non littérale du droit humanitaire

On entend par cette formule qu'il s'agit de faire appliquer l'esprit bien plus que la lettre du droit humanitaire, pour assurer la protection de ceux qui ont vocation à bénéficier du droit humanitaire. Des politiques ont été menées en ce sens avec pragmatisme (1), avant que ne soit conceptualisée la protection autour et au-delà du droit humanitaire (2).

1. *Des politiques pragmatiques*

Elles peuvent être le fait du CICR, comme d'autres acteurs, et visent à agir auprès des États comme des groupes armés non étatiques.

a. La sauvegarde de l'essentiel, sans égard pour le régime juridique applicable

Le CICR, gardien du droit humanitaire, considère qu'il doit parler avec tous les acteurs pour sauver l'essentiel. Ses représentants affirment même volontiers qu'ils « parlent avec le diable s'il le faut ». Or, si le diable n'est, à l'évidence, partie ni aux Conventions de 1949 ni aux Protocoles de 1977, pour ceux qui, par leur comportement dans le conflit, se voient désignés comme « le diable », la qualité de partie importe peu. Ils agissent comme leurs besoins leur dictent et parfois même comme l'instinct de leurs guerriers l'implique. C'est bien souvent dans un tel contexte que se déroule l'action du CICR ; et c'est peut-être dans ces cas-là qu'il donne le témoignage d'engagement le plus remarquable. Il lui est alors nécessaire de faire preuve d'imagination.

Il avait déjà innové dans la Guerre civile espagnole, dans une situation particulièrement complexe. À l'époque, il n'existait aucun texte de droit humanitaire – les Conventions de 1949 et leur article 3 commun n'existant manifestement pas encore – sur les conflits se déroulant à l'intérieur du territoire d'un État et présentant un caractère non international. Le CICR n'en désignera pas moins, vu la gravité des événements, une équipe dans laquelle le Délégué général, Marcel Junod, parviendra à avoir une action effective

« Dans un tel conflit, les Conventions de Genève, alors en vigueur, ne donnaient pas aux délégués du Comité international les moyens d'accomplir pleinement leur mission d'intermédiaire neutre entre les deux adversaires. N'importe... Marcel Junod, tout brûlant de foi, fit plus que son devoir. Par ses interventions incessantes dans les deux camps, par son appel à ce qui restait d'humain dans une lutte jusque-là sans merci, il réussit à sauver des milliers de vies. Grâce à lui, des condamnés furent épargnés, des otages, voués à la mort, sauvés et échangés⁹¹. »

91 Paroles de Léopold Boissier, Président du CICR aux obsèques de Marcel Junod en 1961.

En effet, il avait d'abord établi avec les deux parties les bases de l'action du CICR et obtenu des accords des deux parties belligérantes. À son actif figurent la circulation de quelque 5 millions de messages familiaux, la libération d'otages au Pays basque et « la libération de 5 000 détenus à Barcelone, dont la vie était menacée lors des combats qui ont précédé la chute de cette ville »⁹² On relèvera que l'échange d'otages n'est pas une modalité prévue par le droit humanitaire ; qu'il y ait été fait recours dans ce cas démontre bien le pragmatisme de l'action du CICR, dont l'objectif est d'abord de sauver des vies. En l'occurrence, en l'absence de normes pour la situation donnée, le CICR a fait « au mieux ».

Un autre exemple concerne la Colombie où, pendant le très long conflit non international de haute intensité, un vaste territoire, d'une superficie équivalente à la Suisse, avait été laissé au contrôle des FARC par le gouvernement qui souhaitait rechercher un apaisement⁹³. Les conditions de fond pour la mise en œuvre du Protocole II sur les CANI étaient réunies. Mais la Colombie n'avait pas ratifié le Protocole et ne voulait en aucun cas le faire. Or, le CICR n'a pas à être d'accord avec l'État territorial sur la qualification de la situation⁹⁴, à propos de laquelle, d'ailleurs le Comité ne communique jamais. Les deux éléments conjugués donnent une grande liberté – ce qui ne veut pas dire de grandes facilités – pour travailler dans des situations telles que celle de la Colombie.

Une démarche un peu similaire peut se retrouver chez d'autres organisations humanitaires.

b. La limitation de la violence par l'implication d'acteurs non engagés envers le DIH

La situation des groupes armés non étatiques – autres que les Mouvements de libération nationale⁹⁵ au regard du droit humanitaire n'est pas claire. Pour certains, leurs membres sont liés en tant que ressortissants d'un État lié... contre lequel ils ont pris les armes⁹⁶.

Une ONG suisse, l'Appel de Genève a choisi une voie originale qui ne fait pas appel aux Conventions et Protocoles : obtenir de ces mouvements un engagement, non pas sur l'intégralité du droit humanitaire, mais au moins sur un point essentiel. Créée en 2000, peu après la Convention d'Ottawa, l'organisation a d'abord mis au point un « Acte d'engagement » sur les mines antipersonnel. Même si le thème est humanitaire, il ne s'agit pas de s'appuyer sur les dispositions des Conventions et Protocoles de Genève qui ne comportent pas de stigmatisation directe des armes en question⁹⁷. Pourtant, il est intéressant de constater que le site de l'Appel de Genève rattache bien son action au droit humanitaire, et également, qu'il n'attache pas de conséquence particulière à la distinction entre conflit armé et autres situations de violence.

92 *Idem*, reproduit sur <https://www.junod.ch/marcel-junod>

93 Il s'agissait de la période de la présidence Pastrana (1999-2002).

94 « *There is no need for the organization offering its services and for the entity receiving the offer to agree on the legal classification of the situation, i.e. whether it qualifies as an armed conflict and, if so, if it is international or non-international in character* », CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève, 2016*, § 1134.

95 Dont l'engagement est prévu par l'article 96 du P.A. 1, 8 juin 1977.

96 A. BELLAL, G. GIACCA, S. CASEY-MASLEN, « International law and armed non state actors in Afghanistan », *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 93, 2011, p. 1-33.

97 On peut discuter de savoir si elles tombent sous le coup de la condamnation des « maux superflus » prévue par l'article 35 § 2 du P.A. 1, 8 juin 1977.

« L'Appel de Genève est une organisation non-gouvernementale neutre et impartiale qui se consacre à la promotion du respect par les acteurs armés non-étatiques (AANE) du droit humanitaire international dans les conflits armés et dans et autres situations de violence, notamment dans le domaine de la protection des civils. »

L'action de l'Appel de Genève se concentre sur l'interdiction des mines antipersonnel, la protection des enfants dans les conflits armés, l'interdiction de la violence sexuelle dans les conflits armés et l'élimination de la discrimination basée sur le genre. L'Appel de Genève répond également aux demandes des AANE souhaitant développer leurs connaissances ou renforcer leurs capacités de mise en application des normes humanitaires internationales, notamment par le biais de formations ou de conseils techniques

Créée à une époque où, déjà, la plupart des belligérants étaient des groupes non étatiques, cette association a fait le pari d'inviter les groupes armés à s'engager sur quelques normes seulement et de façon expresse. Après celui concernant les mines antipersonnel, elle élaborera en 2010 son Acte d'engagement pour la protection des enfants contre les effets des conflits armés, et en 2012, celui qui porte sur l'interdiction des violences sexuelles. Elle s'enorgueillit d'avoir obtenu de 63 groupes armés la signature d'au moins un tel acte ; et évoque un respect globalement satisfaisant des engagements.

2. Une conceptualisation large de « la protection »

Elle est le fait de la profession humanitaire, à l'initiative du CICR qui a initié, à partir de 1998, des séminaires entre acteurs investis d'un mandat de protection, ou professant un intérêt particulier pour celle-ci. En effet, la dernière décennie du xx^e siècle a vu le nombre et les types d'acteurs intervenant dans ce domaine se multiplier. Alors que l'extension de la protection se développait en matière de déplacements forcés⁹⁸, que l'UNICEF développait ses politiques « basées sur les droits » en faveur des enfants, et que les Nations unies demandaient à leurs Opérations de paix de veiller sur les personnes – par une protection physique –, le CICR perçut le besoin de lancer une réflexion sur la protection, approchée de manière globale.

Les séminaires ont abouti à une définition, qui a été reprise par le IASC – ou Comité permanent inter-institutions⁹⁹ :

« ... all activities aimed at obtaining full respect for the rights of the individual in accordance with the letter and the spirit of the relevant bodies of law (i.e. HR law, IHL, refugee law)¹⁰⁰. »

98 À la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés s'est ajoutée en 1969 la Convention d'Addis Abeba régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique en 1999, des Principes directeurs sur les déplacés internes, puis, en 2009 la Convention de Kampala sur les déplacés internes en Afrique.

99 Qui regroupe les acteurs clés de l'humanitaire depuis 1992, sur la base d'une résolution 46/182 de l'Assemblée générale.

100 ICRC, *Professional Standards for Protection Work Carried Out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2013, p. 12, and Inter-Agency Standing Committee, *IASC Operational Guidelines on the Protection of Persons in Situations of Natural Disasters*, The Brookings – Bern Project on Internal Displacement, Bern, January 2011, p. 5.

Ce texte appelle trois observations. La première concerne le texte lui-même, et plus précisément l'allusion à l'« esprit » des normes protectrices. Elle est en accord avec le fait que les principes jouent en droit humanitaire un rôle particulier et contribuent souvent directement à la protection, sans qu'aucune règle précise ne soit appliquée à la lettre – on l'a vu plus haut pour la guerre d'Espagne.

Une seconde observation concerne le passage d'une approche centrée sur le droit humanitaire à une approche du thème de la protection que l'on pourrait appeler « multi-*corpus* ». On peut la suivre à travers des textes ciblés. En effet, depuis l'adoption de cette définition, les Nations unies ont ajouté – ou, plus, précisément le Conseil de sécurité a ajouté – d'autres textes sur la protection. Il s'agit de résolutions quasi législatives sur la Protection des civils et des enfants dans les conflits armés, ainsi qu'une résolution « Femmes, paix, sécurité ». Leur contenu mérite attention, car on y voit la cristallisation progressive du thème de la protection. La toute première d'entre ces résolutions, la résolution 1261 (1999) sur les enfants dans les conflits armés, s'inquiétait du sort fait aux enfants sans employer le terme « protection » ; c'est en 2005 que la résolution 1612 emploie l'expression « protection des enfants dans les conflits armés ». De manière similaire, la première résolution sur la protection des civils, sous le numéro 1265 (1999), part du DIH en condamnant « vigoureusement le fait de prendre pour cibles les civils touchés par les conflits armés ainsi que les attaques contre des objets protégés par le droit international » (§ 2), demande aux parties concernées de « s'acquitter strictement des obligations contractées » (§ 4) et demande à ceux qui ne l'ont pas fait de ratifier les principaux instruments touchant le DIH, ainsi que ceux relatifs aux Droits de l'homme et aux réfugiés (§ 5). Mais c'est la résolution 1674 qui, en 2006, théorise la protection des civils. En 2000, la résolution 1325 « Femmes, paix, sécurité » insiste sur la participation des femmes dans les opérations et les négociations de paix, dans la prévention des conflits et la reconstruction aux paragraphes 1 à 5, tandis que la protection n'arrive qu'au paragraphe 6.

Quant à la résolution 1674, déjà évoquée ci-dessus, elle aborde la projection de la protection sur le terrain, par les Nations unies. Le Conseil de sécurité y :

« réaffirme sa pratique qui consiste à faire en sorte que les mandats des missions de Maintien de la Paix, des missions politiques et missions de consolidations de la paix des comportent [...] « des dispositions visant à i) protéger les civils, en particulier en cas de menace imminente d'atteintes à l'intégrité physique des personnes dans leur zone d'opérations, ii) faciliter l'assistance humanitaire, et iii) créer des conditions propices au retour volontaire des réfugiés et personnes déplacées, en toute sécurité et dans la dignité, et entend faire en sorte i) que les mandats de ces missions précisent ce que ces dernières peuvent et doivent faire pour atteindre ces objectifs... ».

Et cette résolution fait référence aux paragraphes 138 et 139 du Document du Sommet de 2005 qui portent sur la responsabilité de protéger et qu'il « réaffirme »¹⁰¹ (§ 4).

101 § 4. Ce paragraphe reste dans la droite ligne du Document du Sommet et n'élargit pas les motifs de la responsabilité de protéger au-delà des quatre thèmes retenus en 2005.

Enfin, une troisième observation s'impose, sur la pratique de ce concept de protection, après les textes qui viennent d'être évoqués. Un vaste processus de concertation entre organisations humanitaires et organisations de protection des droits de l'homme, qui a duré deux ans, a abouti en 2009 à la publication des *Standards professionnels pour les activités de protection*, sous la responsabilité du CICR, mais à destination de tous les professionnels de la protection. Pour mettre en place l'approche multi-corpus – d'ailleurs présente dans d'autres documents¹⁰² –, il faut des actions concertées des différents acteurs.

Mais, il existe encore d'autres stratégies.

C. Les stratégies de substitution dans l'exécution

Il s'agit de fournir une protection comparable à celle que fournirait le respect du droit humanitaire par ceux à qui il fait obligation expresse. Ces stratégies sont le fait d'acteurs qui déplorent le manque de respect du droit humanitaire et ne veulent pas se résoudre à observer en ne faisant que stigmatiser.

1. L'ingérence des ONG « sans-frontiéristes »¹⁰³ en faveur de l'assistance

Il convient d'exposer d'emblée l'incompréhension qui entoure aujourd'hui cette doctrine, énoncée pour la première fois en 1987. Il s'agissait de donner un fondement juridique au franchissement irrégulier de la frontière vers des pays dont les autorités n'acceptaient pas les secours internationaux, et non pas d'autoriser des États à engager des opérations militaires¹⁰⁴. La cause de l'ambiguïté peut être recherchée dans des déclarations imprudentes bien postérieures¹⁰⁵, concernant en réalité des interventions d'humanité¹⁰⁶.

On ne retracera pas, ici, tout le chemin qui a conduit, de la dénonciation du CICR par Bernard Kouchner et ses compagnons, à la création de MSF – jugée potentiellement plus efficace car plus indépendante des États que le CICR – et à l'émission du concept de « droit d'ingérence humanitaire »¹⁰⁷. Des cas réels d'ingérence ont eu lieu, notamment sur la frontière afghano-pakistanaise, à l'époque de la présence soviétique, on l'a vu plus haut. Certains de ceux que l'on appelait les « *French doctors* » ont été arrêtés par l'armée soviétique, jugés et, plus tard, libérés. On peut décomposer ainsi l'architecture de l'ingérence humanitaire :

102 Selon la Préface des *Standards professionnels pour les activités de protection*, ceux-ci « complètent, et ne visent pas à remplacer, d'autres ensembles de standards utilisés par les acteurs de la protection, notamment les Principes directeurs inter-agences relatifs aux enfants non accompagnés ou séparés de leur famille (2004), les Minimum Standards for Child Protection in Humanitarian Action (2012) ou les normes élaborées par le HCDH. Enfin, dans son édition 2011, le manuel Sphère a inclus un chapitre sur les principes de protection. Ces quatre principes sont fondamentaux pour tout acteur conduisant une intervention humanitaire, qu'il se considère ou non comme un acteur de la protection. Il convient de souligner que ces efforts de définition de normes dans le domaine de la protection sont complémentaires, et non contradictoires ou répétitifs » (Préface de l'édition de 2013).

103 Le terme ne fait pas spécifiquement référence à MSF, qui, bien que fondée dans un esprit libertaire à la suite de la rupture de certains médecins avec le CICR, s'est ensuite écartée de la ligne de l'ingérence, au nom du professionnalisme.

104 Voir B. KOUCHNER, M. BETATI, *Le devoir d'ingérence : Peut-on les laisser mourir ?*, éd. Denoel, 1989. Il s'agit des Actes du colloque de janvier 1987 organisé par Bernard Kouchner et Mario Bettati.

105 Cf. à propos de l'affaire du Kosovo (1999), Lloyd Axworthy, ainsi que Bernard Kouchner.

106 C'est-à-dire des interventions militaires destinées à faire cesser une situation de grand danger pour les personnes. L'intervention d'humanité a été pratiquée à la fin du XIX^e siècle et dans la seconde moitié du XX^e (Kolwezi, intervention de la Tanzanie en Ouganda contre Amin Dada, intervention du Vietnam contre les Khmers rouges).

107 Voir M.-J. DOMESTICI-MET, « Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire », *Annuaire français de droit international*, 1989.

- l’obligation pour un certain État de laisser les secours accéder aux personnes vulnérables
- un refus, voire une action hostile aux sauveteurs, de la part de cet État
- et, enfin une action de secours qui enfreint les interdictions, voire franchit les frontières clandestinement, au nom de l’intérêt supérieur des êtres humains à secourir.

L’appui recherché du côté des Nations unies pour proclamer le droit à l’assistance des victimes, et le droit d’y répondre par voie d’ingérence n’a pas été total. Si l’Assemblée générale, saisie d’un projet de résolution par la France¹⁰⁸, salue le rôle des ONG, elle réaffirme la responsabilité première de l’État territorial dans les secours. C’est à tort que la résolution a été réputée avoir « reconnu le droit d’ingérence »¹⁰⁹; mais elle n’en a pas moins posé, dès 1988, un jalon sur le chemin de la reconnaissance des obligations de l’État en faveur de sa population, en périphérie de ce qui plus tard s’appellera « responsabilité de protéger »¹¹⁰. La responsabilité de l’État est « première », et l’on a, là, la base sur laquelle peut construire l’idée de substitution en cas de défaillance.

Mais un autre usage du terme « protection » devait manifester l’adoption d’une sorte d’exécution d’office, sinon d’exécution forcée.

2. *Les politiques protectrices des Nations unies : libérer l’assistance des entraves*

Si le droit d’ingérence n’a pas été reconnu aux acteurs humanitaires, le besoin d’action en faveur des personnes vulnérables dans les situations conflictuelles n’a pas échappé aux Nations unies. Lassé d’appeler en vain au respect du droit humanitaire, le Conseil de sécurité s’est, avec les opérations de maintien de la paix de « seconde génération », engagé dans la voie de l’exécution d’office¹¹¹, qui le conduira ensuite aux lisières de l’exécution forcée.

a. *La protection contre les entraves matérielles*

En Bosnie-Herzégovine, le Conseil de Sécurité entend permettre le déroulement normal des opérations humanitaires, en pleine guerre. Il s’inquiète de savoir si sont « remplies les conditions requises pour une distribution effective et sans entrave de l’aide humanitaire, y compris grâce à la sécurité de l’accès aux aéroports de Bosnie-Herzégovine »¹¹². La FORPRONU (Force de Protection des Nations unies), créée en février 1992 à la suite d’un cessez-le-feu pour maintenir la paix va recevoir, ensuite, la charge d’« assurer [...] l’acheminement de l’aide humanitaire à Sarajevo et dans d’autres parties de la Bosnie-Herzégovine »¹¹³. L’idée est de créer un environnement sûr dans lequel l’aide

108 Le projet parlait d’abord de « droit à la vie » dans la perspective d’un possible droit à l’assistance. Il avait été revu en supprimant les mots « droit à la vie ». La résolution porte le numéro 43/131 et a été suivie par la résolution 45/100.

109 Vision largement véhiculée dans la société civile au début des années 90, dans l’ambiance de la « chute du mur ».

110 L’expression « en périphérie » a été retenue, car – on le sait – la responsabilité de protéger n’a finalement été retenue, en 2005 que face aux crimes de guerre, crime contre l’humanité, crime de génocide et épuration ethnique.

111 L’exécution d’office est un privilège dont dispose l’administration en droit administratif français, dans certains cas, au nom de l’intérêt général qu’elle est censée garantir. Par exemple, si des travaux urgents pour une raison de sécurité ont été ordonnés, et que le temps passe sans que le propriétaire ne s’exécute, l’administration en charge de l’ordre public peut les exécuter d’office, c’est-à-dire par décision unilatérale, sans autorisation du juge.

112 Résolution 752 du Conseil de Sécurité du 15 mai 1992. CS/RES/752 (1992).

113 Résolution 770 du Conseil de Sécurité du 13 août 1992, 7e alinéa. CS/RES/770 (1992).

humanitaire est dispensée sans encombre, sans être sujette au bon vouloir de telle ou telle partie. Il n'est pas question, pour autant, de forcer le passage, mais seulement d'assurer que l'ordre public règne et qu'aucun blocage n'intervienne.

Hélas, la guerre fait rage, l'épuration ethnique sévit, les « check points » tenus par des hommes en armes se multiplient ; et la FORPRONU – qui n'a pas le mandat d'utiliser la force et qui dispose d'un armement léger – peine à s'acquitter de sa mission, si ce n'est en ouvrant des routes de substitution aux routes bloquées. Les appels à la raison lancés vers les parties au conflit sont demeurés vains, de même que des mesures de pression prises contre la République fédérative de Yougoslavie (Serbie-Monténégro)¹¹⁴ sous forme de « sanctions », c'est-à-dire d'isolement économique.

Dès lors, le Conseil de Sécurité va s'orienter vers l'exécution forcée, c'est-à-dire vers l'utilisation de la force. C'est en septembre 1992, que par la Résolution 776, le Conseil de sécurité « autorise l'élargissement du mandat de la FORPRONU, ainsi que celui de ses effectifs [...] ». Désormais, la FORPRONU, désignée comme FORPRONU II, pourra forcer les barrages si nécessaire. Sa capacité militaire sera, à cette fin, renforcée dans les mois qui suivront, tandis que des constructions intellectuelles nouvelles feront leur apparition, autour de la territorialisation de l'immunité consentie par le droit humanitaire. On peut en distinguer deux formes.

Le corridor humanitaire, apparu dans le vocabulaire de l'Assemblée générale¹¹⁵, est une première forme très fréquemment employée par le Conseil de Sécurité dans des résolutions relatives à une situation donnée. Il peut servir à donner une assise matérielle au passage que les belligérants sont tenus d'accorder¹¹⁶.

La zone de sécurité est une seconde forme de territorialisation qui, elle aussi, peut se rattacher au droit humanitaire, assez riche en dispositions sur ce thème¹¹⁷. C'est en Bosnie-Herzégovine que le Conseil de Sécurité a d'abord eu recours au label de « zone de sécurité », conféré à Srebrenica¹¹⁸, puis à Sarajevo, ainsi que Bihac, Gorazde, Tuzla, Zepa¹¹⁹. Ces statuts territoriaux évoquent la notion d'exécution d'office, car ils offrent « d'office » la protection à des personnes vulnérables, sans que les belligérants n'aient pris le soin de les établir. Et, plus tard, quand la FORPRONU recevra le mandat de défendre ces zones contre tout agresseur¹²⁰, l'institution évoquera l'exécution forcée. Mais les zones de sécurité créées par les Nations unies n'ont pas, pour autant, apporté une protection fiable. Les villes en question n'étaient pas dépourvues d'enjeu militaire – à l'encontre de ce qui caractérise les zones prévues par le droit humanitaire – ; dès lors, s'affranchir de la volonté des belligérants

114 Dans la décomposition de la Yougoslavie, les républiques fédérées de Serbie et du Monténégro sont restées les dernières avant l'éclatement final. Elles avaient constitué ce que l'on appelait alors une « nouvelle » Yougoslavie.

115 Résolution 45/100 de l'Assemblée générale du 14 décembre 1990

116 Voir, par exemple, art 70 § 2 du P.A 1 : « Les Parties au conflit et chaque Haute Partie contractante autoriseront et faciliteront le passage rapide et sans encombre de tous les envois, des équipements et du personnel de secours fournis conformément aux prescriptions de la présente Section, même si cette aide est destinée à la population civile de la Partie adverse ».

117 Article 23 de la C. G I, *Zones et localités sanitaires*, article 14 de la C. G IV, *Zones et localités sanitaires et de sécurité*, article 15 de la C. G IV, *Zones neutralisées*, article 59 du P. A. 1, *Localités non défendues*, article 60 du P.A. 1, *Zones démilitarisées*.

118 Résolution 819 du Conseil de Sécurité du 16 avril 1993. CS/RES/819 (1993).

119 Résolution 824 du Conseil de Sécurité du 6 mai 1993. CS/RES/824 (1993).

120 Résolution 836, du Conseil de Sécurité du 4 juin 1993. CS/RES/836 (1993).

pour décider, d'office, leur création n'allait pas rencontrer leur assentiment. L'usage de la force, seul, pouvait inverser la dynamique du conflit, mais les Nations unies ne s'en sont pas donné les moyens : pas de délimitation précise des zones en question, des effectifs insuffisants pour les défendre. Ainsi s'explique la chute de Srebrenica¹²¹.

Une autre formule, moins ambitieuse, a conduit à quelques succès, très peu médiatisés.

b. La Protection vis-à-vis des entraves juridiques

Plus récemment, le Conseil de Sécurité a choisi d'agir d'office pour apporter de l'aide en Syrie. La résolution 2165 (2014), établit un lien très net entre le non-respect du droit humanitaire par les « parties au conflit, en particulier les autorités syriennes » (§ 1 de la résolution) et sa décision d'autoriser le franchissement des « lignes de conflit ainsi que [des] postes-frontière de Bab el-Salam, Bab el-Haoua, Yaroubiyé et Ramtha », « afin de faire en sorte que l'aide humanitaire [...] parvienne par les voies les plus directes aux personnes qui en ont besoin dans toute la Syrie » (§ 2). Il est passé outre à la volonté des autorités syriennes, qui ne font que recevoir une notification du passage à la frontière, tandis qu'un « mécanisme de surveillance, placé sous l'autorité du Secrétaire général » contrôle le chargement des camions. On ne peut parler d'ingérence humanitaire, car le Conseil de sécurité, sous Chapitre VII a le droit de prendre « toutes mesures » exigées par une rupture de paix. Mais on est bien dans l'exécution d'office sans autorisation de passage. La résolution est d'ailleurs censée se jouer également de la volonté des belligérants autres que l'État syrien, comme l'indique l'allusion au franchissement sans leur accord des « lignes de conflit » – anglicisme pour « lignes de front ». Dans les faits, c'est essentiellement sur la frontière turco-syrienne que le mécanisme a joué.

Il est des stratégies qui s'éloignent plus encore de l'application du droit humanitaire, mais que l'on se doit tout de même d'envisager dans le spectre des mesures pouvant bénéficier aux personnes que le droit humanitaire a pour fonction de protéger.

D. L'inapplication du droit humanitaire comme stratégie de réduction de la violence : la non-poursuite des crimes de guerre pour obtenir la paix

Cet intitulé ne peut manquer de choquer, car il évoque l'impunité, la faiblesse devant le crime. La situation peut sembler grave, car la sanction de la violation a pu être mentionnée comme un marqueur essentiel de la juridicité¹²². De plus, on parvient, ici, aux limites de ce qui peut être qualifié de stratégie de mise en œuvre du droit humanitaire. On pense plutôt à une soumission du *jus in bello*, aux besoins du *jus contra bellum*¹²³. Or, le premier est protecteur de la personne humaine, tandis que le second est un ensemble de procédures permettant de protéger les Etats dans les relations internationales et – certes – d'éviter le « fléau de la guerre » dont les personnes sont toujours victimes.

121 Dès lors que les « Casques bleus », présents en petit nombre, n'ont pas consenti l'ultime sacrifice, qui, seul, dans ces circonstances, aurait pu donner à réfléchir aux assaillants.

122 Pour Kelsen, le rôle du droit n'est pas tant de prohiber que de prévoir des sanctions.

123 Pour employer la formule de Robert Kolb (*Jus contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix : précis*, 2^e éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009), au lieu de celle de « *jus ad bellum* » – ou « droit à faire la guerre » –, qui est aujourd'hui dépassée.

Cependant, il faut bien distinguer entre deux situations.

1. *La tentation de l'impunité*

Elle est, bien entendu, présente. Blaise Pascal l'a bien dit : quand on ne peut pas faire que ce qui est juste soit fort, il est tentant de faire que ce qui est fort soit juste. C'est d'autant plus tentant que la poursuite des hostilités fauche des vies humaines, et que faire la paix – même avec des criminels –, peut apporter un soulagement¹²⁴. De plus, les immenses espoirs qui avaient été fondés sur la dissuasion par la répression pénale internationale ont aujourd'hui fait place, avec le recul, à des approches plus mitigées¹²⁵.

Mais, l'idée d'échanger l'impunité contre la paix a été écartée dans une affaire emblématique : celle de Sierra Leone. Dans la guerre civile, le RUF s'était illustré par sa violence, notamment par une campagne d'amputations¹²⁶. En 1999, un accord de paix avait été conclu à Lomé entre le gouvernement sierra-léonais et le RUF, dirigé par Foday Sankoh, qui, aux fins d'une mise en œuvre harmonieuse, bénéficiait d'une amnistie¹²⁷ et se trouvait dans le même temps investi de la mission de présider la Commission des diamants. Il mettait donc officiellement la main sur cette ressource précieuse qui était l'un de ses buts de guerre.

Toutefois, le Secrétaire général des Nations unies de l'époque, Kofi Annan, a décidé de bloquer les effets de l'article de l'Accord de Lomé qui conduisait à l'impunité de crimes de guerre, par la formulation d'une déclaration interprétative selon laquelle l'amnistie prévue à l'article IX ne pouvait pas être invoquée pour couvrir des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des actes de génocide¹²⁸. C'est ainsi, qu'aux côtés de la Commission Vérité et Réconciliation, prévue par l'Accord de Lomé, un Tribunal spécial pour la Sierra Leone a vu le jour.

Un accusé devant ce Tribunal, le lieutenant Kallon, a voulu contester, dans une exception préliminaire, la compétence du Tribunal, au motif que l'article IX de l'Accord de Lomé octroyait une amnistie à tous les membres du RUF. Ceux-ci, dès lors, ne devraient faire l'objet d'aucune poursuite judiciaire¹²⁹. Il fut débouté car le Tribunal a estimé que l'amnistie générale prévue par l'Accord de Lomé était en contradiction avec la tendance du droit international à proscrire les amnisties des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime de génocide¹³⁰.

124 « Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien » (Pensées (1670), VI, 7).

125 Certains experts considèrent que cette justice est trop lente et développe une jurisprudence trop subtile pour parler au profane et l'arrêter dans son geste, alors surtout que la logique intervient peu dans les ressorts de ceux qui commettent des atrocités. Au mieux, certains font état d'une responsabilisation d'ensemble dans les armées qui ont développé des conseillers juridiques opérationnels – LEGAD, dans le langage venu de l'OTAN. Sur ce point, voir le débat entre Chris Jenks et Guido Acquaviva (Revue internationale de la Croix rouge, numéro spécial sur « Générer le respect du droit », vol. 96, Sélection française, 2014).

126 Décidés à empêcher un scrutin, ses militants voulaient entraver le geste qui met le bulletin dans l'urne : ils demandaient aux personnes de choisir « manches longues » (main coupée) ou « manches courtes » (bras coupé en haut).

127 Prévues par l'article IX de l'Accord de Lomé.

128 Voir sur ce point C. BELL, *On the law of peace. Peace agreements and the lex pacificatoria*, Oxford University Press, 2008, p. 247.

129 Voir S. M. MEISENBERG, « Legality of amnesties in international humanitarian law. The Lomé Amnesty decision of the Special Court for Sierra Leone », *Revue internationale de la Croix Rouge*, décembre 2004, vol. 86, n° 856, p. 837-851.

130 « ... there is no customary rule prohibiting national amnesty laws, but only a development towards an exclusion of such laws in international law », cité in S. M. MEISENBERG, « Legality of amnesties in international humanitarian law. The Lomé Amnesty decision of the Special Court for Sierra Leone », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, décembre 2004, vol. 86, n° 856, p. 837-851.

C'est ainsi que, progressivement, dans les instances onusiennes, a été formulée et affirmée la position selon laquelle l'Organisation des Nations unies ne pourra jamais être associée à un accord de paix qui contient une amnistie pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crimes de génocide ou autres violations massives des droits de l'homme¹³¹.

En revanche, il est une autre formule qui ne conduit pas à l'impunité, et qui peut présenter certains des avantages de celle-ci en termes de retour à la paix.

2. *Le sursis à poursuivre*

Les accords de Dayton négociés en novembre 1995 n'ont pu être obtenus que grâce au bon vouloir des deux États indépendants qui patronnaient deux armées sécessionnistes de Bosnie-Herzégovine : le HVO croate et le VRS serbe. La Croatie, dirigée alors par Franjo Tudjman, et la Serbie, dirigée par Slobodan Milosevic, sont signataires, avec la Bosnie-Herzégovine du président bosniaque Izetbegovic. Or, Slobodan Milosevic n'a été mis en cause qu'en 1999 par le TPIY qui, cependant existait depuis 1993. On peut supposer que la non mise en cause précoce de Milosevic a quelque chose à voir avec l'arrêt des hostilités.

On retrouve quelque chose de cet esprit dans le statut de la CPI. Son article 16 fait un certain écho à l'idée d'opportunité des poursuites, sous une forme institutionnelle adaptée à la société internationale. L'article 16 dispose :

« Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII [...] ; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions ».

Ainsi, l'intérêt de la paix, apprécié par le Conseil de sécurité qui en a la responsabilité principale, peut-il justifier que la justice soit retardée. Selon les faits imputés aux mis en cause, c'est peut-être la sanction de l'application du droit humanitaire qui sera suspendue au nom de la paix. En quelque sorte, dans quelques cas, pour paraphraser une formule française sur les voies de droit, le *jus contra bellum* tiendra le *jus in bello* en l'état.

« Les récits des violations du *jus in bello* sont tellement nombreux qu'on en vient à se demander si... Le droit des conflits armés existe ailleurs que dans les textes qui l'énoncent et chez les juristes qui commentent ».

131 Rapport du Secrétaire général des Nations unies, *L'état de droit et la justice dans les sociétés en post-conflit*, 2004, Voir aussi *Rule of law tools for post-conflict States*, OHCHR, Nations unies, New York et Genève, 2009, *Directives des Nations unies pour une médiation efficace*, Annexe au rapport du Secrétaire général intitulé « Renforcement du rôle de la médiation dans le règlement pacifique des différends et la prévention et le règlement des conflits » (A/66/811, 25 juin 2012).

Cette boutade d'Éric David¹³² donne à réfléchir. *Quid* d'une possible obsolescence du droit humanitaire? De l'émergence naissance possible d'une coutume abrogative? Mais il y a lieu de se rassurer. La première raison en est le large éventail de stratégies envisagées, qui n'est pas un inventaire disparate. L'ensemble possède une cohérence : celle de protéger les personnes contre la violence, en luttant contre l'inapplication, ou, plus rarement, en instrumentalisant l'inapplication du droit humanitaire. Face au non-respect qui émerge de la multiplication des violations, les États, les organisations internationales, les ONG, et – par-dessus tout – le CICR développent des stratégies multiples, fidèles à l'esprit sinon toujours à la lettre du droit humanitaire.

Et le second facteur rassurant tient en un constat : les belligérants – États et parfois groupes armés – attachent beaucoup d'importance au droit humanitaire... en tant qu'arme permettant de discréditer l'adversaire, quand bien même ils sont eux-mêmes loin d'être sans reproches¹³³. Cette hypocrisie-là est une sorte d'hommage que le vice rend à la vertu, une *opinio juris* garante de la pérennité des normes bafouées¹³⁴.

132 E. DAVID, *Principes de Droit des conflits armés*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 976.

133 De même les observateurs ne voient-ils pas tous le non-respect chez les mêmes acteurs.

134 Comme l'a affirmé la CIJ dans l'arrêt sur les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le fait qu'il y ait beaucoup de précédents de non-respect ne signifie pas que la règle n'existe pas, si chaque violation fait l'objet de protestations.