

AIX-MARSEILLE UNIVERSITE
UFR de Droit et de Science Politique

CONTRIBUTION A L'ETUDE DES FACTEURS DE NON-RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit public

Présentée et soutenue publiquement
Le 17 décembre 2016

Par

Alexandra BUI

Directrice de recherche

Madame Marie-José DOMESTICI-MET
Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille.

Membres du jury

Madame Odina BENOIST
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille.

Monsieur Eric DAVID
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles.

Monsieur Emmanuel DECAUX
Professeur à l'Université Paris II – Panthéon Assas.

L'Université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mes grands-parents,

A Nadia,

REMERCIEMENTS

La rédaction de cette thèse a sans conteste constitué un véritable défi. C'est grâce à l'aide inestimable, imméritée et infinie qu'elle a reçue de la part de son entourage, que l'auteure a finalement réussi à achever ce travail de longue haleine.

S'il fallait remercier une seule personne, ce serait madame le professeur Marie-José DOMESTICI-MET qui a su guider mes pas dans les méandres d'un sujet où il était aisé de se perdre. Ses conseils avisés et toujours pertinents ont permis de faire de cette thèse ce qu'elle est aujourd'hui.

Je tiens également à exprimer ma gratitude à toutes les personnes, membres de ma famille, amis et collègues, qui m'ont soutenue, écoutée, et accompagnée tout au long de ces années. Je remercie plus particulièrement celles et ceux qui ont accepté de consacrer une part non-négligeable de leur temps à la relecture de cette thèse.

Enfin, j'adresse une dernière pensée à mes disparus qui n'auront pas eu la possibilité de voir l'aboutissement de ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|------------|---|
| A.G.N.U. | Assemblée générale des Nations Unies |
| C.A.D.H. | Convention américaine relative aux droits de l'homme |
| C.A.D.H.P. | Charte africaine des droits de l'homme et des peuples |
| C.D.I. | Commission du droit international |
| C.E.D.H. | Cour européenne des droits de l'homme |
| C.I.A.D.H. | Cour interaméricaine des droits de l'homme |
| C.I.C.R | Comité international de la Croix Rouge |
| C.I.J. | CIJ |
| C.P.J.I. | Cour permanente de Justice internationale |
| C.S.N.U. | Conseil de sécurité des Nations Unies |
| O.N.U. | Organisation des Nations Unies |
| S.D.N. | Société des Nations |
| T.P.I.Y. | Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie |

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| INTRODUCTION : LES DEFIS DU DROIT HUMANITAIRE..... | 15 |
| PARTIE I. LE DROIT HUMANITAIRE, D'UN DROIT CONTRACTUEL CLASSIQUE A UN DROIT DE LA PERSONNE..... | 37 |
| TITRE I : UN ABSOLU CONCU COMME UNIVERSEL..... | 39 |
| CHAPITRE I : Universalité de la personne humaine..... | 41 |
| CHAPITRE II : La quasi-universalité du droit international humanitaire..... | 93 |
| TITRE II. L'ABANDON PROGRESSIF DU PRINCIPE DE RECIPROCITE OU LA CONSECRATION D'UN DROIT DE LA PERSONNE HUMAINE..... | 135 |
| CHAPITRE I : La réciprocité, un fondement du droit international en voie de disparition dans le DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE..... | 137 |
| CHAPITRE II : La consécration difficile de l'absence de réciprocité d'application..... | 169 |
| PARTIE II. UNE ANALYSE PLURIDISCIPLINAIRE DES FACTEURS DE RESISTANCE AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET DES STRATEGIES DE MISE EN ŒUVRE..... | 199 |
| TITRE I. LA LOGIQUE INTERNE DES RESISTANCES..... | 201 |
| CHAPITRE I : Le refus de renoncer à l'indestructible réciprocité expliqué par la place fondamentale de ce principe dans la société et dans le droit..... | 203 |
| CHAPITRE II : Une résistance au droit humanitaire fondé sur la justesse de la cause..... | 253 |
| TITRE II : LE CHOIX DES VOIES DE PROMOTION LES PLUS ADAPTEES..... | 333 |
| CHAPITRE I : La diversité culturelle apprivoisée..... | 335 |
| CHAPITRE II : Promouvoir l'esprit humanitaire auprès des acteurs impliqués dans le conflit.... | 395 |
| CONCLUSION GENERALE..... | 437 |

« Peut-être bien que les hommes n'ont qu'une grande âme et que chacun en a un petit morceau. »

« Quand on a dû accepter l'aumône une fois dans sa vie, ça laisse une brûlure qui ne s'en va jamais. »

John Steinbeck, Les Raisins de la Colère

INTRODUCTION : LES DEFIS DU DROIT HUMANITAIRE.

Au moment où nous écrivons ces premières lignes des milliers d'êtres humains périssent ou sont blessés par des actes de guerre condamnés par le droit international humanitaire. Les théâtres de conflits armés en ce début de XXI^e siècle sont nombreux et caractérisés par des violations massives des droits humains.

Des armes interdites considérées comme particulièrement dangereuses continuent d'être utilisées par les parties engagées dans ces conflits armés. Depuis 2010, Human Rights Watch a répertorié sept conflits dans lesquels ont été utilisées, et dans certains cas continuent à être utilisées, des armes à sous-munitions : au Cambodge, en Lybie, au Soudan, au Soudan du Sud, en Syrie, en Ukraine et au Yémen.¹

Certes ces Etats ne sont pas parties à la Convention sur les armes à sous-munitions de 2008². Cependant, l'usage des dites armes pourrait et devrait être considéré comme contraire au droit humanitaire en toutes circonstances dans la mesure où leurs effets sont largement indiscriminés et qu'elles causent des maux superflus³.

Le conflit en Syrie a aussi vu le grand retour des armes chimiques⁴ et des bombes incendiaires⁵. Dans ce conflit, le respect du droit humanitaire est plus que secondaire pour la plupart des parties au conflit. Il devient difficile de dénombrer les meurtres volontaires de civils, les cas de torture, de viol, les pillages.

Les civils, plus que jamais, sont souvent les premières cibles des attaques⁶. Le mélange des genres qui s'opère entre guerre et terrorisme a conduit au développement de l'usage des massacres de civils comme arme de guerre. Il suffit de penser ici aux attentats qui émaillent l'actualité. Marc

¹ Human Rights Watch, Cluster Munition Report, 3 septembre 2015.

² Convention sur les armes à sous-munitions, adoptée le 30 mai 2008, à Dublin, entrée en vigueur le 1^{er} août 2010. Elle compte à ce jour quatre-vingt-dix-huit Etats parties.

³ Il existe un débat sur le fait que l'interdiction des armes qui causent des maux superflus puisse s'appliquer à des armes qui ne seraient pas expressément interdites. S'opposent ainsi sur ce point Antonio Cassese et Eric David. Nous préférons le point de vue d'Eric David qui nous paraît plus conforme au sens de la règle et de nature à anticiper la création d'armes toujours plus nocives.

⁴ Résolution 2209 du Conseil de Sécurité des Nations Unies du 6 mars 2015, S/RES/2209 (2015)

⁵ Barthe Benjamin, « Les bombes incendiaires, l'autre arme illégale utilisée par Damas », Le Monde, 30 août 2013, www.lemonde.fr

⁶ A titre d'exemple : Human Rights Watch, « Syrie : Meurtre délibéré de civils par l'Etat islamique », 3 juillet 2015, <https://www.hrw.org/fr/news/2015/07/03/syrie-meurtre-delibere-de-civils-par-letat-islamique>.

Renfer de la Radio Télévision Suisse Romande a dénombré près de cinq-cent-cinquante attaques terroristes entre janvier et juillet 2016 hors Syrie ayant causé plus de quatre-mille morts civiles⁷.

Malgré les efforts fournis par la communauté internationale et les Etats, les enfants ne bénéficient toujours pas de la protection qui leur est due dans les conflits armés. A côté du recrutement forcé et des attaques indiscriminées, un phénomène plus récent s'est assez largement développé, celui des enlèvements. De plus en plus nombreux, ils sont le plus souvent suivis d'autres violations graves. Les filles sont particulièrement victimes de violences sexuelles, parfois encore très jeunes. On songe ici, parmi des milliers d'autres, à l'enlèvement de deux-cent-soixante-seize lycéennes de Chibok au Nigéria par Boko Haram qui avait suscité une émotion mondiale au travers de la campagne « Bring back our girls ». On est toujours sans nouvelle de deux-cent-dix-neuf d'entre elles.⁸ Aucune zone de conflit n'est épargnée par les violences à l'encontre des enfants.⁹

Cette liste de violations des règles du droit humanitaire est loin d'être exhaustive mais permet déjà de mesurer combien il est important de s'interroger sur cette branche du droit international si peu respectée et pourtant si fondamentale. C'est pourquoi, avant de préciser le champ de notre travail et la méthode adoptée (IV), il est indispensable de s'arrêter brièvement sur ses origines (I) ; sur l'évolution des conflits contemporains et des règles juridiques éventuellement applicables (II) ; et enfin sur les autres défis et les questionnements auxquels est confronté le droit international humanitaire contemporain (III).

Un premier point sémantique doit toutefois être éliminé immédiatement. Le choix du vocable, droit international humanitaire, droit des conflits armés, droit de la guerre, droit de Genève, droit de La Haye mérite qu'on s'y attarde, même si la grande majorité des lecteurs est sans doute déjà bien au fait de ces distinctions et de leur pertinence.

Droit international humanitaire, droit des conflits armés et droit de la guerre doivent être entendus comme des synonymes. Les trois expressions recouvrent les mêmes normes juridiques et les mêmes situations de fait. Elles ne présentent que des nuances. La dénomination « droit de la guerre » est vieillie et d'usage ancien. Elle pourrait apparaître restrictive dans la mesure où elle ne

⁷ RENFER Marc, « Près de 550 attentats et 4200 morts en 2016, nos cartes interactives », RTS, 4 juillet 2016. <http://www.rts.ch/info/monde/7857528-pres-de-550-attentats-et-4200-morts-en-2016-nos-cartes-interactives.html>

⁸ Le Monde.fr, « Nigeria : deux ans après l'enlèvement de 276 lycéennes, Boko Haram envoie une « preuve de vie », 14 avril 2016.

⁹ Voir : Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, « Le sort des enfants en temps de conflit armé », 5 juin 2015, S/2015/409

fait référence qu'à la guerre dont la définition juridique requiert une déclaration. C'est d'ailleurs pourquoi on lui préfère l'appellation plus juste de droit des conflits armés, qui correspond plus précisément aux choix sémantiques faits aujourd'hui, basés sur la réalité des faits plutôt que sur les déclarations officielles des Etats. Ces deux expressions ont cela en commun qu'elles ne visent pas d'autre but que de décrire la matière qu'elle gouverne. Celle de droit international humanitaire ajoute une dimension morale qui met l'accent sur l'objectif de protection des êtres humains poursuivi par cette branche du droit¹⁰. Bien qu'étant sans doute la plus communément utilisée aujourd'hui, elle a le tort d'introduire une confusion dans l'esprit des non-initiés qui la comprennent comme faisant référence à l'assistance humanitaire ou au grand champ de l'action humanitaire, plutôt qu'au seul domaine de la réglementation des conflits armés. Quoiqu'il en soit, nous utilisons indifféremment dans cette thèse les trois expressions.

Les appellations « *droit de La Haye* » et « *droit de Genève* » font référence aux deux branches du droit international humanitaire. D'une part celle qui gouverne la conduite des hostilités et d'autre part celle qui assure la protection et l'assistance des personnes protégées. La première des branches a pris forme dans les conventions relatives au droit de la guerre conclues à La Haye alors que la seconde a d'abord été développée dans les conventions adoptées à Genève. La distinction est quelque peu artificielle d'autant qu'à partir des Conventions de Genève de 1949 et surtout depuis l'adoption de leurs protocoles additionnels les deux corps de règles se trouvent dans les mêmes instruments pour ce qui concerne les grands principes. Les règles relatives à certaines armes en particulier sont, de leur côté, éclatées dans plusieurs conventions spécifiques.

De plus, la protection et le secours de l'être humain dans le conflit armé nous semble, dans les faits, indissociables de la conduite des hostilités. Aussi, de manière générale dans cette thèse, nous ne menons pas notre réflexion en fonction de cette distinction mais toujours en considérant le droit international humanitaire de manière globale.

Bien que nous allions revenir dans le détail sur le développement du droit international humanitaire dans le corps de notre thèse, il nous semble difficile d'éviter tout à fait d'évoquer dans cette introduction le développement du droit international humanitaire contemporain. Nous ne ferons donc qu'en tracer les grandes lignes.

¹⁰ BOUCHET-SAULNIER Françoise, Dictionnaire Pratique du droit humanitaire, La Découverte, Paris, 2000, « Entrée droit international humanitaire », p. 190.

I. Le droit humanitaire moderne ou l'achèvement d'un très long cheminement éthique et juridique.

L'histoire de la guerre est faite de tensions entre des approches totalitaires qui conçoivent les conflits uniquement en termes de destruction totale de l'ennemi et celles qui accordent une place à l'idée d'une régulation.

Les guerres qui n'ont d'autres limites que les capacités techniques de destruction sont apparues sur l'ensemble des continents tôt dans l'histoire de l'humanité. L'extrême violence n'est pas l'apanage de quelques civilisations seulement mais se trouve assez répandues dans le temps et dans l'espace¹¹. Des premières violences de masses de la préhistoire que les archéologues ont découvertes¹² aux génocides contemporains, l'histoire humaine est émaillée de cet usage de la violence illimitée¹³. Le pillage, la soumission à l'esclavage des prisonniers de guerre, les meurtres des femmes et des enfants sont des pratiques communes et acceptées.

Mais à côté de cette réalité terrible de la guerre, certains penseurs ont tenté de penser une régulation des combats soit par intérêt soit par humanité.

S'il est probablement impossible de déterminer si les populations préhistoriques avaient développé des théories de limitation de la violence, ces dernières apparaissent dès l'Antiquité. En effet, déjà dans la Chine ancienne, cinq siècles avant Jésus-Christ, Sun Tzu critiquait l'idée d'une guerre sans limite, pour des raisons essentiellement stratégiques, mais la réflexion était là¹⁴. En Inde trois siècles plus tard, les appels à la modération présents dans les lois de Manu¹⁵ se fondent déjà plus sur une idée de protection des victimes de la guerre. Cicéron dans la Rome Antique suggère qu'il convient d'apporter des tempéraments à la guerre surtout lorsque celle-ci est menée pour la gloire d'un peuple.¹⁶

L'idée de limiter les effets de la guerre est donc, en fait très ancienne. Cependant, elle a toujours cohabité avec une réalité, des traditions et des règles plus cruelles.

¹¹ Voir par exemple : KENZ EL David (dir.), *Le massacre, objet d'histoire*, Gallimard, Paris, coll. Folio Histoire, 2005, 557p.

¹² Voir par exemple : ARKUSH Elizabeth N., ALLEN Mark W. (dir.), *The Archology of Warfare : Prehistories of Raiding and Conquest*, University Press of Florida, 2008, 549p. et KEELEY Lawrence H., *War before civilization*, Oxford University Press, New-York, 1997, version Kindle.

¹³ CAMOUS Thierry, *La violence de masse dans l'Histoire*, PUF, Paris, 2010, version Kindle.

¹⁴ SUN TZU, *L'art de la Guerre*, Hachette Littératures, Paris, 2000, 328p.

¹⁵ Manusmriti ou Mānava-Dharmaśāstra.

¹⁶ CICERON, *De officiis*, Liber Primus, XII.

Dans le Mahabharata, « *Grande Geste des Baharata* », qui raconte, en plus de cent-mille vers, les affrontements fratricides entre les Kaurava et les Pandava, on trouve l'affirmation des règles applicables aux hostilités et le récit de combats où elles sont sciemment violées. Ainsi, dans le Livre X, *Livre de l'Attaque Nocturne*, Asvatthaman¹⁷ se fait cette réflexion¹⁸ après que sa propre lignée a été presque entièrement décimée :

« *Les combattre selon les règles serait une conduite suicidaire, celle d'un papillon dans les flammes : la mort serait certaine. Mais le succès est dans la ruse, et le grand carnage de mes ennemis.*

D'une issue douteuse, il faut faire une issue certaine : c'est ce que recommandent vigoureusement les experts de la politique.

Même ce qui est interdit, répréhensible, blâmables aux yeux de tous, il est parfois du devoir d'un guerrier de le faire.

De tous les actes répréhensibles, blâmables, frauduleux commis en toutes occasions par les Pandava, nous nous sommes gardés.

A ce propos, les juristes, soucieux des règles et voyant les choses comme elles sont, connaissent ces deux strophes que l'on récitait autrefois :

« Une armée ennemie doit être attaquée par ses adversaires quand elle est fatiguée, éparpillée, quand elle mange, quand elle est en marche ou au moment où elle entre dans un territoire,

« Au milieu de la nuit quand elle est endormie, quand elle a perdu ses chefs, quand ses guerriers sont en déroute, ou quand elle divise son unité. »

Le glorieux fils de Drona décida donc de massacrer les Pandava endormis, ainsi que les Pancala.

Il hésita un instant à mettre en pratique cette décision cruelle, puis réveilla son oncle (Krupa) et Bhoja (Krtavarman) qui dormaient. »

L'on trouve ici réunis la reconnaissance que tous les moyens de combattre ne sont pas honorables et que mêmes certains sont tout à fait condamnables, comme en l'espèce, massacrer

¹⁷ L'un des héros, membre de la lignée des Kaurava ou Kuru.

¹⁸ Le Mahabharata, Tome II, Rois et Guerriers, textes traduits du sanskrit et annotés par Gilles Schaufelberger et Guy Vincent, Les Presses de l'Université de Laval, 2005, Livre X, X-I, « Le Hibou », p. 402 et 403.

l'ennemi endormi, et l'idée que le principe de réalité oblige parfois à ne plus faire cas de ses règles. On verra plus tard dans notre analyse que c'est là une conception qui se perpétue de nos jours.¹⁹

De plus, le contenu des règles dictant le comportement adéquat dans la guerre varie d'un auteur à l'autre, d'une tradition à l'autre etc. L'idée que tout ne peut pas être toléré est commune, mais l'intolérable n'est pas toujours pareillement défini.

Hugo Grotius constatera, par exemple, dans son ouvrage majeur, Le droit de la Guerre et de la Paix, que le droit des gens, qu'il estime en vigueur à son époque, autorise des actes que celui qui voudrait mener une guerre juste doit s'interdire. Le droit de la guerre permet de tuer tous les sujets de l'ennemi, partout où on les rencontre, y compris les femmes et les enfants²⁰, ce que les principes de la guerre juste réprouvent. Pour autant, tout n'est pas admis. L'utilisation du poison et le viol sont ainsi, interdits.

De plus, selon le lieu, l'époque et la source des principes de limitation, leur force contraignante était également grandement variable. Edictées par les textes sacrés ou les institutions religieuses²¹, les règles de comportement dans la guerre devenaient, au moins théoriquement obligatoires pour les croyants mais issues des réflexions philosophiques et doctrinales, elles n'étaient alors que des règles morales.

La nouveauté du droit international humanitaire n'est donc pas à chercher dans le principe même de limiter les effets de la guerre mais plutôt dans sa formulation sous forme d'une règle juridique obligatoire et universelle applicable à tous et qui oblige chacun également. Or, compte tenu de l'histoire du monde contemporain, cette évolution n'était possible que dans le contexte européen du XIXe siècle puisque c'est également là que prend sa source le droit international actuel.

Ce développement va commencer avec « l'épopée » d'Henry Dunant, jeune homme d'affaire suisse, qui en 1859, pour tenter d'obtenir une concession de territoire en Algérie, où il est installé près de Sétif, poursuit Napoléon III jusqu'au champ de bataille de Solferino.

Celui-ci allié au Piémont, menait une guerre contre l'Autriche afin de récupérer des terres encore sous la domination de l'Empire de Habsbourg.

¹⁹ Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I.

²⁰ De jure belli ac pacis, Livre III, Chapitre IV.

²¹ Dans le Coran, les textes sacrés de l'hindouisme...

Dunant est bouleversé par la vision qu'offre un champ de bataille après la fin des combats et par l'incapacité du personnel médical à soigner tous les hommes blessés. Il organise alors un service de soins avec l'aide des habitants des environs. Il tentera de faire admettre que doivent être soignés tous les combattants blessés, sans qu'une distinction soit faite entre les combattants français, piémontais et les combattants autrichiens. Parce qu'un homme blessé, n'est plus un soldat, plus un citoyen mais seulement un homme qui a le droit d'être soigné.

Il écrira pour partager ce souvenir et transmettre sa volonté d'améliorer le sort des victimes de la guerre, Un souvenir de Solferino. Il va y développer deux idées. La première est celle qui donnera lieu à la création du Comité International de la Croix et aux sociétés nationales de Croix et de Croissant rouge. Il souhaite en effet que soient créées des sociétés de secours chargées d'aider les blessés de guerre. La deuxième idée est celle qui a permis le développement des grandes conventions du droit des conflits armés. Il souhaite que soit menée une réflexion autour de la guerre face notamment, souci encore très actuel, à l'invention « de nouveaux et terribles moyens de destruction », et des soins à apporter aux victimes des guerres à venir, qu'il pressent inévitables.

Eric David souligne cependant que « *la première suggestion n'était pas une nouveauté ; sans remonter à l'action des Hospitaliers de Saint Jean de Jérusalem ou des Camilliens de Rome qui était d'inspiration confessionnelle, on notera qu'une des premières formes laïques de secours aux blessés apparaît dans la guerre de Crimée (1854-1856) où la grande-duchesse Hélène Paulovna et l'Anglaise Florence Nightingale avaient recruté quelques centaines d'infirmières volontaires pour venir en aide aux victimes de ce conflit.* »²²

De même, on avait déjà à l'époque de Dunant commencé à compiler et codifier les coutumes de guerre. Aussi, les suggestions qu'il formule dans Un souvenir de Solférino et à la mise en œuvre desquelles il participera par la suite, apparaissent finalement comme l'aboutissement d'une lente création normative étalée sur des siècles.

II. Droit international humanitaire et nouvelles conflictualités : l'exigence d'une adaptation constante.

Historiquement, parler de nouveaux conflits par opposition à une forme ancienne que serait le conflit armé interétatique n'est sans doute pas tout à fait exact pas plus que parler de nouveaux

²² DAVID Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2012.

acteurs. Les hommes n'ont pas attendu l'apparition des Etats modernes pour se faire la guerre pas plus que la formation progressive de ceux-ci n'a conduit à la disparition complète des guerres civiles. Comme le souligne différents auteurs²³, ces conflits se présentent comme nouveaux seulement si on les compare au modèle du conflit interétatique hérité de l'ère westphalienne en Europe qui finalement reste relativement limité.

Cependant, en ce qui concerne le droit international humanitaire, il faut bien les considérer comme nouveaux dans la mesure où celui-ci a émergé dans sa forme contemporaine des grands conflits interétatiques de l'Europe du XVIIIe et XIXe siècle.

- **Nouveaux conflits.**

Le droit international humanitaire a d'ores et déjà dû être adapté aux nouvelles formes de conflit. Il souffre cependant encore dans son application de son organisation autour d'une distinction rigide entre conflits armés internes et conflits armés internationaux.

Or les conflits actuels ne présentent presque plus jamais un visage si clair qu'il est aisé de les classer dans l'une ou l'autre de ces catégories. Bien qu'il s'agisse de notions élémentaires du droit des conflits armés, il nous semble qu'il faut tout de même revenir, dans cette introduction, sur les différentes catégories de conflits armés.

On distingue d'abord les conflits armés internationaux ou interétatiques directement issu des conceptions européennes de la guerre, au XIXe siècle, prévus comme champs d'application des Conventions de Genève de 1949 à leur article 2 commun. Ils ne sont pas exactement définis par les Conventions puisque l'article se contente d'affirmer que ces dernières s'appliqueront en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes. C'est la jurisprudence, la pratique des Etats et la doctrine qui ont progressivement dessiné les contours de ce premier type de conflit. De manière générale, la définition de référence²⁴ aujourd'hui est celle qui a été donnée en 1995 par la Chambre d'appel du TPIY : « *un conflit armé*

²³ THURER Daniel, *International Humanitarian Law, Theory, Practice, Context*, Brill, Nijhoff, 2011, p. 201 ; NEWMAN Edward, « The 'New Wars' Debate : a historical perspective is needed », *Security Dialogue*, vol. 35, n°2, juin 2004, p. 174.

²⁴ CICR, *Commentaire de l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949*, 2016 : « This definition has since been adopted by other international bodies and is generally considered as the contemporary reference for any interpretation of the notion of armed conflict under humanitarian law. »

existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats »²⁵. Aucune condition d'intensité n'est requise. Même un recours à la force armée de très faible intensité peut être qualifié de conflit armé international. Et en cas de guerre déclarée, il n'est même pas nécessaire que les hostilités aient été déclenchées pour que le droit international humanitaire entre en application. La seule condition est que ce recours soit le fait d'agents de l'Etat agissant dans le cadre de leur fonction. Ce type de conflit armé n'est plus guère répandu.

Dans le prolongement d'un conflit armé classique se trouve l'occupation qui, malgré l'absence possible d'hostilité, continue d'être considérée comme un conflit armé international dès lors que l'occupant contrôle de manière effective un territoire qui n'est pas le sien et qu'il n'a pas été autorisé à le faire par le gouvernement légitime²⁶. Aisément compréhensible en théorie, les situations d'occupation ne sont pas toujours aussi faciles à analyser dans la réalité. Les forces occupantes se cache parfois derrière un gouvernement fantoche comme c'est le cas dans le Haut-Karabagh ou alors remettent en question le fait que les critères de l'occupation soit effectivement remplis comme peut le faire Israël à l'égard de la Cisjordanie.

A ce type originel de conflit armé international a été adjoint en 1977, un type de conflit armé international nouveau qui n'opposent pas deux Etats, mais un Etat et un mouvement de libération nationale. L'article 1 §4 prévoit ainsi que « *sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.* » Il y a ici une acrobatie juridique notable qui traduit la complexité croissante des situations dans lesquelles devraient être appliqué le droit international humanitaire. L'apport principal de l'article 2 commun avait été de choisir un champ d'application objectif qui permettait de déclencher l'application des Conventions indépendamment du positionnement politique des Etats. Or, on abandonne ici cette approche objective basée sur la réalité d'une situation donnée pour une approche politique fondée sur les causes du conflit²⁷. Des éléments nouveaux entrent donc dans la définition du conflit armé²⁸.

Officiellement les conflits armés interétatiques de l'article 2 commun et les conflits armés internationaux de l'article 1§4 appartiennent à la même catégorie juridique et emportent les mêmes conséquences.

²⁵ TPIY, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, « Dusko Tadic », Arrêt relatif à l'Appel de la Défense concernant l'Exception Préjudicielle d'incompétence, §. 70.

²⁶ Article 42 du Règlement de La Haye de 1907.

²⁷ On étudiera plus particulièrement ce problème dans le corps de la thèse : Partie II, Titre I, Chapitre II, Section 1 et Section 2.

²⁸ Il faut préciser ici que l'article 1§4 n'a jamais officiellement été appliqué à aucune situation réelle.

A côté des conflits armés internationaux, les Etats ont aussi convenu qu'il était indispensable de prendre en considération les conflits armés internes. De même qu'en ce qui concerne l'article 2 commun, l'article 3 commun aux Conventions de Genève ne définit pas ce qu'il faut entendre par conflit armé international, à part qu'il s'agit d'un conflit qui se déroule sur le territoire d'une des Parties contractantes et qui ne présente pas un caractère international.

La difficulté ici tient à identifier le seuil qui permet de basculer des troubles internes et des tensions intérieures dans le conflit armé proprement dit. Dans le cadre de l'article 3 commun, on parlera souvent de conflit armé non-international de basse intensité dans la mesure où l'on dépasse le stade des troubles internes mais que l'on n'atteint pas encore le niveau d'intensité requis par le Protocole II ou par la définition retenue par le Statut de Rome. Les conflits armés de l'article 3 commun peuvent opposer un Etat à un groupe armé organisé ou des groupes armés organisés entre eux.

Ce n'est pas le cas des conflits armés internes définis par le Protocole II de 1977. Son article 1^{er} dispose que le Protocole s'applique à des conflits armés qui « *se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole* » Les conflits visés sont dits de haute intensité et ne concernent plus que ceux opposant un Etat et un mouvement armé très organisé. Sont donc écartés toutes les autres situations.

Enfin, établissant un entre-deux, le TPIY, toujours dans l'arrêt « *Tadic* » du 2 octobre 1995, définit le conflit armé interne comme « *un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat.* » Cette définition a été reprise par le Statut de la Cour pénale internationale²⁹.

Ce sont là les seules catégories de conflit précisément envisagées par les textes. Cependant, d'autres formes sont apparues qui ont conduit à s'interroger sur la nature du droit applicable.

La première question qui s'est posée est celle de l'internationalisation des conflits armés internes du fait d'une intervention extérieure.

²⁹ Article 8 f) du Statut de la Cour Pénale Internationale, du 17 juillet 1998 entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 : « *Il s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux.* »

Le premier cas de figure est celui de l'intervention directe des troupes d'un Etat tiers. C'est sans doute le plus clair même si un débat subsiste sur l'internationalisation du conflit si l'intervention de l'Etat tiers est faite au profit et à la demande du gouvernement officiel.

Le second, déjà plus complexe, concerne les actes commis par des groupes armés organisés et structurés. Le conflit sera internationalisé si lesdits groupes sont placés sous le contrôle d'un Etat tiers. Le critère de contrôle est évalué différemment par la CIJ et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. La première exige un contrôle effectif³⁰ alors que le second se contente d'un contrôle global³¹, moins exigeant.

Enfin, le dernier cas possible d'internationalisation est celui de l'intervention des forces multinationales placées sous mandat onusien. Le conflit n'est internationalisé que si les forces de maintien de la paix disposent d'un mandat coercitif, c'est-à-dire qu'elles font usage de la force armée autrement qu'en état de légitime défense³².

Le principal problème posé par la question de l'internationalisation des conflits armés internes tient à la détermination du droit applicable. On retiendra de manière schématique que la position des juridictions est nettement en faveur de la fragmentation du conflit. C'est-à-dire que l'on appliquera le droit des conflits armés internationaux aux rapports conflictuels relevant d'un tel conflit et inversement. C'est également l'approche retenue par le CICR.³³

La doctrine en revanche soutient la contamination, c'est-à-dire qu'on applique à tout le conflit le droit international humanitaire dans son ensemble, dans la mesure où la fragmentation conduit à des situations absurdes, à des incohérences, une certaine insécurité juridique. Sachant que la distinction est de plus souvent artificielle. Cependant, cela ne va pas sans poser de difficultés non plus, en particulier en ce qui concerne l'application de la Convention III relative aux prisonniers de guerre dont les dispositions ne sont pas vraiment adaptées à une situation de conflit armé interne, même s'il est internationalisé.

³⁰ CIJ, 27 juin 1986, « *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* », §115 et s, CIJ, 26 février 2007, « *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* », Bosnie Herzégovine c. Serbie-Monténégro, §399 et s.

³¹ TPIY, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, « *Dusko Tadic* », §120 et s, TPIY, Chambre d'appel, 24 mars 2000, « *Aleksovski* », §78 et s.

³² Voir par exemple : DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, et VITE Sylvain, « *Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités* », RICR, n°873, mars 2009.

³³ VITE Sylvain, « *Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités* », RICR, n°873, mars 2009.

Les autres « nouveaux » conflits nous semblent pouvoir être regroupés sous la bannière des conflits transnationaux et ce sont sans doute ceux-là qui ont le plus suscité de débats ces vingt dernières années.

Les conflits transnationaux opposent un ou plusieurs Etats à un ou plusieurs groupes armés non-étatiques sur le territoire d'un ou plusieurs Etats. Dans certains cas, l'Etat sur le territoire duquel se déroulent les hostilités est également en conflit avec lesdits groupes, mais cela n'est pas nécessairement le cas. Les revendications poursuivies par les belligérants non-étatiques sont le plus souvent d'ordre religieux ou identitaire. Enfin, l'Etat d'origine du groupe armé est le plus souvent dans l'incapacité d'assurer l'ensemble de ses fonctions régaliennes.

- **Nouveaux acteurs.**

Ces nouvelles figures des conflits armés sont essentiellement les acteurs armés non-étatiques. On compte parmi eux les groupes rebelles, les seigneurs de guerre, les groupes terroristes, les réseaux criminels mais aussi les compagnies privées de sécurité.

De la même manière que les nouveaux types de conflit impose une réflexion sur le droit applicable, les nouveaux acteurs posent aussi question d'autant que leur implication dans le conflit armé peut varier et n'adopte pas toujours la même forme.

Les nouveaux acteurs introduisent également de nouveaux discours et nouvelles revendications basées par exemple sur l'asymétrie de certains conflits. L'inadaptation prétendue du droit international humanitaire devient un argument pour justifier le mépris de ces règles les plus élémentaires.

- **Nouveaux droits ?**

La guerre contre le terrorisme qui a fait déjà l'objet de nombreuses études renouvelle sans cesse les questionnements relatifs à l'adaptation du droit international aux conflictualités modernes.

Si l'on prend le seul cas de la lutte de la France contre l'organisation Etat Islamique, on constate immédiatement les difficultés d'interprétation que font surgir les conflits contemporains. Cette lutte est politiquement conçue comme globale, mais elle est juridiquement morcelée.

Dans le cadre des actes menés sur le territoire français, les attentats, les auteurs sont considérés comme des terroristes, au sens du droit pénal commun. On leur applique donc le droit pénal interne mais aussi normalement le droit des droits de l'homme, régional et international.

En Syrie ou en Irak, les mêmes personnes sont des combattants dans un conflit armé asymétrique de nature transnationale, bien qu'ils soient toujours désignés comme terroristes par les

chancelleries occidentales. Ils devraient donc relever de la *lex specialis* applicable, à savoir le droit international humanitaire. Mais quel droit international humanitaire précisément ?

*« Le droit applicable dans ce cas suscite la controverse. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'une forme de conflit différente et préconisent l'élaboration d'un droit international humanitaire nouveau, qui constituerait un troisième régime juridique à côté du droit des conflits armés internationaux et du droit des conflits armés non internationaux. »*³⁴

Cela étant, la proposition la plus pertinente à ce jour et à ce propos est celle de la suppression de la distinction entre les différents types de conflits. Dès lors que des hostilités armées sont déclenchées l'on devrait appliquer l'ensemble du droit humanitaire à la question près, des règles relatives aux prisonniers de guerre, dans la mesure où en dehors de la configuration strictement interétatique, les combattants ne peuvent se prévaloir de ce statut.

De plus la coutume est susceptible de jouer un rôle secourable ici en simplifiant les problèmes d'interprétation et de qualification des conflits.

A côté de la question de son adaptation aux nouvelles situations de conflit, le droit international humanitaire est également confronté à un autre changement, celui du paysage juridique.

Alors qu'il avait vocation à seul s'appliquer aux contextes de conflit armé, l'évolution de la nature des conflits, de celle des belligérants mais également des institutions intervenant dans la régulation de ceux-ci et du droit international lui-même, a conduit à construire un bloc de corps de normes juridiques s'appliquant aux situations de conflits armés au sein desquelles le droit international humanitaire garde une place privilégiée. On y trouve ainsi, le droit international des droits de l'homme et le droit international pénal.

Les relations entre ces différents droits méritent d'être éclairées ici.

Les rapports qu'entretiennent le droit international humanitaire et le droit international pénal sont au moins en apparence relativement simples. Le second prévoit que les violations graves du droit des conflits armés, autrement dénommés, crimes de guerre, doivent être poursuivies et sanctionnées. Il n'innove pas vraiment puisque le droit humanitaire prévoyait déjà cette responsabilité pénale individuelle et des obligations de poursuites. Cependant, il offre une nouvelle possibilité, celle des poursuites internationales en cas de défaillance des Etats.

³⁴ Ibidem.

La jurisprudence des juridictions internationales participent ainsi à l'interprétation et au développement du droit international humanitaire. Les deux droits fonctionnent globalement en parfaite complémentarité.

La même chose ne peut pas être aussi simplement affirmée dans le cadre des relations entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme.

Parce que dans le cadre de cette réflexion, la question apparaît plusieurs fois, il semble important de s'attarder sur la distinction entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme.

On a pu observer depuis quelques années maintenant un rapprochement entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme qui n'existait pas à l'origine de ces deux droits. Les raisons en sont certainement variées et tiennent probablement au développement d'approches globalisantes telles que la sécurité humaine qui dépassent les anciens clivages dans une logique plus pragmatique de maximisation de la protection des personnes.

Ceci tient sans doute aussi au fait justement de l'évolution des conflits armés et du nombre toujours plus importants de conflits armés internes et asymétriques.

Classiquement, le schéma de distinction entre DI et DIDH était très simple : en temps de paix c'est le DIDH qui doit s'appliquer, en temps de conflit armé c'est le droit international humanitaire et le noyau dur du DIDH. On rappelle pour mémoire, que durant la période dite des TTI, seuls sont applicables les droits de l'homme indérogeables³⁵.

Ce minimum correspond au minimum du droit international humanitaire que l'on retrouve à l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949.

La pratique onusienne encourage par ailleurs à ce que, malgré l'usage qui voulait que les droits de l'homme ne soient plus applicables pendant les conflits armés, les Etats dans la mesure du possible fasse en sorte que le DIDH soit respecté, et non d'office réduit à sa plus simple expression du fait de circonstances exceptionnelles.

³⁵ Il existe des petites variations d'un traité relatif aux droits de l'homme à un autre, mais on peut admettre que la liste la plus courte est la suivante :

- droit à la vie
- droit de ne pas subir la torture ou tout traitement inhumain ou dégradant
- droit ne pas être placé en esclavage
- droit à la non-rétroactivité de la loi pénale
- droit à un procès équitable

La CIJ elle-même associe dans ses décisions et avis le droit international humanitaire et le droit international humanitaire. Ainsi dans son avis du 9 juillet 2004 "Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé", a-t-elle étudié lesdites conséquences tant à l'égard du droit international humanitaire que du droit international des droits de l'homme.

Elle a estimé que cette construction était illégale au regard du droit de l'occupation, notamment qu'elle était contraire à l'article 53 de la Convention IV de Genève de 1949. Par ailleurs, elle déclare aussi que cette construction va nécessairement gêner voire empêcher la jouissance de différents droits fondamentaux, tels que le droit à la santé, au travail ou à l'éducation.

La Cour n'exclut l'application d'aucun des deux droits quand bien même la situation entre Israël et la Palestine peut être qualifiée de conflit armé.

Le TPIY de son côté associe les deux pour accroître leur utilité réciproque. Il estime ainsi que le DIDH peut parfois servir à éclaircir, compléter et interpréter des normes du droit international humanitaire trop lapidaires. Par exemple, dans le cadre de l'interdiction de la torture, la Convention contre la torture est plus complète que l'interdiction mentionnée dans les conventions de droit international humanitaire. (Arrêt Delalic, 16 novembre 1998)

Du côté des ordres juridiques régionaux le droit international humanitaire n'a guère de place mais on y trouve un palliatif intéressant dans les droits de l'homme et leur noyau dur. Un palliatif d'autant plus intéressant que les Conventions relatives aux droits de l'homme en Europe en Amérique et en Afrique ont mis en place des systèmes de sanction bien plus poussés et efficaces que tous ce qu'il peut exister au niveau du droit international.

Ces systèmes permettent aux victimes directes des violations d'intenter des recours à l'encontre des Etats responsables.

Dans ce cadre-là, où l'individu fait irruption sur la scène internationale, à l'inverse des juridictions pénales internationales focalisées sur les responsables de violations, ce sont les victimes qui ont droit de cité puisque le procès a lieu entre les victimes et un Etat, même si les faits qui sont à l'origine du préjudice subi par la victime n'ont pas toujours étaient commis par des agents de l'Etat. Ce qui est évidemment une conséquence naturelle de la logique des droits de l'homme qui constituent des obligations pour les Etats et non pour les individus.

La jurisprudence de la CEDH est présente dans quelques affaires en lien avec des conflits armés particulièrement intéressantes. Sont en jeu dans ces affaires les normes telles que

l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et bien entendu le droit à la vie. Fondamentalement les cas soulevés sont couverts par les règles liées au droit international humanitaire, mais la Cour ne peut en aucun l'appliquer aussi a-t-elle recours aux normes protégées par les Conventions du Conseil de l'Europe.

Cependant, cette avancée au niveau régional, sinon du droit international humanitaire, lui-même mais de la sanction de ces violations grâce aux mécanismes de protection des droits de l'homme auxquels il serait peut-être intéressant bien que difficile d'inclure la protection du droit international humanitaire, ne doit pas faire oublier les différences notables entre les deux branches du droit international.

Il s'agit en tout cas d'une forme de lutte contre l'impunité et de sanctionner des actes qui constituent des violations du droit international humanitaire quoiqu'il arrive.

Même si on peut se féliciter d'une telle évolution à bien des égards, il ne faut pas oublier les différences fondamentales qui subsistent entre ces deux branches du droit et qui maintiennent nécessaires de continuer à faire la différence entre les deux.

Les idées à la base de deux droits sont sans doute quasiment les mêmes, elles sont issues de l'humanisme européen même si on trouve d'autres philosophies proches dans d'autres cultures. Cependant dans une proximité plus immédiate, leur histoire moderne n'est pas tout à fait la même.

Le droit international humanitaire tire son origine de la réaction aux conséquences des conflits armés. Son mode de création fonctionne ainsi par sursaut. Bien qu'il repose sur des notions philosophiques puissantes, le droit international humanitaire se veut essentiellement pratique, autant que faire se peut, il ne doit pas devenir une idéologie.

Le droit international des droits de l'homme en s'inscrivant dans le cadre de la paix fait plus nettement partie de l'idéal démocratique développé au XVIII^e siècle. Il est beaucoup plus politique, il constitue bien plus que le droit international humanitaire, une idéologie. Il fait d'ailleurs l'objet de remises en cause théoriques beaucoup plus importantes et peut-être plus justifiées parfois.

C'est là une faiblesse de leur association, le droit international humanitaire ne devrait pas pâtir d'un éventuel rejet des droits de l'homme tout condamnable que ce rejet soit en lui-même.

Cette notion d'idéologie m'amène au problème suivant, quand dans le droit international humanitaire il apparaît clairement la volonté de se dissocier de la question du but de la guerre, des motifs à son origine pour ne s'intéresser qu'à l'existence d'un état de conflit qui cause des souffrances humaines importantes qu'il faut à tout prix limiter.

A l'inverse les droits de l'homme apparaissent finalement dès l'origine comme la part intégrante de l'idéologie démocratique tant chez les révolutionnaires français en 1789 qu'aujourd'hui en Lybie ou en Tunisie.

Le respect des droits de l'homme est un motif de déclenchement du conflit armé et il fait largement ressortir le spectre de la guerre juste.

N'est-ce pas ce que l'on a considéré lorsque l'on s'est porté au secours des rebelles libyens. Loin de nous l'idée de ne pas adhérer à leur révolution mais il apparaît ici un important clivage. Parce que derrière l'idée d'une guerre juste, c'est qu'une juste fin autorise l'utilisation de tous les moyens.

Ainsi, dans la guerre contre Al Qaeda est-ce une tentation qui s'est exercée sur les Etats-Unis.

Et dans ce cas, le droit international humanitaire doit faire rempart, doit rappeler que quelles que puissent être les raisons du conflit, il y a des règles à respecter.

III. Le droit international humanitaire remis en question ?

Comme n'importe quelle branche du droit positif, le droit international humanitaire est sans arrêt confronté aux évolutions de la société à laquelle il est supposé s'appliquer. A la différence du droit interne ou même de domaines moins sensibles du droit international il ne peut faire l'objet de renégociations régulières. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit inadapté.

Il peut aussi être remis en question sur d'autres points comme sa prétention à l'universalité.

- **Le rejet de principe du droit humanitaire dans les guerres asymétriques.**

Les nouveaux conflits que nous venons d'aborder, les guerres dites asymétriques ne posent, au fond, pas de réels problèmes juridiques. Tous les argumentaires de droit soigneusement élaborés par les uns ou les autres ne reposent sur aucun fondement solide et sont aisément contredits.

En revanche d'autres arguments conduisent plus ou moins systématiquement à des violations du droit des conflits armés.

Le premier argument est fondé sur le fait que les parties à un conflit armé asymétrique sont fondamentalement inégales dans leur puissance et leurs capacités militaires. Ce déséquilibre justifierait pour la partie désavantagée le recours à des méthodes et moyens de combat en contravention avec le droit des conflits armés qui serait impossible à respecter pour de tels groupes.

« *Some observers go so far as to say that in asymmetrical wars, "the expectation of reciprocity is basically betrayed and the chivalrous ethos is frequently replaced by treachery". A weaker party,*

owing to its inferior capacity, can do no harm to the "hard targets" of its adversary. It concentrates on "soft targets" : i.e. it directs its violence mainly against defenceless civilians. »³⁶

Ce type d'argument est renforcé par le fait que très souvent dans les conflits asymétriques la distinction entre civils et combattants tend à s'effacer face aux dangereuses dynamiques identitaires du « *eux et nous* ». Si l'on ajoute à ces conflits asymétriques une dimension religieuse prosélyte, l'effet est encore décuplé puisque c'est l'ensemble des incroyants qui devient une cible légitime.

Le risque est aussi celui d'un engrenage, l'Etat, dont la population est l'objet d'attaques directes se trouve incité à ne plus respecter la règle non plus. Comme l'écrivait Gérard Soulier, à l'égard des conflits qui ont suivi les attaques contre le World Trade Center, « *si la réponse à l'illégalisme est l'illégalisme, le droit n'existe plus pour personne.* »³⁷

Les conflits idéologiques sont à l'origine de problèmes auxquels le droit international humanitaire peine à apporter des réponses, si tant que ce soit de ce côté que puisse être trouvée la solution. Quand le projet d'une des parties au conflit est la destruction complète de l'autre, l'espoir de faire respecter le droit humanitaire devient illusoire. C'est alors au droit international pénal de sanctionner ce qui n'aura pas pu être évité.

- **La critique relativiste ou la dénonciation de l'idéologie humanitaire.**

Bernard Hours définit ainsi ce qu'il estime être l'idéologie humanitaire :

« Par cette notion il faut entendre des représentations occidentales partagées majoritairement qui portent sur les normes de dignité applicables à l'homme dans le contexte de violences exercées par la nature, la société, l'Etat, sur les individus ou des groupes victimes d'atteintes violentes à leur intégrité et à leur dignité. »³⁸

Il présente cette idéologie en englobant tous les aspects de l'humanitaire et donc principalement le plus visible aujourd'hui, l'assistance humanitaire, le travail des organisations gouvernementales et non gouvernementales.

³⁶ THURER Daniel, *International Humanitarian Law, Theory, Practice, Context*, Brill, Nijhoff, 2011, p. 202.

³⁷ SOULIER Gérard, « *Comment combattre le terrorisme ?* », *Le monde diplomatique : Manière de voir : Ondes de choc* n°111, novembre-décembre 2001, pp. 38-42

³⁸ HOURS Bernard, *Domination, dépendances, globalisation : Tracés d'anthropologie politique*, L'Harmattan, coll. Anthropologie critique, Paris, 2002, p.106

Certes, ce n'est pas exactement le propos de ce travail, mais la réaction et l'analyse de Bernard Hours sont symptomatiques de cette dynamique de diffusion forcée et de domination persistante que de nombreux pays sentent et dénoncent. Il ne faut pas oublier non plus qu'en cas de conflits, le droit humanitaire prévoit des obligations d'assistance aux populations vulnérables. La question n'est pas tant de déterminer la motivation des acteurs, qui est certainement peu critiquable, mais demeure une critique de leur schéma culturel.

« *La critique des idées, ou de ce qui en tient lieu, n'est pas le dénigrement des hommes acteurs.* »³⁹

Bernard Hours dénonce l'attitude même inconsciente qui motive l'aide humanitaire. Pour lui, « *le message implicite proféré est le suivant : ces autres, malheureux, méritent notre aide mais ils sont bien mal équipés de valeurs inadéquates, de pratiques suspectes, de normes choquantes.* »⁴⁰

On reste donc bien dans une relation de supérieur à inférieur. C'est à cette relation, qui peut être considérée elle-même comme ethnocentriste, que le relativisme s'oppose, puisqu'il prône l'égalité des cultures et qu'à l'heure actuelle on dévalorise les cultures qui ont permis qu'aient lieu de terribles conflits. Bien sur on dévalorise de même les périodes de conflits en Occident, qui feraient, des éloges des conflits, qui ont agité l'Europe pendant des centaines d'années.

Toujours dans cette approche relativiste qui cherche à préserver la diversité des cultures, l'altérité intrinsèque de l'humanité, Bernard Hours souligne que l'idéologie humanitaire est réductrice culturellement parlant. Elle participe au phénomène d'uniformisation des cultures et c'est aussi ce qui explique son rejet par certaines sociétés, plus capable que d'autres de ne pas y avoir recours.

Il est très difficile de critiquer une action qui sauve des vies, mais Bernard Hours n'en critique ni les buts, ni les résultats matériels, il critique l'approche adoptée. Il critique la victimisation extrême qui a parfois lieu, la grande intensité médiatique qui se place sur ces hommes réduits à l'état de corps souffrant. Il reproche que sous prétexte qu'il faut les soigner uniquement du fait qu'ils sont humains (ce qui est parfaitement justifié, légitime et sans doute louable), ils sont déshumanisés parce qu'ils sont totalement sortis de leur sphère culturelle. Ce phénomène les ramènerait en quelque sorte à l'état de nature alors même qu'ils ont une culture.

³⁹ HOURS Bernard, « *L'âge humanitaire : de la solidarité à la globalisation* », *Politique Africaine*, n°71, octobre 1998, pp. 50-57, p.51

⁴⁰ HOURS Bernard, *Domination, dépendances, globalisation : Tracés d'anthropologie politique*, L'Harmattan, coll. Anthropologie critique, Paris, 2002, p.109

« L'homme dont il s'agit n'est plus un sujet inscrit dans une société localisée, dotée de valeurs. Il est le corps blessé, biologique, et sa blessure se présente comme une atteinte anonyme et impersonnelle à l'humanité comme espèce. »⁴¹

Il reproche une déshumanisation de l'humanitaire idéologique qui deviendrait un des instruments de la domination économique de l'Occident.

« Cette tentative de capture, ce rapt de l'humanité par une partie d'elle-même n'est pas acceptable. Il est refusé par une énorme majorité des habitants de la planète, faméliques mais aussi repus. »⁴²

IV. Champs d'étude et méthode.

Nous avons tenté de brosser à grands traits dans cette introduction les défis majeurs auxquels se trouve confronté le droit international humanitaire. Il faudrait ajouter à ceux sur lesquels nous nous sommes attardés les questions posées par la cyberguerre, les effets de la privatisation de la guerre, les armes autonomes. Toutefois nous nous sommes concentrés sur les défis qui reposent, non pas sur un manque de règles juridiques adaptées, mais plutôt sur le non-respect de règles pourtant bien établies.

En effet, l'objet principal de notre réflexion est l'analyse de quelques facteurs de non-respect du droit international humanitaire. Si ces facteurs n'apparaissent pas dans toutes les parties de la thèse c'est parce qu'il nous a paru nécessaire de poser un contexte et de donner une lueur d'espoir en offrant quelques solutions.

Nous souhaitons démontrer que le droit international humanitaire se situe sur une zone sismique, si l'on peut dire. A la lisière du droit et de la morale, applicable à une situation d'exception, il est un droit extraordinaire qui révèle mieux que tous les autres l'absolue nécessité de la norme protectrice et l'immense difficulté de la faire respecter. Et cette démonstration exigeait que nous consacrons du temps à des éléments qui peuvent paraître bien connus.

Nous avons également dans différentes parties de cette thèse soulevé la question du rôle de la réciprocité. Ceci s'explique par un constat simple : face au principe de non-réciprocité applicable

⁴¹ Ibidem

⁴² HOURS Bernard, *Domination, dépendances, globalisation : Tracés d'anthropologie politique*, L'Harmattan, coll. Anthropologie critique, Paris, 2002, p. 175

dans le droit des conflits armés, la réciprocité se glisse entre les lignes du droit, dans les discours et dans les faits. Ne pas l'étudier en profondeur était donc impossible.

De manière générale, nous avons suivi cette approche à plusieurs égards en utilisant les mêmes données ou les mêmes éléments plusieurs fois du moment qu'une étude sous un autre angle se justifiait. Il en va ainsi par exemple de l'article 1 du Protocole I de 1977 mais aussi des représailles ou de la jurisprudence internationale.

Tenter de comprendre les causes des violations du droit des conflits armés est ce qui a motivé notre travail. Pour atteindre cet objectif, nous étudions d'abord dans le détail, dans une première partie, le droit de la guerre lui-même, sa nature et ses objectifs, afin de comprendre intimement son mode de fonctionnement, puis dans une deuxième partie nous tentons de mener une étude pluridisciplinaire des résistances au droit international et des stratégies mises en œuvre pour y pallier.

Plan de l'étude :

Partie I : Le droit humanitaire, d'un droit contractuel classique à un droit de la personne.

Partie II : Une analyse pluridisciplinaire des facteurs de résistance au droit international humanitaire et des stratégies de mise en œuvre.

PARTIE I. LE DROIT HUMANITAIRE, D'UN DROIT CONTRACTUEL CLASSIQUE A UN DROIT DE LA PERSONNE.

Même si l'origine immédiate du droit des conflits armés moderne se trouve dans l'émotion suscitée en Europe par le récit d'Henry Dunant des ravages et des souffrances que cause la guerre aux personnes qu'elle affecte, le droit international humanitaire, à la différence du droit international des droits de l'homme a été initialement conçu comme un droit de compromis et de limitations réciproques.

La logique présidant au développement des règles particulières du droit international humanitaire reposait sur le fait que les Etats, parties à un conflit armé, étaient prêts, dans leurs rapports égalitaires entre puissances souveraines, à abandonner certains comportements dès lors que leurs adversaires faisaient de même. Cette logique trouve sa pleine traduction dans le choix qui avait été fait dans la Convention de La Haye relative aux lois et coutumes de la guerre sur terre du 29 juillet 1899 d'appliquer un régime de réciprocité fondé sur la *clausula si omnes*⁴³.

Si l'exigence de protection des êtres humains a toujours existé, ce droit fonctionnait donc comme n'importe quel traité international créant des droits et obligations réciproques auquel les Etats devaient se tenir. D'ailleurs, un manquement à leurs obligations justifiait non seulement l'inapplication réciproque du droit, mais également la mise en œuvre de représailles. Le principe de réciprocité jouait donc à plein illustrant le fait qu'avant d'être un droit de la personne humaine, le droit de la guerre était un droit des Etats.

Ce n'est que progressivement que la réciprocité a été abandonnée au profit de l'idée d'un engagement unilatéral des Etats, non pas de renoncer à leurs droits ou privilèges, mais bien de respecter les droits de la personne humaine dans le conflit armé. Droits dont la spécificité est justifiée par les contraintes propres au contexte de la guerre.

⁴³ Partie I, Titre II, Chapitre I, Section 1, §1, II, B : « Le choix historique de la *clausula si omnes* ».

Cette évolution que nous étudierons longuement dans le Titre II de cette Partie, participe de l'universalité du droit des conflits armés que nous analysons dans le Titre I.

En effet, celui-ci se caractérise par une approche universaliste de la personne humaine et de sa souffrance justifiant qu'elle soit appréhendée en dehors de ses appartenances subjectives. En tant que droit consacrant les droits naturels de l'homme affecté par le conflit armé, il est aujourd'hui largement considéré comme impératif.

L'approche universelle de sa conception s'est aujourd'hui traduite par une universalité juridique réelle des quatre Conventions de Genève de 1949 et par une universalité en devenir des autres textes majeurs de cette branche du droit international public.

TITRE I : UN ABSOLU CONCU COMME UNIVERSEL.

Le droit international humanitaire devrait en tant que droit positif être détaché de toute considération morale. Cependant, « *point de fuite du droit international* »⁴⁴, il se trouve à la lisière entre droit et valeurs, entre droit et morale. C'est ce qui nous a incités à le qualifier d'élément d'une morale globale commune. Il repose sur l'idée que le droit doit faire rempart à l'intolérable et à l'inhumain trop humain. Il nous protège de nous-mêmes.

En tant que fondement de cette morale commune, ce droit est traversé par des éléments d'universalité. L'universalité ici est entendue comme « *ce qui s'étend à la terre entière* », que l'on trouve partout, mais aussi « *ce qui s'étend à tous les hommes* », qui leur est à tous commun.⁴⁵

Il est d'abord fondé sur l'idée que l'être humain peut être, et doit être dans certaines circonstances, considérés au-delà de ses appartenances particulières.

A la base du droit international humanitaire, il y a l'idée d'un homme universel, mais pas un homme abstrait, un homme pris avant tout dans sa chaire et dans sa souffrance que l'on doit protéger du fait de notre commune humanité (Chapitre I). Pour les relativistes, cet homme n'existe pas, il n'est qu'un fantasme d'une philosophie occidentale aux tendances impérialistes, mais il nous semble que l'on peut réconcilier justement dans le droit humanitaire, l'idée de l'universalité et de l'altérité.

Certes « *l'idée d'universel est devenue suspecte* »⁴⁶ parce qu'elle a trop souvent servi de justification à la domination occidentale, à l'ethnocentrisme et à l'eurocentrisme. Pourtant elle n'en est pas le synonyme. Pas plus qu'elle ne sert forcément à uniformiser le monde dans une globalisation oublieuse de l'altérité et de la différence.

⁴⁴ Cette expression a été de multiples fois empruntée à Sir Hersch Lauterpacht, au point sans doute d'en presque devenir un cliché. Cependant, elle reste profondément juste, aussi avons-nous cédé à la tentation de l'utiliser aussi.

⁴⁵ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, Entrée « Universalité ».
<http://www.cnrtl.fr/definition/universalit%C3%A9>

⁴⁶ TAVOILLOT Pierre-Henri, « L'idée d'Universalité », in Lumières, L'Esprit des Lumières, Exposition à la BNF.
<http://expositions.bnf.fr/lumieres/arret/04.htm>

L'universalité du droit des conflits armés est moins facilement remise en cause que celle du droit international des droits de l'homme parce qu'en tant que droit de la guerre, il est d'abord un droit relationnel qui ne s'impose pas tant qu'il construit un compromis.

Comme l'écrit Mireille Delmas-Marty, « *l'humanité naît du droit de la guerre. On se souvient d'Héraclite : « ton polemon eontazunon », le combat (au double sens de conflit et de guerre) est ce que les hommes ont en commun. Le droit de la guerre est très tôt compris comme un droit commun des peuples.* »⁴⁷ De plus, l'idée de réguler la guerre n'a pas surgi dans la seule Europe mais au contraire à différents endroits du monde, prouvant que ce besoin était partagé sinon par tous, au moins par plusieurs.

C'est sans doute ce qui explique que les grands textes du droit international humanitaire aient fait l'objet d'une très large adhésion de la part des différents Etats de la planète et qu'il constitue une très large part du droit international coutumier. Depuis son affirmation formelle à la fin du XIXe siècle jusqu'à nos jours, il n'a cessé d'étendre son influence sur la Communauté internationale (Chapitre 2).

⁴⁷ DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit I : Le Relatif et l'Universel*, Seuil, coll. La couleur des idées, Paris, 2004, p. 75.

CHAPITRE I : Universalité de la personne humaine.

Il faut remonter à Henry Dunant⁴⁸ pour se rappeler que ce qui a motivé la création du mouvement de la Croix Rouge puis l'élaboration des conventions contemporaines du droit humanitaire, c'est l'émotion de ce dernier face aux champs de bataille. En particulier, il a été bouleversé par le fait que même après la fin d'une bataille, les combattants ennemis étaient parfois abandonnés non soignés si leur camp n'était pas en mesure de leur venir en aide.

Lorsqu'il s'est ému du sort des soldats blessés, il tenait surtout à transmettre l'idée qu'une fois les armes abandonnées, les combattants ne sont que des êtres humains et qu'en tant qu'êtres humains ils avaient droit à un traitement humain.

Il pose ainsi l'un des fondements du droit humanitaire moderne, sous nos appartenances respectives qui peuvent être variées et multiples, nous sommes tous des êtres humains et nous devrions donc bénéficier d'un minimum de protection qui se traduit par un minimum de droits.

On retrouve cette même idée dans le droit international des droits de l'homme, ce qui justifie la reconnaissance de ces droits ce n'est pas finalement la volonté des Etats. Ils se contentent de donner une forme officielle et matérielle à des droits qui découlent immédiatement de notre condition humaine.

Ainsi, la consécration d'un universel humain a-t-elle permis de placer la personne humaine, comme symbole de l'Humanité toute entière au centre des développements juridiques du droit international humanitaire (Section 1) et de faire de sa protection un impératif reconnu (Section 2).

Section 1. La personne humaine, icône de l'Humanité.

On trouve dans le droit international humanitaire l'idée que, au-delà de la protection matérielle des individus, ce que l'on protège également c'est l'Humanité en tant qu'ensemble, mais également l'humanité en tant que sentiment et vertu. En limitant la violence des hostilités et en particulier les comportements inhumains, on préserve autant la personne humaine que l'humanité de tous les acteurs armés du conflit.

⁴⁸ DUNANT Henry, Un souvenir de Solférino, CICR publications, Genève 1990.

C'est pourquoi sans doute, ce droit trouve son origine dans des sentiments humains plutôt que dans une froide réflexion rationnelle. Il est d'abord et avant tout une réaction à la souffrance humaine, conçue comme une référence universelle (§1). Et il s'assure de garantir la protection des êtres humains au-delà de leurs appartenances subjectives (§2).

§1. La souffrance humaine comme référence universelle.

La souffrance humaine est une donnée que l'on peut qualifier d'universelle dans la mesure où l'empathie me permet de partager cette souffrance et d'y réagir. Elle résonne auprès de tous les témoins du drame qu'est la guerre. L'histoire du droit international humanitaire illustre parfaitement le fait qu'une émotion humaine peut conduire à l'adoption de normes juridiques (I). De plus, il consacre l'idée que la souffrance de l'être humain victime doit permettre de dépasser tous les clivages de nos sociétés (II).

I. Aux origines étaient la souffrance, la mort et la compassion.

Droit de la guerre donc droit de la souffrance et de la mort, le droit des conflits armés est un droit réactionnel. Il suit toujours une émotion, la compassion qui prend sa source dans le spectacle épouvantable des conséquences du recours à la force.

D'abord apanage des seuls Etats qui réagissent essentiellement aux violations massives et ponctuelles (A), la société civile a aujourd'hui gagné une place de choix dans le développement du droit international humanitaire en menant des activités de lobbying permettant l'adoption de nouvelles conventions (B).

A. De l'émotion au droit : conventions de La Haye et conventions de Genève.

L'histoire du droit humanitaire moderne n'a pas commencé sur un champ de bataille pour rien. C'est la souffrance humaine qui a bouleversé la vie d'un homme, Henri Dunant, et l'a conduit à une postérité que ses projets personnels initiaux ne lui promettaient pas. Dans son court ouvrage, Un souvenir de Solférino, il témoigne de la souffrance infinie que l'on découvre sur un champ de bataille. Il faut citer le texte lui-même pour comprendre qu'il ait pu être l'étincelle à l'origine d'une des plus belles institutions de notre temps.

« Un fils idole de ses parents, élevé et soigné pendant de longues années par une tendre mère qui s’effrayait à sa moindre indisposition ; un brillant officier chéri de sa famille, qui a laissé chez lui sa femme et ses enfants ; un jeune soldat qui, pour entrer en campagne, a quitté sa fiancée et presque toujours sa mère, des sœurs, son vieux père, le voilà étendu dans la boue, dans la poussière et baigné dans son sang ; sa mâle et belle figure est méconnaissable, le sabre ou la mitraille ne l’ont pas épargné : il souffre, il expire ; et son corps, objet de tant de soins, noircir, gonflé, hideux, va être jeté, tel quel, dans une fosse à peine creusée, il ne sera recouvert que de quelques pelées de chaux et de terre, et les oiseaux de proie ne respecteront pas ses pieds ou ses mains, sortant du sol détrempé et du talus qui lui sert de tombeau : l’on reviendra, on rapportera de la terre, on plantera peut-être une croix de bois sur la place où il repose, et ce sera tout ! »⁴⁹

On trouve ici, à la fois une description saisissante de la dureté impitoyable du combat et de ses conséquences mais également le rappel essentiel que ce sont des individus, qui ont été aimés, avec chacun, leur histoire, qui sont tombés. Tout au long de son ouvrage, Dunant souligne que, là où la guerre avait divisé, les blessures et la mort réunissent les hommes dans leur commune humanité par qu’elles les affectent tous de la même manière. Il est sensible, et nous rend sensibles, aux tourments de tous les blessés et non seulement des Français ou des Italiens.

De ce premier témoignage essentiel, qui sut toucher l’Europe entière, découle le droit humanitaire contemporain. En effet, Henry Dunant, avec l’aide de Gustave Moynier, va créer la « Commission des cinq » qui est, selon Jean de Senarclens, « *la véritable fondatrice de la Croix Rouge* ». ⁵⁰ Celle-ci est composée de cinq notables genevois dont Dunant et Moynier, respectivement secrétaire et président.

C’est à l’initiative de cette Commission dénommée, « Comité International et permanent de secours aux militaires blessés », que sera réunie la Conférence Internationale de Genève en 1863. Cette conférence qui réunit des représentants gouvernementaux de soixante-deux pays pose les bases du futur mouvement de la Croix Rouge.

⁴⁹ DUNANT Henry, Un souvenir de Solférino, CICR Publications, Genève, reproduction textuelle de l’édition originale de 1862, p.42.

⁵⁰ HAROUEL Véronique, « Gustave Moynier : le Bâtitteur, par Jean de Senarclens », RICR n°842, 30 juin 2001, pp.554-557

Suite à la guerre opposant le Danemark à la Prusse alliée à l'Autriche, le Comité incite à la tenue d'une nouvelle Conférence en août 1864. A cette occasion, douze Etats⁵¹ adopteront la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés des forces armées en campagne. Avant la guerre de 1914-1918, cinquante-sept Etats étaient devenues parties à la Convention représentant presque tous les continents⁵².

Suivant ce schéma initial, le droit international humanitaire se développera systématiquement au fil du XX^e en réaction à l'atrocité plus particulière de certains conflits ou de certaines batailles.

Ainsi en 1905, les esprits sont marqués par la bataille de Tsushima⁵³ et l'effroyable hécatombe infligée à la flotte russe par les forces japonaises dont les torpilleurs et la grosse artillerie démontrent leur potentiel de destruction. Sur les vingt-quatre bâtiments russes, seuls trois rentreront au port de Vladivostok. Le bilan humain est tout aussi épouvantable. Cinq mille marins russes perdent la vie, sept-cents sont blessés et six mille sont fait prisonniers. Aux côtés des pertes de l'armée russe, celles de l'armée japonaise sont presque négligeables⁵⁴. Cette bataille influença la rédaction de la Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève lors de la deuxième Conférence internationale de la Paix de 1907.

La première Guerre mondiale, son cortège d'ignominieuses nouveautés et ses tristes records permirent de faire de nouveaux progrès juridiques. L'adoption du Protocole de Genève concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques de 1925 illustre particulièrement bien cette nature réactionnelle du droit international humanitaire. Il n'est pas le premier traité à interdire l'utilisation de gaz asphyxiants⁵⁵ mais l'usage généralisé qui en a été fait durant la guerre de 14-18 et durant les années qui suivirent nécessitait une nouvelle réglementation. Les effets dévastateurs de l'usage massif des gaz toxiques ont durablement marqué les esprits et continuent d'être enseignés dans les écoles⁵⁶.

⁵¹ Douze Etats signèrent la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne le 28 août 1864 : Bade, Belgique, Danemark, Espagne, France, Hesse, Italie, Pays-Bas, Portugal, Prusse, Suisse, Wurtemberg.

⁵² Très inégalement, il faut l'admettre. L'Europe et l'Amérique dans son ensemble étaient les plus représentées.

⁵³ CAZENAVE Jean (réalisateur), *Les Grandes batailles du passé - Tsushima 1905*, 18 décembre 1974, Source INA. <http://www.ina.fr/video/CPF94006549>

⁵⁴ BATTESTI Michèle, « TSUSHIMA BATAILLE DE (1905) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 6 octobre 2016. URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/bataille-de-tsushima/>

⁵⁵ Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les gaz asphyxiants, Traité de Versailles du 28 juin 1919.

⁵⁶ Voir par exemple : Bernier Jean-Claude, « Le gaz moutarde », site web Mission Centenaire, Espace Scientifique, 8 septembre 2014, <http://centenaire.org/fr/espace-scientifique/societe/le-gaz-moutarde>

Les circonstances qui présidèrent à l'adoption des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels sur lesquels nous revenons dans le détail dans le chapitre suivant, ressortent également d'une réaction à des conflits toujours plus meurtriers en particulier pour la population civile. Il faut encore souligner l'importance du témoignage qui permet de cristalliser une opinion publique mondiale⁵⁷ unifiée dans l'indignation, ne serait-ce que pour un bref instant.

La découverte des camps de concentration et de l'inimaginable système génocidaire⁵⁸ mis en place par Hitler engendrèrent des bouleversements juridiques sans précédent et incitèrent les Etats à prendre des engagements unilatéraux révolutionnaires.

L'introduction d'un article relatif à la protection de l'environnement naturel dans le Protocole I de 1977 est aussi, en partie, la conséquence de l'usage de défoliants pratiqué par l'armée américaine lors de la Guerre du Vietnam et où l'agent orange acquit sa sinistre réputation⁵⁹.

Toutes les conventions qui ont pour objectif la limitation ou l'interdiction de certaines armes résultent de la prise de conscience de leurs effets désastreux non seulement sur les combattants mais également, bien souvent sur la population civile. Théoriquement, les règles générales relatives à la conduite des hostilités auraient dû suffire à interdire toutes les armes dont l'usage fut finalement banni par des conventions spécifiques. En effet, dès lors qu'une arme à un effet indiscriminé, qu'elle rend la mort inévitable ou qu'elle cause des souffrances inutiles, son utilisation devrait être regardée comme incompatible avec le droit international humanitaire.

Cependant, cela n'a jamais suffi, et il a fallu interdire une à une, ou presque, chacune des armes nouvelles développant des effets trop dévastateurs.

A côté des initiatives étatiques ou institutionnelles, le XX^e siècle a été marqué par l'avènement de la société civile et son influence croissante sur les institutions et le droit international en général. Elle a ainsi, notamment dans le domaine de l'armement, permis l'adoption de nouvelles interdictions.

⁵⁷ Etant entendu que le « monde » n'était pas ce qu'il est aujourd'hui et qu'il s'agissait surtout de l'émotion des Puissances mondiales plutôt que de l'ensemble de la planète.

⁵⁸ De ce point de vue, le développement du cinéma et de la télévision permirent de toucher de plus en plus de personnes. Voir par exemple : Archives de l'INA, La découverte des camps de la mort, reportage diffusé le 10 juin 1945, <http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu04594/la-decouverte-des-camps-de-la-mort.html>

⁵⁹ Sur les effets de l'Agent orange et sur ses conséquences à long terme voir : GENDREAU Francis, « Au Vietnam, l' « agent orange » tue encore », Le Monde diplomatique, janvier 2006, p.11 et s.

B. L'émotion canalisée par la société civile : des exemples de campagnes.

La société civile se laisse gagner par l'émotion, plus facilement que les Etats, et surtout elle réagit à des formes de souffrance auxquels les Etats sont moins réceptifs, parce que plus diffuses, individuelles et dispersées dans le temps. L'horreur n'atteint pas ainsi le même niveau de brutalité les forçant à réagir d'eux-mêmes.

De plus, elle n'est pas influencée, comme les Etats, par les intérêts militaro-stratégiques qui conduisent ces derniers à se montrer hésitants lorsqu'il s'agit de renoncer à tel ou tel armement qui apporte de nombreux bénéfices sur le terrain. Les conséquences à long terme sur les populations locales ne les émeuvent pas comme elles touchent la société civile. Ce phénomène récent dans l'histoire du droit international a toutes les chances de se développer grâce à internet qui permet l'unification des voix issues d'un peu partout sur la terre⁶⁰.

Dans le domaine précis du droit des conflits armés, deux campagnes sont plus particulièrement intéressantes : la campagne contre les mines antipersonnel (1) et celle contre les bombes à sous-munitions (2).

1. La campagne contre les mines antipersonnel.

L'histoire de cette convention est celle d'une émotion mondiale face aux conséquences de l'usage des mines antipersonnel confrontée au goût des Etats pour une arme pratique et efficace.

L'usage des mines antipersonnel s'est surtout répandu à partir de la seconde Guerre Mondiale. D'abord utilisée pour empêcher l'approche des démineurs ennemis des mines antitank puis pour protéger des zones spécifiques, elles ont ensuite été utilisées comme des armes offensives pour ralentir le déplacement des troupes visées. En effet, conçues pour blesser et non tuer, les soldats touchés deviennent alors une charge pour leurs camarades qui sont de fait ralentis par leur transport. Malheureusement dans cette dernière pratique, les civils deviennent également des

⁶⁰ Que ce soit au travers d'associations anciennes de promotion des droits humains, tels Amnesty International ou Human rights watch ou grâce aux nouvelles venues, Avaaz, Change, dont le but est précisément de permettre l'expression de toutes les voix grâce à des pétitions internationales, le phénomène a clairement pris une ampleur sans précédent .

cibles. D'autant que la nature des conflits ayant évolué, impliquant de plus en plus de groupes armés rebelles non formés, l'usage des mines normalement réglementé est le plus souvent incontrôlé⁶¹.

Les évolutions techniques et leur utilisation peu rigoureuse conduisent ainsi à des dégâts humains très importants pendant et longtemps après les conflits dans lesquelles elles sont utilisées. Non seulement les accidents sont nombreux, concernant souvent des enfants, mais certaines personnes industrieuses ont également eu l'idée de détourner leur usage à leur profit les récupérant pour protéger leur propriété.

Malgré le coût humain et social de ces engins, les Etats n'ont jamais été très enthousiastes à l'idée d'en interdire complètement l'usage. Comme le rappelle Mario BETTATI, le droit de La Haye repose plus sur une logique de nécessité que sur le principe d'humanité, et les conventions relatives aux armes ont essentiellement pour but de maintenir cet équilibre entre la nécessité militaire et le principe d'humanité qui interdit que les souffrances engendrées par telle ou telle arme dépasse la mesure.⁶²

C'est donc dans cette logique que fut d'abord adoptée la convention des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination du 10 octobre 1980. Cette convention ne pose que des principes généraux et est accompagnée de différents protocoles relatifs à des armes particulières. Dès son adoption été ainsi proposé à la ratification un Protocole II sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, des pièges et autres dispositifs. Premier pas vers une interdiction des mines antipersonnel, le Protocole de 1980 ne les prohibe pas complètement, il introduit des règles qui doivent en encadrer l'usage afin de le rendre conforme aux principes du droit des conflits armés.

Malheureusement, sur le terrain, le Protocole II de 1980 n'eut pas les effets escomptés et les ravages produits par les mines antipersonnel continuèrent et s'amplifièrent mutilant toujours plus de gens, non-combattants et combattants réunis.

A partir des années 1990 se met progressivement en place une immense campagne mondiale contre les mines antipersonnel. Des organisations gouvernementales, non-gouvernementales, internationales, nationales, des Etats appellent à l'interdiction de ces mines. L'International

⁶¹ Théoriquement, les artificiers professionnels, militaires, doivent établir un plan précis de la pose des mines et suivent en général des schémas réguliers. Ceci permet lors de la fin des conflits la facilitation du déminage.

⁶² BETTATI Mario. « Examen de la convention sur l'interdiction des armes classiques produisant des effets traumatiques excessifs », Annuaire français de droit international, volume 41, 1995, p.185 et s.

Campaign to Ban Landmines (ICBL) est alors fondée en octobre 1992 par six organisations⁶³ non-gouvernementales.⁶⁴ Elle organise l'année suivante à Londres, la première conférence internationale non-gouvernementale sur les mines antipersonnel. Le mouvement est général, le CICR et les Nations également mobilisés, et l'opinion publique mondiale de plus en plus sensibilisée au problème des mines antipersonnel.

Comme Joël van Cauter l'explique bien, il s'agit d'un nouveau type de mouvements sociaux. Il est mondialisé parce que le problème qu'il entend traiter est répandu dans le monde entier, mais aussi parce que les souffrances qu'il engendre, touche l'humanité toute entière. Il souligne d'ailleurs que cette nouvelle forme de campagne déplace la lutte sur le plan des valeurs plutôt que sur celui des intérêts et qu'elle permet de mobiliser « *une large opinion publique du côté des faibles et font comprendre aux puissants que leur propre intérêt est de respecter ces valeurs.* »⁶⁵

C'est l'indignation mondiale face à « *l'intolérable fléau des mines antipersonnel* »⁶⁶ qui finit par pousser les Etats à ouvrir de nouvelles négociations en vue de la révision du Protocole II de 1980. Ces nouveaux débats furent difficiles, les Etats n'étaient pas très enthousiastes à l'idée d'interdire purement et simplement les mines antipersonnel et le résultat s'en ressent clairement. Les nouveaux articles du Protocole II se présentent souvent comme une version plus détaillée de l'original, utiles, mais dont le résultat est essentiellement un ensemble assez fouillis. L'article 1 portant sur le champ d'application est symptomatique des choix opérés. D'un champ d'application matériel simple, les Etats ont introduit des précisions sur son application seulement dans les cas des conflits armés, sur le fait que le Protocole ne saurait justifier d'interventions extérieures, qu'il ne pouvait remettre en cause le droit des Etats d'assurer le maintien de l'ordre public ou encore induire par son implication un changement du statut juridique des parties à un conflit qui ne seraient pas des parties contractantes. Même si les changements apportés conduisent effectivement une amélioration de la situation, ils n'étaient pas suffisants pour assurer une lutte efficace contre les mines antipersonnel.⁶⁷

⁶³ Handicap International, Human Rights Watch, Medico International, Mines Advisory Group, Physician for Human Rights, Vietnam Veterans of America Foundation.

⁶⁴ Elle comptera très vite plusieurs milliers de membres. Elle est aujourd'hui active dans une centaine de pays.

⁶⁵ CAUTER Joël Van, « Campagnes contre les mines antipersonnel et pour l'accès aux médicaments », *Les Temps Modernes* 2/2004 (n° 627) , p. 148-159

URL : www.cairn.info/revue-les-temps-modernes-2004-2-page-148.htm.

⁶⁶ Communiqué de Presse Handicap International, « La Campagne contre les mines antipersonnel, 20 ans de révolte et d'obstination ».

http://www.handicap-international.fr/system/files/documents/files/cp_20ans_icbl.pdf

⁶⁷ HERBY Peter, MASLEN Stuart, « Interdiction internationale des mines antipersonnel – Genèse et négociation du « traité d'Ottawa », RICR, n°832, décembre 1998.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/57jpin.htm>

Eric DAVID résume ainsi la situation : « *Les modifications apportées au Protocole II [...] font penser aux efforts d'un contorsionniste qui voudrait entrer sans se blesser dans une boîte de 50 cm3 aux parois tapissées d'éclats de verre* ». ⁶⁸

Aussi le Protocole II nouveau de 1996 ne satisfaisait vraiment personne et surtout pas les militants pour lesquels la seule solution est la prohibition⁶⁹.

Le gouvernement du Canada, soutien important de la campagne contre les mines antipersonnel, qui avait avant même l'adoption de la Convention détruit tout son stock⁷⁰, misant sur l'élan mondial en faveur de l'interdiction décida d'organiser l'année suivante une nouvelle conférence internationale. Il y fut proposé l'adoption de l'interdiction pure et simple des mines antipersonnel.

Cette réouverture de négociations sur le même thème à un an d'intervalle est un fait suffisamment rare en matière de droit international pour souligner l'immense effort produit par la coalition formée par l'ICBL, le CICR, les Nations Unies et les gouvernements en faveur de la

⁶⁸ DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 423

⁶⁹ ICBL, « Why the ban? », ICBL website, <http://www.icbl.org/en-gb/problem/why-the-ban.aspx> :

« It soon became apparent that the only real solution to address the landmine crisis was a complete ban on antipersonnel mines. No technical changes or changes to the rules on their use could change the fact that an antipersonnel mine is inherently indiscriminate. Once planted it will never be able to tell the difference between a military and civilian footstep and will remain a threat to communities for decades to come. »

SOMMARUGU Cornelio, « Conférence d'examen des États parties à la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination », Déclaration du Président du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 22 avril 1996.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzgkn.htm> :

« Seule l'interdiction totale des mines antipersonnel se révélera efficace : elle est facile à mettre en œuvre et son application est bien plus facile à vérifier que d'autres mesures envisagées. Si un consensus ne peut encore être trouvé ici sur ce point, les États devront envisager de prendre des mesures de manière unilatérale. Une telle démarche ne devrait pas être vue comme une concession sur le plan de la sécurité, mais comme un moyen, pour les États, d'honorer leur obligation humanitaire de protéger leur population et leur territoire en cas de conflit armé. Une étude a été réalisée récemment, à la demande du CICR, sur l'utilité militaire et l'efficacité des mines antipersonnel. Quarante-quatre hauts responsables militaires, de 18 pays, ont déjà souscrit aux conclusions de cette étude. Celle-ci souligne la difficulté d'employer ces armes de la manière prescrite par le droit ou la doctrine militaire, leur efficacité limitée et leurs effets négatifs sur les propres forces de ceux qui les utilisent. »

⁷⁰ JEANNOTTE Marc, « Convention d'Ottawa sur l'interdiction des mines antipersonnel » Réseau de recherche sur les opérations de paix, Université de Montréal, 29 janvier 2007.

<http://www.operationspaix.net/33-resources/details-lexique/convention-dottawa-sur-linterdiction-des-mines-antipersonnel.html>

prohibition. La place tenue par la société civile était également un fait encore peu répandu dans le développement du droit international.⁷¹

En ce qui concerne les valeurs mises en avant par les prohibitionnistes pour justifier leur position, la souffrance tient une place prépondérante. Ils insistent ainsi beaucoup sur les souffrances terribles à l'origine desquelles elles se trouvent. Naturellement, leur argumentaire ne s'y limite pas⁷², mais c'est tout de même là, la seule raison qui motive leur volonté de faire interdire ces armes.

Cornelio Sommaruga, alors président du CICR, à l'instar d'Henri Dunant en son temps, n'hésite pas à dépeindre crûment les tourments des victimes, dans une déclaration en faveur de l'interdiction complète des mines antipersonnel⁷³ :

« Chaque jour qui passe, nos médecins et nos infirmières doivent soutenir le regard d'enfants qui se tordent de douleur à cause d'un membre qui n'est plus qu'un amas sanguinolent de terre, de morceaux de plastique, de fragments d'os et de chair. À ce regard qui nous demande " pourquoi, pourquoi, pourquoi ? ", nous n'avons pas de réponse sensée à donner, et la communauté internationale, à ce jour, pas davantage. »

Et plus loin, rappelant que les soldats aussi ont le droit d'être protégé en tant qu'être humain des armes qui causent des maux superflus, il détaille longuement le sort des victimes :

« Lorsqu'une personne pose le pied sur une mine antipersonnel enterrée, son pied ou sa jambe est arraché. La force de l'explosion projette de la terre, de l'herbe, des fragments pulvérisés du boîtier de la mine ainsi que des parties de la chaussure et du pied de la victime vers le haut, dans les tissus de l'autre jambe, des fesses, des parties génitales, des bras et parfois jusque dans les yeux. Les mines qui contiennent un volume d'explosifs plus important, y compris certaines mines à fragmentation, tuent presque à coup sûr leurs victimes. Si le blessé parvient à un hôpital doté des installations nécessaires et de personnel qualifié (qui sont rares l'un comme l'autre dans les pays affectés par les mines), il

⁷¹ Les Nations Unies et la lutte antimines, site internet des Nations Unies, page sur la Convention d'Ottawa, http://www.un.org/french/peace/mine/mine_convention.shtml, extraits : « La Convention, qui impose une interdiction totale des mines terrestres antipersonnel, est le fruit de négociations menées par une coalition puissante et inhabituelle de gouvernements, des Nations Unies, d'organisations internationales telles que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et plus de 1400 organisations non gouvernementales regroupées au sein d'un réseau connu sous le nom de Campagne internationale pour interdire les mines. »

⁷² Pour une liste détaillée des arguments voir : IBCL, site web, page « Why the Ban ? ». <http://www.icbl.org/en-gb/problem/why-the-ban.aspx>

⁷³ SOMMARUGA Cornelio, « Vers l'interdiction complète des mines antipersonnel, Conférence international sur une stratégie, Ottawa,, 3-5 octobre 1996 », Déclaration du Président du CICR, 4 octobre 1996. <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzeuh.htm>

devra subir plusieurs opérations, séjourner au moins quatre semaines à l'hôpital et bénéficier d'une transfusion sanguine sûre. Le survivant sera ensuite confronté à un handicap permanent et grave, avec toutes les incidences sociales, psychologiques et économiques qu'entraîne une amputation. Les mines sont délibérément conçues pour produire ces effets.

Ne pensez-vous pas que la plupart des gens, soldats y compris, seraient d'avis que les effets des mines que je viens d'évoquer représentent des maux superflus, excédant les besoins purement militaires ? »

Les campagnes médiatiques qui montrent les victimes des mines, des personnes amputées, beaucoup d'enfants, participent à former une opinion publique qui partage et s'identifie à la souffrance d'autres êtres humains. La force du mouvement est telle d'ailleurs, que la Convention est finalement adoptée à Oslo.

Le Préambule de la Convention traduit cette importance de la prise en compte de la souffrance humaine dans la décision de prohiber les mines antipersonnel :

« Déterminés à faire cesser les souffrances et les pertes en vies humaines causées par les mines antipersonnel qui tuent ou mutilent des centaines de personnes chaque semaine, pour la plupart des civils innocents et sans défense, en particulier des enfants; entravent le développement et la reconstruction économiques; empêchent le rapatriement des réfugiés et des personnes déplacées sur le territoire; et ont d'autres graves conséquences pendant des années après leur mise en place »

Mario Bettati décrit ce préambule comme « étrange venu d'ailleurs » parce qu'il considère qu'il s'apparente plus à une résolution des Nations Unies qu'aux propos introductifs d'un traité international. Mais également parce que le préambule souligne l'importance du rôle joué par la société civile dans l'adoption du traité.⁷⁴

Qu'elle qu'ait été l'étrangeté de la campagne contre les mines antipersonnel et de la convention qui en a découlé, le modèle a vite été repris et avec autant de succès dans le cadre d'une campagne contre les bombes à sous-munitions.

⁷⁴ BETTATI Mario. La convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (Ottawa, 18 septembre 1997). In: *Annuaire français de droit international*, volume 43, 1997, p. 220.

2. La campagne contre les bombes à sous-munitions.

L'histoire de la campagne contre les bombes à sous-munitions est très similaire à celle contre les mines antipersonnel.

Elle est également issue d'une mobilisation de la société civile mondiale autour d'un problème globalement négligé par les Etats : les armes à sous-munitions.

Là encore des associations comme Handicap International ou Human rights watch sont aux avant-postes de la campagne mobilisant les citoyens de tous les pays, les sensibilisant par des campagnes publicitaires à grande échelle, des témoignages choc et des images crues⁷⁵.

Les bombes à sous-munitions sont constituées par un conteneur remplis de petites bombes qui sont dispersées lorsque la bombe est larguée ou tirée. Selon la bombe, elle peut contenir d'une dizaine à plusieurs centaines de sous-munitions explosives qui peuvent se répandre sur une zone dont la taille varie mais peut atteindre plusieurs hectares.

Elles ne permettent donc pas de contrôler avec précision les points qu'elles vont atteindre. De plus, leur taux d'échec est assez important. Dans certains cas, jusqu'à 30% des « bombelettes » n'explosent pas, elles demeurent donc actives après le conflit.

L'utilisation des bombes à sous-munitions apparaît durant la seconde Guerre mondiale. Elle est alors le fait des forces soviétiques et des forces allemandes.

Comme le raconte Jakob Kellenberger, alors président du CICR, dès l'attaque allemande contre le port britannique de Grimsby en 1943, les conséquences pour la population civile sont notables et indiscutables. « *Les trois quarts des sous-munitions larguées n'ayant pas explosé comme prévu, il fallut les enlever. On en trouva sur les routes, sur le toit des maisons ou encore dans les arbres. Sur les 61 victimes dénombrées, trois quarts furent blessés non pas pendant mais après l'attaque. Par ailleurs, des enfants rapportèrent ces petites bombes à la maison et certains échappèrent de justesse à la mort.* »⁷⁶ Depuis les années 1970⁷⁷ leur usage s'est répandu dans le monde entier causant toujours plus de dégâts aux zones touchées.

⁷⁵ Voir par exemple le documentaire de sensibilisation de Handicap International : Handicap International, Les bombes à sous-munitions : la guerre après la guerre, 8 novembre 2008.

Partie I : <https://www.youtube.com/watch?v=AHZb8PTTqvo>

Partie II : <https://www.youtube.com/watch?v=fs1hb6xpg4I>

⁷⁶ KELLENBERGER Jakob, Convention sur les armes à sous-munitions : le CICR se félicite de la signature d'un accord historique », Déclaration de Jakob Kellenberger, Président du CICR, Convention sur les armes à sous-munitions, Cérémonie de signature, Oslo, 3 décembre 2008.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/statement/statement-cluster-munitions-031208.htm>

⁷⁷ CMCInternational, Banning cluster bombs : the campaign and the treaty, documentary, 18 juin 2010. https://www.youtube.com/watch?v=tPV8M_yh-zI

Les effets des bombes à sous-munitions non-explosées sont identiques aux effets des mines antipersonnel dans les pays touchés. Elles polluent les territoires nécessaires à la vie quotidienne des habitants et causent de nombreux accidents.

*« La contamination due à ces armes bloque souvent l'accès aux biens de première nécessité tels que nourriture, eau, carburant et combustible, ainsi qu'aux écoles, marchés, services de santé et autres services essentiels. »*⁷⁸

Quand les enfants ne jouent pas avec, les adultes sont parfois contraints de tenter de nettoyer les campagnes eux-mêmes afin de pouvoir à nouveau cultiver les champs ou faire paître les troupeaux sans danger.

Les chiffres sont sans appel, plus de 440 millions de bombes à sous-munitions ont été larguées depuis 1965, aujourd'hui on considère que 98% des victimes sont des personnes civiles et que parmi elles, 33% sont des enfants⁷⁹.

Handicap International, association dont le but originel est de venir en aide aux personnes handicapées était confrontée sur le terrain aux conséquences des bombes à sous-munitions comme elle l'était aux conséquences des mines antipersonnel.

Elle a donc lancé, en 2003, une nouvelle campagne, la Cluster Munition Coalition, sur le modèle de l'International Campaign to Ban Landmines, afin de faire cesser l'usage de ces armes.⁸⁰ Grâce à une mobilisation importante des associations participantes, l'organisation de nombreux événements et une médiatisation importante, la campagne a porté ses fruits plus rapidement que celle dédiée aux mines antipersonnel. Sans doute aussi parce celle-ci avait ouvert le chemin.

Du côté étatique, cette fois-ci, c'est la Norvège qui décide d'apporter son soutien à la coalition après le choc mondial causé par les bombardements israélien au sud-Liban durant la guerre contre le Hezbollah du 12 juillet au 14 août 2006. L'horreur particulière de ces bombardements tient

⁷⁸ CICR, « Contamination due aux armes à dispersion », février 2008

⁷⁹ Handicap International, Les bombes à sous-munitions : la guerre après la guerre, 8 novembre 2008.

Les chiffres avancés sont ceux d'Handicap International. Ils sont également retenus par le Bureau des affaires du désarmement des Nations Unies

⁸⁰ La CMC et l'ICBL ont fusionné depuis 2011 afin de ne former qu'une seule organisation l'ICBL-CMC menant deux campagnes. Elles regroupent à elles deux plusieurs centaines d'associations dispersées partout dans le monde.

à leur ampleur, quatre millions de sous-munitions, et au fait que la majeure partie a été réalisée à soixante-douze heures de la fin du conflit, alors qu'Israël savait qu'un accord allait être conclu⁸¹.

Comme nous l'avons déjà souligné, les Etats ne réagissent moins à la souffrance silencieuse et quotidienne qu'aux évènements brutaux et majeurs. La Norvège ne fait pas ici exception, mais son intervention permet une accélération de la campagne en faveur de l'interdiction des bombes à sous-munition.

En effet, elle initie le processus d'Oslo en 2007 par l'ouverture d'une conférence internationale en février 2007 qui réunit quarante-six Etats. A l'issue de la conférence, ces Etats se sont engagés à « conclure pour 2008 un instrument légalement contraignant qui interdira l'utilisation, la production, le transfert et le stockage des armes à sous-munitions qui causent aux civils des tort inacceptables »⁸².

Après deux autres conférences préparatoires à Lima, Vienne et Wellington, la conférence finale s'ouvre à Dublin en mai 2008 et aboutit à l'adoption de la Convention sur les armes à sous-munitions le 30 mai. Elle est ouverte à la signature en décembre 2008 à Oslo, dont elle prendra le nom. Elle est entrée en vigueur en août 2010 après la trentième ratification et compte aujourd'hui cent Etats parties.

Durant tout le cycle de conférences du processus d'Oslo, la CMC, le CICR et les Nations Unies participent en tant qu'observateurs mais également afin d'apporter le point de vue des victimes et surtout les informations recueillies sur le terrain. Thomas Nash, coordinateur de la campagne pour interdire les sous-munitions, souligne l'importance de l'influence du travail de recueil de données fourni par les associations sur les négociations par les représentants des gouvernements⁸³.

Jean-Baptiste Richardier, directeur général et co-fondateur d'Handicap International, se réjouit d'une victoire de ce qu'il appelle la diplomatie nouvelle. Il explique, dans un documentaire sur la campagne, que « ça [l'adoption de la convention] c'est la magie de la nouvelle diplomatie cette alliance entre un pays et quelques pays amis déterminés sur un objectif précis, cette alliance avec une société civile bien organisée structurée sur le modèle du traité d'Ottawa. »⁸⁴

⁸¹ HRW, *Flooding South Lebanon : Israel's use of cluster munitions in Lebanon in July and August 2006*, HRW Reports, Volume 20, Février 2008, 131p.

⁸² Déclaration finale de la Conférence d'Oslo, 22 et 23 février 2007.

⁸³ Intervention filmée dans : Handicap International Canada, *Mines antipersonnel et bombes à sous-munitions : Histoires d'une mobilisation citoyenne*, 11 juillet 2013.

https://www.youtube.com/watch?v=UfRm_sSXHbY

⁸⁴ Ibidem.

Cette nouvelle campagne reprend donc le modèle de la campagne contre les mines antipersonnel : - Susciter une émotion au sein de la société civile en médiatisant la souffrance des victimes :

Il faut citer ici les campagnes publicitaires habillant les murs de nos villes et interrompant nos programmes télé, mais aussi l'organisation d'évènements annuels comme les pyramides de chaussures, la production de documentaires mais aussi les démarchages directs par courrier ou téléphone. Le site internet de la CMC propose également une rubrique dédiée aux témoignages de personnes affectées par les sous-munitions⁸⁵.

- Engager une réaction de ladite société civile :

Dans le cas de la CMC, une pétition a réuni plus de sept-cent-mille signatures.

- Fournir un travail de recherches et de compilations des données relatives aux effets de l'arme en cause :

Ce travail a été essentiel pour légitimer et donner corps aux exigences de la CMC. L'accumulation des témoignages de victimes et de données chiffrées est en entier l'œuvre des associations membres de la CMC.

- Et enfin convaincre un Etat de lancer le processus diplomatique.

Comme dans le préambule de la Convention d'Ottawa, on retrouve l'hommage aux efforts faits par la société civile dans le préambule de la Convention d'Oslo :

« Soulignant le rôle de la conscience publique dans l'avancement des principes de l'humanité comme en atteste l'appel à la fin des souffrances des civils causées par les armes à sous-munitions et reconnaissant les efforts déployés à cette fin par les Nations Unies, le Comité international de la Croix-Rouge, la Coalition contre les armes à sous-munitions et de nombreuses autres organisations non gouvernementales du monde entier »⁸⁶

Dans les deux cas, les Etats ont choisi de reconnaître l'influence qu'ont eue les mouvements mondiaux en faveur de la prohibition de ces armes et c'est sans doute inhabituel.⁸⁷ Cependant, cela traduit essentiellement une réalité et un phénomène à la base même du droit des conflits armés que

⁸⁵ <http://www.stopclustermunitions.org/en-gb/cluster-bombs/real-life-stories/overview.aspx>

⁸⁶ Préambule de la Convention sur les armes à sous-munition.

⁸⁷ Extrait du Préambule de la Convention d'Ottawa de 1997 : « Soulignant le rôle de la conscience publique dans l'avancement des principes humanitaires comme en atteste l'appel à une interdiction totale des mines antipersonnel et reconnaissant les efforts déployés à cette fin par le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la Campagne internationale contre les mines terrestres et de nombreuses autres organisations non gouvernementales du monde entier, »

l'on pourrait concevoir comme la mise en œuvre d'un processus qui transforme une émotion en norme juridique obligatoire

En ce sens, on peut affirmer que dans sa version moderne il participe d'un nouvel humanisme au sens d'une philosophie qui place l'homme et les valeurs humaines au-dessus de toutes les autres valeurs. Comme l'explique Jean-Michel Salanskis en décrivant la philosophie d'Emmanuel Levinas, c'est « *dans l'après-coup du pire, les yeux dessillés quant à ce que peut l'homme* » que « *nous avons encore plus besoin de la perspective humaniste* »⁸⁸. Le droit traduit alors notre attachement, sans arrêt remis en cause et sans arrêt réaffirmé, à l'humanité, comprise dans toutes ses acceptions.

II. L'humain souffrant dépouillé de toute appartenance à un belligérant.

Une des grandes victoires du droit des conflits armés a été de faire admettre que dès lors qu'une personne était tombée au pouvoir d'une des Parties au conflit, il fallait cesser de la considérer comme un ennemi à abattre et bien, plutôt, comme un frère ou une sœur en humanité. Dépasser les appartenances est pourtant loin d'être une chose aisée et sans doute encore plus dans un contexte conflictuel. Cependant, le droit humanitaire a réussi à consacrer la figure de la personne humaine détachée des Etats auteurs de la convention dès la convention de Genève de 1864 (A). Par la suite, c'est par la distinction nette posée entre *jus in bello* et *jus ad bellum* que cette exigence a été renforcée (B).

A. Ignorer l'appartenance nationale : une des fondations du droit international humanitaire.

La consécration de l'obligation de traiter de la même manière les combattants blessés et malades de toutes les parties au conflit découle directement de l'expérience d'Henry Dunant.

Il témoigne ainsi qu'au sortir de la bataille, il revenait à la population italienne de tenter d'aider les blessés des armées ennemies. Cependant, la population était massivement en faveur des Français et hostiles à l'armée autrichienne et à toutes ses composantes.

Aussi Dunant rapporte-t-il :

⁸⁸ Salanskis Jean-Michel, « La réinvention de l'humanisme », Le Point Hors-série, n°17, Penser l'homme, avril-mai 2008, p. 97.

« Que de jeunes gens de dix-huit à vingt ans, venus tristement jusque-là du fond de la Germanie, ou des provinces orientales du vaste empire d'Autriche, et quelques-uns peut-être forcément, rudement, auront à endurer, outre des douleurs corporelles avec le chagrin de la captivité, la malveillance provenant de la haine vouée par les Milanais à leur race, à leurs chefs et à leur Souverain, et ne rencontreront plus guère de sympathie avant leur arrivée sur la terre de France ! Pauvres mères, en Allemagne, en Autriche, en Hongrie, en Bohême, comment ne pas songer à vos angoisses lorsque vous apprendrez que vos fils blessés sont prisonniers dans ce pays ennemi ! Mais les femmes de Castiglione, voyant que je ne fais aucune distinction de nationalité, suivent mon exemple en témoignant la même bienveillance à tous ces hommes d'origines si diverses, et qui leur sont tous également étrangers. « Tutti fratelli », répétaient-elles avec émotion. »⁸⁹

Contrairement à la tentation spontanée de laisser sans secours les membres des forces armées ennemis, Dunant encourage la population locale à se montrer bienveillante avec tous sans tenir compte du camp pour lequel chacun combattait.

Cette idée sera reprise dans la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne à son article 6 :

« Les militaires blessés ou malades seront recueillis et soignés, à quelque nation qu'ils appartiennent ».

Ce point est considéré comme un des apports majeurs de cette convention⁹⁰. Patricia Buirette et Philippe Lagrange affirment que *« cet article résume et, en même temps, est le véritable point de départ du droit de Genève. »*⁹¹

Ainsi consacré dans la première convention de Genève, ce principe devait être conforté par l'affirmation au XXe siècle de l'indifférence des causes poursuivies par les parties au conflit.

⁸⁹ DUNANT Henry, Un souvenir de Solférino, CICR publications, Genève 1990, p. 67

⁹⁰ Croix Rouge Française, « 22 août 1864 : signature de la 1^{ère} convention de Genève », 22 août 2014, <http://www.croix-rouge.fr/Actualite/22-aout-1864-signature-de-la-1ere-convention-de-Geneve-1789>

⁹¹ BUIRETTE Patricia, LAGRANGE Philippe, Le droit international humanitaire, La Découverte, Paris, 2010, p. 46.

B. Jus in bello, jus ad bellum : une distinction essentielle à l'individualisation des membres des parties au conflit.

Avant la période contemporaine, la question des relations entre *jus in bello* et *jus ad bellum* ne se posait pas vraiment en droit positif. Pour être tout à fait exact, les termes même de l'équation ne sont apparus qu'à partir de la deuxième moitié du XXe siècle.⁹²

En effet, dans le droit international classique, le droit de faire la guerre relevait de la souveraineté des Etats et ne pouvait être remis juridiquement en question. La guerre était un moyen légal et d'usage fréquent pour un Etat de mener sa politique internationale. Comme l'a expliqué Clausewitz, « *la guerre n'est pas seulement un acte politique, mais encore un véritable instrument de la politique, une continuation des transactions de celle-ci, une suite qu'on lui donne par d'autres moyens.* »⁹³

Les restrictions dans la manière de la mener étaient peu nombreuses et relevaient essentiellement de quelques coutumes élaborées au fil des siècles, souvent à l'initiative de l'Eglise. Certes dès la fin de l'Antiquité et le début du Moyen-âge, on trouve chez des auteurs comme Saint-Augustin une réflexion sur la notion de guerre juste, en tant qu'exception à l'interdiction de faire la guerre, et sur la manière de la mener. Il supposait par-là qu'il n'y aurait pas de *jus AD bellum*. Mais le succès de cette pensée ne s'est jamais traduit avant le XIXe siècle en normes juridiques obligatoires pour les Etats.

Il faut attendre le Concert Européen pour que se dessine les premiers traits à la fois du *jus ad bellum* et du *jus in bello* modernes. D'ailleurs, comme le souligne le manuel de Droit international public de Jean Combacau et Serge Sur, « *cet effort de restriction se traduit sur plusieurs plans, dans lesquels le jus ad bellum [...] et le jus in bello [...] ne sont pas toujours clairement distingués.* »⁹⁴

Mais c'est véritablement au XXe siècle, que les deux droits connaissent les plus grands développements.

Ces deux branches du droit international applicables à une même réalité ont évolué dans deux cadres bien différents. Le droit du maintien de la paix, donc *contra bellum*, constitue la raison d'être des Nations Unies. On trouve ses fondements juridiques dans la Charte des Nations Unies et toutes les questions relatives à son respect ou à son application se posent dans le cadre de cette enceinte.

⁹² Cf. KOLB Robert, « Sur l'origine du couple terminologique ius ad bellum/ius in bello », RICR vol 79, 1997, 827

⁹³ CLAUSEWITZ Carl von, De la Guerre, Livre 1, GF Flammarion, Paris, 2014, Edition Kindle, emplacement 824.

⁹⁴ Combacau Jean et Sur Serge, Droit international public, Domat-Montchrestien, Paris, 5ème édition, 2001

Le droit des conflits armés, ou *in bello*, de son côté est issu de négociations multilatérales entre Etats initiées et préparées par le CICR. Si les deux droits ne s'ignorent pas complètement, il est convenu aujourd'hui de considérer qu'il ne devrait pas y avoir d'interaction entre eux, au risque de nuire à l'application du droit humanitaire ou de légitimer un recours à la force illicite au regard du droit du maintien de la paix.

Le principe de séparation n'est pas expressément affirmé par les Conventions de Genève de 1949. Les commentaires de 1952⁹⁵ et 2016⁹⁶ indiquent pouvoir le déduire de l'article 1^{er} commun aux quatre conventions qui se lit comme suit :

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

En effet, l'utilisation de l'expression « *en toutes circonstances* » leur permet d'affirmer justement que les causes de la guerre, circonstances du conflit, ne pèsent pas sur l'application des Conventions de Genève.

L'incertitude relative engendrée par l'absence de disposition expresse fut finalement corrigée en 1977 dans le préambule du Protocole I qui détaille et explique les relations entre *jus in bello* et *jus ad bellum* :

« Les Hautes Parties contractantes,

Proclamant leur désir ardent de voir la paix régner entre les peuples,

Rappelant que tout Etat a le devoir, conformément à la Charte des Nations Unies, de s'abstenir dans ses relations internationales de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies,

Jugeant toutefois nécessaire de réaffirmer et de développer les dispositions qui protègent les victimes des conflits armés et de compléter les mesures propres à en renforcer l'application,

⁹⁵ CICR, Commentaire de la Première Convention de Genève, 1952, article 1^{er} commun. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=529DFC9392F5F8EFC12563BD002C6309

⁹⁶ CICR, Commentaire de la Première Convention de Genève, 2016, article 1^{er} commun. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=9FDA19119E4EB59AC1257F7D005ED435

Exprimant leur conviction qu'aucune disposition du présent Protocole ou des Conventions de Genève du 12 août 1949 ne peut être interprétée comme légitimant ou autorisant tout acte d'agression ou tout autre emploi de la force incompatible avec la Charte des Nations Unies,

Réaffirmant, en outre, que les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du présente Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci (...) »

On trouve ainsi résumées toutes les bases des relations entre droit de la guerre et droit de la paix. Les deux doivent être respectés mais indépendamment l'un de l'autre. Le respect de l'un ne saurait jamais faire présumer le respect de l'autre.

Ce qui nous intéresse plus particulièrement ici se trouve dans le dernier considérant. En effet, celui-ci aborde la question des effets de la distinction entre *jus in bello* et *jus ad bellum* sur les individus. Le cloisonnement entre les deux droits a surtout pour objectif dans le cadre du droit international humanitaire de garantir que les individus ne feront pas l'objet de mauvais traitements justifié par exemple parce qu'ils appartiendraient aux forces armées de l'Etat agresseur du point de vue du droit du maintien de la Paix.

Cette distinction est d'autant plus importante qu'elle supporte en fait les autres grandes distinctions du droit des conflits armés et représente la première étape d'un raisonnement qui veut que les personnes impliquées dans les conflits armés ne soient pas uniquement perçues comme des représentants d'un belligérant mais également comme des êtres humains qui doivent être protégés indépendamment de leur rôle précis dans le conflit. Or la tentation est grande durant une guerre d'assimiler toutes les personnes rattachées à un belligérant à un ennemi et tous les ennemis à des personnes à abattre. Comment accepter de distinguer entre civils et combattants si les causes de la guerre désignent les uns comme délinquants et les autres comme victimes ? Comment ne pas céder à l'idée qu'il conviendrait de punir l'Etat fautif et donc ses représentants et protéger uniquement les nationaux de l'Etat victime⁹⁷ ?

C'est parce que tous les êtres humains doivent être protégés également que le droit humanitaire consacre l'égalité des belligérants et l'indifférence aux causes du conflit.

⁹⁷ Voir le chapitre II du titre I de la deuxième partie pour une réflexion plus détaillée sur la difficulté à se détacher des causes de la guerre.

§2. La protection de la personne humaine au-delà de tout subjectivisme.

Protéger l'être humain en tant que tel impliquait d'une certaine manière de lui donner une place qui n'était pas encore la sienne au sein du droit international, celle d'un sujet de droit considéré au-delà de ses appartenances subjectives.

C'est sans doute dans le droit international humanitaire que l'on trouve le plus tôt développé une série de droits et d'obligations internationales en faveur et pesant sur les individus (I).

Cette protection de la personne humaine a été notablement renforcée par l'interdiction de toute forme de discrimination. Cette dernière interdiction consacre encore le caractère universel de l'homme tel que reconnu dans le droit des conflits armés (II).

I. L'émergence d'un sujet de droit protégé pour lui-même et par lui-même.

La question du statut de l'individu en droit international est ancienne mais l'ère qu'a ouverte la fin de la seconde Guerre Mondiale, si riche en évolutions, a sans doute permis de la renouveler. Or, le droit international humanitaire a participé assez tôt à l'introduction de l'idée que les individus détenaient des droits d'une part et devaient assumer des obligations d'autre part. Or qu'est-ce qu'un sujet de droit, sinon le détenteur de droits et d'obligations. De plus, c'est précisément parce que l'individu détient en propre ses droits et ses obligations que la question de la pertinence de la réciprocité s'est posée. En effet, le principe de réciprocité perd toute forme d'intérêt dès lors que l'Etat s'engage à respecter et à faire respecter non pas ses propres obligations, mais des droits et obligations qui incombent par nature aux individus. Avant d'analyser les dispositions du droit international humanitaire qui introduisent ces droits et ces obligations (B), il convient de s'intéresser à la question du statut de sujet de droit international des individus en général (A). Enfin, nous concluons en observant que même dans le cadre du développement du droit international coutumier, les individus, au travers de l'opinion publique, ont gagné en influence (C).

A. Situation du problème.

Comme il est souligné dans l'ouvrage classique de droit international public de Patrick Daillet et Alain Pellet, la « question de la place des personnes privées et, tout particulièrement des individus, dans l'ordre juridique international, fait l'objet de controverses doctrinales très vives »⁹⁸.

⁹⁸ Daillier Patrick, Forteau Mathias, Pellet Alain, Droit international public, L.G.D.J, 8^{ème} édition, Paris, 2009, p. 716

Si certains auteurs comme Georges Scelle tendent à reconnaître aux individus le statut de sujet du droit international comme un élément naturel et évident. Ce n'est pas le cas de tous.

Georges Scelle explique ainsi qu'une « déclaration unilatérale de volonté, un traité, un acte illicite dont on dit qu'ils engagent l'Etat sont toujours des actes émanant d'individus, agents ou gouvernants, investis d'une compétence représentative, et jamais de l'être fictif qu'on appelle l'Etat. »⁹⁹ Pour lui il est donc clair que le véritable sujet du droit international n'est autre que l'individu, ne peut être autre que l'individu en fait. « Nous dirons au contraire que dans les différentes sociétés internationales le sujet de droit est toujours et ne peut être que l'individu, soit dans le domaine du droit public, soit dans le domaine du droit privé, les individus qui sont sujets de droit en droit interne le sont aussi en droit international. Les individus seuls sont sujets de droit en droit international public. »¹⁰⁰

Il est aisé d'admettre, au moins sur le plan théorique, un tel point de vue. En effet, quoiqu'en puissent dire les positivistes, seuls les individus détiennent réellement le pouvoir et la compétence de faire et défaire le droit, qu'au cours de siècles ils aient choisi différentes formules pour ce faire qui ont abouti aujourd'hui à l'Etat ne change rien. L'Etat est en effet un être fictif tandis que l'individu existe en dehors de toute création juridique ou politique. Comme nous l'ont démontré les anthropologues, l'Etat n'est réellement universel ni dans le temps ni dans l'espace.

Ceci dit, on s'aperçoit assez rapidement que l'approche de Georges Scelle, comme celle des courants jusnaturaliste ou objectiviste, toute séduisante qu'elle soit présente le défaut majeur d'être presque exclusivement théorique et d'ignorer une partie des faits au profit d'une cohérence des idées.

Les courants plus classiques qui ont toujours nié qu'une quelconque place puisse être dévolue à l'individu sur la scène internationale, courant volontariste et positiviste qui place l'Etat au centre de tout, souffrent en réalité de ce même problème.

C'est sans doute pourquoi on trouve dans les manuels de droit international une approche sans doute plus pragmatique qui tend à essayer de comprendre ce qu'il se passe réellement et à en tirer quelques conclusions opérationnelles, s'il est possible de le formuler ainsi.

Il faut reconnaître que jusqu'à relativement récemment, le droit international public n'admettait guère l'idée que les individus ou plus généralement les personnes privées, puissent être regardées comme des sujets du droit international.

Pendant longtemps et encore aujourd'hui, le droit international plaçait entre les particuliers et la sphère internationale, un écran, un filtre, celui de l'Etat.

⁹⁹ Scelle Georges, Précis de droit des Gens, Dalloz, Coll. Facsimilé, Reproduction du volume 1 paru en 1932, Paris, 2008, p.42

¹⁰⁰ Ibidem, p.42

Dans sa création européenne, le droit international est initialement interétatique, il est vrai. « Les structures des Etats, dans cette période de la société internationale classique, étaient dominées, d'une part, par un système de valeurs occidentales qui ne laissait aucune place à un clivage entre nations riches et pauvres ; et d'autre part, par un petit nombre d'Etats européens (Allemagne, Angleterre, Autriche, France, Russie) érigés en « gouvernement international de fait » sous la forme de la Sainte Alliance et ensuite du « concert européen ». »¹⁰¹

Il est aussi vrai qu'à cette époque même si les Lumières et les Révolutions qui en découlèrent avaient déjà eu lieu, la démocratie avait encore nombre de progrès à faire. La société n'était pas ce qu'elle est devenue aujourd'hui. Les particuliers avaient nettement moins d'influence, même la question des droits de l'homme pourtant présente dans la Déclaration de 1789 était loin d'être un sujet d'importance pour les Etats.

« L'affirmation que la personne humaine possède comme telle des droits propres, opposables d'abord à l'Etat dont elle relève, a constitué un bouleversement pour le droit international conçu traditionnellement comme un droit des rapports entre Etats ou institutions interétatiques. Ce changement n'est devenu tangible qu'au lendemain de la seconde Guerre mondiale et de son cortège de crimes contre l'humanité. »¹⁰²

Les événements de la seconde Guerre mondiale semblent en effet avoir incité les Etats, en réalité les individus qui les composent, à s'intéresser un peu plus aux agissements des particuliers et à leur situation en interne. Un mouvement est donc amorcé qui tend à limiter la place relative des Etats et leur liberté d'actions sur la scène internationale au profit en partie des individus. Cela ne signifie nullement que ce mouvement ait abouti loin s'en faut, simplement qu'il existe aujourd'hui une dynamique tendant à dépasser l'ancienne formule trop rigide d'un droit international strictement interétatique.

Selon Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, on « peut globalement dire de cette situation de dépendance des particuliers à l'égard de la personne de l'Etat qu'elle est, en droit international contemporain à la fois confirmée mais aussi de plus en plus nettement remise en cause ». ¹⁰³ C'est évidemment sa remise en cause qui nous intéresse ici et non bien sûr sa confirmation. Même si nous admettons qu'elle est toute aussi importante et ne doit pas être ignorée dans la pratique.

¹⁰¹ SATCHIVI Francis Amakoué, Les Sujets de droit : contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international, L'Harmattan, éd. Numérique Numilog, Paris, 2000, format pdf, p.11

¹⁰² DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, Droit international Public, Dalloz, coll. Précis, 2010, Paris, p.230

¹⁰³ DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, Droit international Public, Dalloz, coll. Précis, 2010, Paris, p.230

Quant au fait d'avoir des droits et des obligations, le doute n'est pas permis. Le droit international a créé nombre de droits et d'obligations au profit ou imposés aux individus.

Et c'est « dans le domaine de la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire que ce phénomène s'est amorcé et amplifié au cours des dernières décennies : c'est la qualité propre de personnes privées (...) qui justifie certains droits ou garanties d'une importance particulière, soit en tant que normes de « jus cogens », soit en tant que » normes indérogeables ». ¹⁰⁴

Dans le cadre de cette thèse nous nous intéresserons plus particulièrement au fait que le droit humanitaire consacre clairement des droits et obligations aux individus directement.

B. D'objet à sujet : la consécration de l'individu comme détenteur de droits et d'obligations.

Bien que les formulations choisies diffèrent nettement, en ce qui concerne la reconnaissance de droits aux individus, le droit humanitaire développe une logique proche de celle du droit international des droits de l'homme, dans laquelle les individus se voient reconnaître titulaires de droit théoriquement opposables à tous.

1. Des droits...

Le droit international humanitaire s'est d'abord attaché à garantir, dans le cadre des conflits armés, la protection des personnes en raison de leur nature humaine¹⁰⁵. Et il l'a fait très tôt puisque dès 1864, nous l'avons vu est posée l'obligation de prendre soins des blessés et des malades sans considération pour leur nationalité, mais bien parce qu'en tant qu'être humain, ils ont le droit d'être soigné. Toutefois la reconnaissance des droits se fait en négatif du fait que le droit humanitaire procède par des obligations et des interdictions faites aux Parties contractantes et à l'ensemble des individus qui participent aux hostilités plutôt que par l'affirmation de tel ou tel droit, comme le droit à la vie par exemple.

Malgré tout, on peut considérer que le corpus de droits attaché aux êtres humains s'est progressivement élargi.

¹⁰⁴ DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, Droit international public, L.G.D.J, 8^{ème} édition, Paris, 2009, p.717

¹⁰⁵ Il faut reconnaître qu'il est fondé sur une grande distinction opposant les combattants et les non-combattants, mais cette distinction ne remet pas en cause l'idée de base que le but est des protéger tous les êtres humains parce qu'ils sont humains. Il a seulement fallu s'adapter à la nature des circonstances, à savoir l'existence d'un conflit armé.

A titre de base aujourd'hui, on peut citer l'article 3 commun aux Conventions de Genève qui porte sur les conflits armés non internationaux mais qui a été largement reconnu comme traduisant le minimum applicable à toutes les formes de conflit et à toutes les personnes protégées indépendamment de leur statut particulier dans le conflit armé.

Cet article pose différentes règles de base qui se traduisent en droits pour les individus.

Les individus ne participant pas directement aux hostilités ont le droit de bénéficier d'un traitement humain, de n'être pas victime de discriminations. Elles sont protégées des atteintes à la vie et à leur intégrité corporelle, de la torture, des traitements humiliants et dégradants. Les personnes visées doivent aussi pouvoir bénéficier des garanties d'un procès équitable, et au premier chef celle d'avoir un procès. Bien entendu, les Conventions développent par la suite les obligations à la charge de l'Etat pour chaque catégorie de bénéficiaires visées. Mais c'est là le minimum.

Comme on le voit, il s'agit de droits directement reconnus aux individus qui s'imposent à la puissance publique mais aussi à ses agents et dans le cadre particulier de l'article 3 commun à tous les participants aux hostilités, ce qui signifie donc des entités qui ne sont pas des Etats.

En sus, de cette protection générale valable pour toutes les victimes des conflits armés, le droit humanitaire organise des protections sectorielles en fonction du rôle des individus dans le conflit armé. S'il s'agit d'une discrimination, elle est justifiée dans la mesure où il convient de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes. Le droit prend ici en considération non plus l'absolu humain mais les réalités du conflit et les rôles que tiennent les différents individus.

2. Des obligations.

La protection garantie aux non-combattants est surtout la traduction, nous l'avons dit, des obligations faites aux combattants eux-mêmes. On laissera ici de côté les obligations pesant sur les Etats.

Les combattants doivent de manière générale s'abstenir de violer les obligations posées par la Convention. C'est une évidence, il est presque redondant de le rappeler.

Mais ce qui permet de comprendre que ces obligations s'appliquent réellement aux individus qui participent aux hostilités et non seulement aux Etats eux-mêmes ce sont les conséquences des violations.

Les combattants réguliers tombés au pouvoir de l'ennemi bénéficient du statut de prisonnier de guerre tel que le prévoit la Convention III de 1949 relative aux prisonniers de guerre. Ils bénéficient en fait d'un statut qui leur ouvre droit à un traitement particulier.¹⁰⁶

Cependant l'article 44 du Protocole I prévoit, par exemple, au cas où un combattant ne se distinguerait pas de la population civile en portant ouvertement ses armes pendant chaque engagement militaire ou lorsqu'il participe à un déploiement, de le sanctionner par la perte du statut de combattant¹⁰⁷.

Il s'agit, on le voit d'une conséquence personnelle qui concerne directement l'individu lui-même et non son Etat de rattachement.

Cette perte du statut entraîne des conséquences importantes. Même si le combattant ne perd pas le bénéfice du traitement, en revanche il perd l'immunité qui s'attache aux actes licites commis dans le cadre du conflit et pour lesquels il ne peut être poursuivi. Il pourra donc être poursuivi sur le fondement des violations qu'il a commises et devenir s'il est condamné un prisonnier de droit commun.

Les obligations de respecter le droit humanitaire reposent donc en général sur les Etats et sur toutes les Parties au conflit, et en particulier sur chaque participant aux hostilités qui s'il ne les respecte pas pourra se voir poursuivi et condamné sur ce fondement.

C'est pourquoi d'ailleurs, les Conventions introduisent une obligation de poursuite pour tous les Etats parties qui instaure une compétence universelle. Les articles 49 de la Convention I, 50, de la Convention II, 129 de la Convention III et 146 de la Convention IV prévoient ainsi :

¹⁰⁶ Voir article 4 Convention III relative au traitement des prisonniers de guerre.

¹⁰⁷ Article 44 §3 et §4 Protocole I :

« 3. Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, 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. Etant 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.

Les actes qui répondent aux conditions prévues par le présent paragraphe ne sont pas considérés comme perfides au sens de l'article 37, paragraphe 1 c.

4. Tout combattant qui tombe au pouvoir d'une Partie adverse, alors qu'il ne remplit pas les conditions prévues à la deuxième phrase du paragraphe 3, perd son droit à être considéré comme prisonnier de guerre, mais bénéficie néanmoins de protections équivalentes à tous égards à celles qui sont accordées aux prisonniers de guerre par la IIIe Convention et par le présent Protocole. Cette protection comprend des protections équivalentes à celles qui sont accordées aux prisonniers de guerre par la IIIe Convention dans le cas où une telle personne est jugée et condamnée pour toutes infractions qu'elle aura commises. »

« Chaque Partie contractant aura l'obligation de rechercher des personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. »

Les Conventions imposent donc aux Etats une obligation de poursuites des auteurs des violations commises particulièrement des violations graves et ce, sans spécifier de compétence particulière et en excluant définitivement une compétence *ratione personae* active qui aurait pour conséquence que le seul Etat compétent pour poursuivre l'auteur d'une violation serait l'Etat dont il dépend. La précaution était indispensable, surtout dans le cadre d'un conflit armé international où il est bien trop facile de pardonner les manquements de ses propres troupes.

L'obligation est étatique, mais la responsabilité pénale encourue est personnelle ici. Dès lors qu'une violation a été commise l'Etat doit poursuivre, s'il le fait, il a respecté ses obligations internationales. Sauf cas particulier, la violation elle-même n'entraîne donc pas nécessairement la responsabilité de l'Etat. Si un groupe de combattants, sans qu'aucun ordre dans ce sens n'ait été donné, sans qu'aucune politique globale ne soit menée, voire même alors que l'ordre inverse a été posé, décident de piller un village, l'Etat n'est pas responsable de la violation dès lors qu'il a respecté ses obligations générales de diffusion, d'application et de sanction du droit humanitaire. Tandis que les individus concernés ont directement violé une obligation posée par le droit international. On a donc ici très clairement une série d'obligations qui incombent directement aux individus.

De plus, même si une politique étatique était mise en place, les individus ne seraient pas pour autant déliés de leurs obligations. Le droit humanitaire et surtout aujourd'hui le droit international pénal, sont venus gommer le filtre étatique entre les individus et leur responsabilité internationale.

C. Une place nouvelle accordée aux individus dans le droit coutumier.

Avec la montée en puissance de l'influence de la société civile et des individus sur le droit international, la question de leur rôle dans le développement coutumier a gagné en intérêt.

Théoriquement, la coutume est identifiée par une pratique, celle des Etats et une *opinio juris*, celle des Etats également. Mais certains auteurs¹⁰⁸ admettent que les évolutions qu'a connues

¹⁰⁸ Notamment Christiane Ochoa dans son article « The individual and Customary International Law Formation », paru dans *Virginia Journal of International Law* (Volume 48 :1), 2007-2008. Elle y défend cette

notre société globalisée exigent à l'heure actuelle que soit prise en considération dans l'élaboration de la coutume internationale la voix des individus.

Cela peut paraître surprenant, mais en cette ère d'information mondialisée et de population interconnectée, on ne peut négliger l'importance de l'opinion publique sur les positions adoptées par les Etats et sur les règles auxquelles les individus pensent eux-mêmes être soumis.

A la différence de ce qui pouvait se passer au début du siècle dernier, les individus aujourd'hui sont capables de se mobiliser pour des causes mondiales d'une part mais aussi des causes locales, à plusieurs milliers de kilomètres de chez eux.¹⁰⁹ Les organisations non-gouvernementales de défense des droits humains se sont démultipliées et trouvent un écho toujours plus grand au sein de la société, influençant les pratiques et les valeurs.

On ne peut nier l'influence d'organisations comme Amnesty international ou Human Rights Watch en matière de droit humanitaire, comme on l'a vu dans le paragraphe précédent. Ils sont les premiers à dénoncer les crimes perpétrés se fondant sur le principe de l'universalité des droits qu'ils ont pour objectif de défendre. De telles organisations plaident pour que tout un chacun soit soumis à l'ensemble du droit international humanitaire, bien souvent dans ce cas associé aux droits de l'homme.¹¹⁰

C'est à notre sens par l'action conjointe de cette société civile et du CICR, plus que par une véritable évolution de la position des Etats, qu'on considère aujourd'hui que les mêmes règles doivent être observées dans les conflits armés internes et les conflits armés internationaux.

Ce rôle des individus et globalement de la société civile dans le développement de la coutume internationale est défendu par plusieurs auteurs.

idée en s'appuyant sur les travaux de plusieurs auteurs favorables à cette prise en compte des individus et de la société civile dans l'identification de la coutume internationale.

¹⁰⁹ McDougal Myres S. et al., «Theories About International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence », Virginia International Law Journal, 1968, Volume 8, p. 192-194.

« For our immediate purposes it will suffice merely to summarize that there is today among the peoples of the world a rising, common demand for the greater production and wider sharing of all the basic values associated with a free society or public order of human dignity; that there is an increasing perception by peoples of their inescapable interdependence in the shaping and sharing of all such demanded values; and that peoples everywhere, both effective leaders and the less well positioned are exhibiting increasing identifications with larger and larger groups, extending to the whole of mankind. »

¹¹⁰ Ochoa Christiane, « The individual and Customary International Law Formation », Virginia Journal of International Law (Volume 48 :1), 2007-2008, p. 179 :

« The proliferation of NGOs in all areas of human rights leads naturally to the suggestion that consulting the work or advice of NGOs would be a valuable and reasonable method by which to include individuals in CIL formation process. Professor Gunning made a similar proposal when she argued that the important role NGOs play in international affairs necessitates that they be included in the custom creation process, especially "as these groups mobilize widespread support". »

L'idée n'est pas complètement nouvelle puisque que comme le rappelle Christiane Ochoa, pour l'école historique allemande, l'opinio juris correspondait au Volksgeist.¹¹¹

Même si cette opinion publique est bien souvent multiple, la connaissance du droit humanitaire entendu dans un sens courant qui ne s'intéresse pas aux aspects techniques de la science juridique s'est largement développée au sein de la population. On ne peut négliger aujourd'hui l'avènement de cette force vive qui considère que tous les Etats et in fine tous les individus du monde sont soumis à ces règles du droit humanitaire indépendamment des obligations réelles souscrites par les Etats.

Il faut insister ici, qu'on ne prétend pas, faute de données, pouvoir précisément déterminer le contenu de l'opinion publique mondiale. Pas plus n'est-il envisagé un complet changement de paradigme dans le développement de la coutume internationale. Il s'agit simplement de signaler une évolution réelle de la société mondialisée.

II. L'interdiction des discriminations défavorables : la consécration de l'universel humain.

Il nous faut encore revenir à la bataille de Solferino pour mieux saisir l'importance vitale de l'interdiction des discriminations défavorables dans le droit international humanitaire. Dunant évoquant les suites des batailles et les soins apportés aux blessés et malades des deux camps complimente à plusieurs reprises l'humanité des soldats français qui portent secours aux soldats autrichiens blessés et critique toute attitude qui impliquerait de traiter différemment les blessés de la partie adverse.

Il nous faut encore ici citer, in extenso, un épisode que rapporte Dunant tant il illustre à merveille notre propos.

¹¹¹ Ibidem p. 36.

Le Volksgeist se traduit par l'âme du peuple. Il est l'un des piliers de la pensée de l'école historique allemande et a été pour la première fois théorisé par son fondateur Friedrich Karl von Savigny. Le Volksgeist, qui constitue le fondement de l'identité d'un peuple, est également une source du droit. Selon, Louis Tanon, dans la doctrine de l'école historique, « la coutume est le produit pur de la conscience nationale. Ce n'est pas une création fortuite due à la simple répétition de cas résolus d'abord selon le hasard ou la fantaisie du moment. La série d'actes uniformes qui la constituent trahit la source commune d'où elle dérive. ». Tanon Louis, L'évolution du droit et la conscience sociale, F. Alcan, Paris, 1911, p. 14, bnf.fr

*« A Bergame, à Crémone, les secours étaient fort bien organisés, et les sociétés spéciales furent secondées par des comités auxiliaires de dames, qui soignèrent parfaitement leurs nombreux contingents de malades ; et dans l'un des hôpitaux de Crémone, un médecin italien ayant dit : « Nous réservons les bonnes choses pour nos amis de l'armée alliée, mais nous donnons à nos ennemis tout juste le nécessaire, et s'ils meurent tant pis ! » ajoutant pour s'excuser de ses paroles barbares, que, d'après les rapports de quelques soldats italiens revenus de Vérone et Mantoue, les Autrichiens laissaient mourir sans soins les blessés de l'armée franco-sarde, une noble dame de Crémone, la comtesse *** qui les avait entendues, et qui s'était consacrée de tout son cœur aux hôpitaux s'empessa d'en témoigner sa désapprobation, en déclarant qu'elle entourait tout à fait des mêmes soins les Autrichiens et les Alliés, et qu'elle ne faisait pas de différence entre amis et ennemis [...]. Quoiqu'il soit possible que les prisonniers de l'armée alliée aient d'abord été traités un peu rudement, ces rapports étaient certainement inexacts et exagérés, et en tout cas rien ne pouvait justifier de pareilles expressions. »¹¹²*

On trouve tout d'abord dans cet extrait la condamnation de la distinction entre les blessés à raison de leur appartenance à l'un ou l'autre des belligérants exprimés à la fois par Dunant lui-même mais également par cette comtesse dont il met en valeur le dévouement. Puis, et c'est là l'intérêt plus particulier de ce passage, le rejet de l'idée de réciprocité du traitement des prisonniers de guerre. En effet, Dunant affirme clairement ici que les mauvais traitements subis par les prisonniers aux mains de l'armée ennemie ne pouvaient justifier des maltraitances réciproques. Déjà, Dunant posait l'idée que le traitement humain ne devait pas être soumis à une règle de réciprocité. L'idée est d'autant plus novatrice qu'elle ne sera pas reprise tout de suite, loin s'en faut. Comme nous l'étudierons longuement dans cette thèse, il faudra attendre les conventions de Genève de 1949 pour que soit véritablement acceptée l'idée que le principe de réciprocité n'a pas sa place dans le droit international humanitaire.

Dans le droit positif contemporain, l'interdiction des discriminations défavorables est précisée dans tous les articles relatifs aux traitements humains dans les Conventions de Genève et dans les Protocoles additionnels¹¹³. Ils exigent tous que les personnes protégées soient traitées avec humanité en toutes circonstances sans aucune distinction de caractère défavorable fondée sur la

¹¹² DUNANT Henry, Un souvenir de Solférino, CICR Publications, Genève, reproduction textuelle de l'édition originale de 1862, p.92.

¹¹³ Article 3 commun, article 12 Convention I, 12 Convention II, article 16 Convention III, articles 13 et 27 Convention IV, article 75 Protocole I, article 4 Protocole II.

race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou une autre situation, ou tout autre critère analogue¹¹⁴.

Elle est la traduction exacte du souhait de Dunant, celui que tous les êtres humains soient traités de la même manière en raison de leur commune appartenance à l'humanité, de leur inhérente dignité et de la valeur suprême accordée à la vie humaine.

De par son caractère général, l'obligation d'égalité de traitement s'impose à tous et pas seulement aux Etats ou seulement aux combattants. Les personnes civiles sont aussi contraintes par ces dispositions qui leur interdisent de maltraiter les blessés de l'armée ennemie si elles venaient à en avoir la possibilité.¹¹⁵ Ceci souligne encore l'importance de l'exigence du traitement humain.

Section 2. La réponse à la souffrance humaine, un impératif catégorique reconnu.

Le droit international humanitaire trouve, au moins en partie, ses fondements dans des valeurs morales que l'on peut analyser à la lumière du concept d'impératif catégorique kantien.

Pour Emmanuel Kant, l'impératif catégorique n'est pas une norme juridique mais une caractéristique de la loi morale qui se décompose en trois principes :

- Le principe d'universalité qui ressort de la maxime kantienne bien connue : « *Agir de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse en même temps valoir comme principe d'une législation universelle* ». Il est une forme d'éthique de réciprocité¹¹⁶ de la pensée même.
- Le principe d'humanité qui oblige à traiter les autres toujours comme une fin et non comme un moyen.
- Le principe d'autonomie de la volonté qui signifie que l'on choisit librement d'adhérer à ces valeurs morales. La loi morale s'impose à nous par nous-même.

L'impératif catégorique est une obligation inconditionnelle absolue détachée des données empiriques.

¹¹⁴ Extrait article 3 commun : « Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. »

¹¹⁵ CICR, Commentaire de la Première Convention de Genève, article 12.

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=9620A355FC43312BC12563BD002C6DA6

¹¹⁶ Voir Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 2, §1.

Répondre à la souffrance humaine apparaît comme une obligation morale inconditionnelle qui n'est pas motivée par des intérêts personnels. Et les Etats en adhérant aux règles du droit international humanitaire ont bien démontré leur volonté de s'obliger eux-mêmes.

Ainsi l'impératif catégorique, devoir moral, devient une règle de droit également impérative. De par sa nature même, le droit international humanitaire semble devoir être un champ privilégié pour le droit impératif (§1) et d'ailleurs nombreuses sont ses règles à avoir été reconnues comme normes de jus cogens (§2).

§1. Un champ pour le droit impératif ?

Comme nous venons de l'évoquer, un impératif est « *une nécessité absolue qui impose certaines actions comme un ordre*¹¹⁷ ». Le droit impératif est donc constitué de normes exprimant des ordres absolus, inconditionnels, auxquels on ne peut déroger.

Or si l'on s'intéresse au droit international humanitaire, il apparaît qu'il se compose de normes dont il serait aisé de penser qu'elles entrent dans le champ d'un droit impératif (II).

Mais avant de tirer de telles conclusions, il convient de s'attacher à déterminer quelles sont les catégories qui forment le droit international impératif (I).

I. Point terminologique.

Trois catégories de normes sont apparues dans les textes conventionnels et dans la jurisprudence internationale qui se définissent notamment par leur supériorité sur les normes ordinaires du droit international public. Eléments d'un squelette de hiérarchie des normes et d'un « *climat d'ordre public international* »¹¹⁸ ce sont le jus cogens (A), les obligations erga omnes et les principes intransgressibles du droit international coutumier (B).

A. Les normes impératives du droit international.

L'idée du jus cogens ou du droit impératif a été consacré dans le droit international positif par les Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. L'existence d'une hiérarchie des

¹¹⁷ Entrée « Impératif-ve », Grand Larousse Universel, Larousse, Paris, Tome 8, p. 5490.

¹¹⁸ Expression empruntée à Marie-José Domestici-Met. D'après sa thèse de doctorat soutenue sous la direction de René-Jean Dupuy, Recherche sur le concept d'ordre public international en droit international public, Nice, 1979, non publiée et DOMESTICI-MET Marie-José, « *Du jus cogens aux normes intransgressibles* », in Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, Paris, 2002, p. 661 et s.

normes en droit international est loin d'être évidente dans la mesure où ce droit est, pendant très longtemps, encore majoritairement conçu comme essentiellement de nature contractuelle.

Mais l'évolution de la société internationale a permis que se développe également une approche moins consensuelle du droit.¹¹⁹

Longtemps resté un sujet peu discuté, le jus cogens prit soudain de l'importance lorsque la Commission du droit international planchant sur le projet d'une convention relative au droit des traités décida d'y inclure une condition de licéité des traités supplémentaire : le respect des normes impératives du droit international. Plusieurs auteurs firent des propositions en ce sens parmi lesquels on peut citer Sir Hersch Lauterpacht. Celui-ci faisait remarquer que la seule incompatibilité d'un traité avec le droit coutumier international ne permettait pas de conclure à la nullité du traité. Pour que ce traité soit considéré comme nul, il faut qu'il soit contraire à une norme supérieure. Ce qu'il considérait être les principes de l'ordre international public.¹²⁰

Lors des débats entourant l'adoption de la Convention de Vienne peu d'Etats remirent en question l'existence de telles normes. Au contraire, l'idée qu'il existe des normes particulièrement importantes qui doivent s'imposer à tous fit plutôt l'unanimité, aussi surprenant que cela puisse paraître dans la mesure où une telle reconnaissance limite grandement la liberté des Etats. Comme le souligne Roberto Ago, « *aucun des participants à la Conférence de Vienne, qui intervinrent nombreux dans les débats, ne voulut nier que le droit international général ne contienne lui aussi des règles de jus cogens, comportant comme telles la nullité des traités conclus en contradiction avec elles.* »¹²¹ Et pour cause, les normes auxquelles on pense lorsqu'il est question de jus cogens interdisent des comportements odieux et contraires aux intérêts de l'humanité toute entière. Or quel représentant de l'Etat se vanterait devant ses pairs de pratiquer la torture, d'organiser un génocide ou d'encourager la piraterie.

Lors de la conférence de Vienne sur le droit des traités, le consensus sur le concept de base, ne fut pas difficile à atteindre. Des discussions beaucoup plus âpres portèrent sur sa mise en œuvre,

¹¹⁹ Voir en ce sens : Virally Michel. *Réflexions sur le "jus cogens"*, Annuaire français de droit international, volume 12, 1966. pp. 5-29.

¹²⁰ Gómez Robledo, Antonio, "Histoire législative du ius cogens (172)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 29 August 2016
First published online: 1981

¹²¹ Ago, Robert, "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne (Volume 134)", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 29 August 2016
First published online: 1971

sa définition, la détermination de son contenu¹²², en fait l'ensemble de ses caractéristiques. Et sur tous ces points, les Etats avaient des opinions très souvent opposées.

Certains souhaitaient que l'article relatif au jus cogens établisse une liste exhaustive des normes considérées comme impératives, d'autres au contraire arguant de la nature évolutive du contenu du jus cogens¹²³, insistaient pour qu'on ne retienne qu'une définition générale. Sur cet aspect, certains Etats auraient aimé obtenir une définition très détaillée composée d'éléments objectifs identifiables quand d'autres privilégiaient une approche moins rigide¹²⁴.

Finalement, le texte retenu dans l'article 53 n'a pas établi de liste, ce qui aurait été une aberration, et la définition reste générale :

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

Le choix final s'est donc porté vers une définition d'une nature subjective faisant référence à une opinio juris renforcée. Roberto Ago explique que pour qu'une norme soit reconnue comme impérative, elle « doit avoir été acceptée comme telle par la communauté internationale des Etats dans son ensemble. Ceci revient à dire, notamment, qu'il faut que la conviction du caractère impératif de la règle soit partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale et non seulement, par exemple, par les Etats de l'Ouest ou de l'Est, par les pays développés ou en voie de développement, par ceux d'un continent ou d'un autre. »¹²⁵

La norme de jus cogens est donc par nature universelle.

¹²² Par exemple : Conférence de Vienne sur le droit des traités, 1ère session, intervention de M. Khlestov, délégué de l'URSS, p.294 : « [...] the norms of jus cogens were those from which no derogation was permitted and which could only be modified by a subsequent norm of general international law having the same character. Treaties that conflicted with such norms were unlawful and must be regarded as void ab initio. The principle was recognized by the Commission and by many eminent jurists, such as those who had met at a conference on international law held in Greece in April 1966. However, there could be disagreement as to the nature of those norms, though everyone would admit that they included such principles as non-aggression and non-interference in the internal affairs of States, sovereign equality, national self-determination and other basic principles of contemporary international law and Article 1 and 2 of the United Nations Charter. »

¹²³ Ibidem, intervention de M. Suarez, délégué du Mexique, p. 294.

¹²⁴ Ibidem, intervention de M. Evrigenis, délégué de la Grèce, p. 294.

¹²⁵ Ago, Robert, "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne (Volume 134)", in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 29 August 2016

First published online: 1971

B. Obligations erga omnes et les principes intransgressibles du droit international coutumier.

Aux côtés du *jus cogens*, la CIJ a consacré deux autres types de normes d'une nature particulière. Les obligations *erga omnes* et les principes intransgressibles du droit international coutumier.

Les obligations *erga omnes* s'imposent à tous les Etats comme leur nom l'indique et lient tous les uns à l'égard de tous les autres, mais aussi globalement à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble.

Si le concept existe depuis les années 1950¹²⁶, il a été popularisé et a gagné en valeur normative lorsque la CIJ a consacré l'existence d'obligations *erga omnes* dans son arrêt du 5 février 1970, dit « Barcelona Traction ».

Son très fameux *obiter dictum* explique qu'aux côtés des obligations classiques du droit international, certaines sont d'une telle importance qu'elles s'imposent à tous :

*« Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes. »*¹²⁷

La Cour détaille sa définition en indiquant que ces obligations *erga omnes* portent sur des principes fondamentaux du droit international général comme la mise hors la loi de l'agression ou l'interdiction du génocide. De plus, elle exige qu'il s'agisse de règles universelles. Elle exclut de fait les normes locales ou qui n'auraient été retenues que par une certaine catégorie d'Etats.

Les principes intransgressibles du droit international coutumier sont également des constructions jurisprudentielles de la CIJ. Elle les a utilisés pour la première fois dans son Avis sur la licéité de l'usage de l'arme nucléaire de 1996.

¹²⁶ Voir : VOEFFRAY, François. *Chapitre II. Obligations erga omnes, jus cogens et actio popularis* In : *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 2004 (généré le 29 août 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1213>>. ISBN : 9782940549153.

¹²⁷ CIJ, « Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company, Limited », Belgique c. Espagne, §33.

Au paragraphe 79 de l'avis, la Cour explique :

« C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des « considérations élémentaires d'humanité », selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du Détroit de Corfou [...], que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier.¹²⁸ »

Elle réitère cet usage, toujours à l'égard du droit international humanitaire au paragraphe 157 de son avis relatif aux conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, du 9 juillet 2004. Elle précise en sus que *« les règles en question incorporent des obligations revêtant par essence un caractère erga omnes »*.

La création d'une nouvelle catégorie de normes apparemment supérieure aux règles ordinaires n'est pas allée sans faire de vagues dans la mesure où elles paraissent obscurcir le paysage juridique plutôt que de le rendre plus lisible.

Ainsi, une des principales questions posées par ces différentes catégories tient aux relations qu'elles entretiennent entre elles. En effet, si la Cour n'en donne pas la même définition exactement, les trois concepts se rejoignent visiblement. De plus, la prohibition du recours à la force et l'interdiction du génocide sont en général les deux premières règles citées lorsque l'on cherche à illustrer le contenu du jus cogens, or ce sont les mêmes exemples que la Cour utilise au sujet des obligations erga omnes. Par ailleurs, nombre d'auteurs considèrent qu'une grande partie du droit international humanitaire doit être regardé comme impératif.

La doctrine est assez divisée sur ce sujet. Certains auteurs tendent à considérer que jus cogens, obligations erga omnes et principes intransgressibles du droit international coutumier relèvent de la même réalité¹²⁹. D'autres au contraire estiment que les normes visées sont proches, parfois identiques dans leur contenu mais que le régime juridique des unes et des autres n'est pas

¹²⁸ Nous soulignons.

¹²⁹ En ce sens par exemple voir le manuel de droit international public, LGDJ, de messieurs Patrick DAILLIER, Alain PELLET et Mathias FORTEAU.

exactement similaires. Enfin certains comme le suggère la Cour à l'égard des obligations erga omnes et des principes intransgressibles, estiment que les normes impératives et les principes intransgressibles sont composés en partie d'obligations erga omnes « renforcées »¹³⁰.

S'il est délicat de trancher, il est possible de tirer quelques conclusions à l'égard de ces trois catégories. Il est interdit de déroger aux règles qui les constituent. Elles sont par essence universelles. Elles s'imposent à tous les Etats et tous les Etats, en tant que communauté, ont intérêt à les voir respecter et sont même dans certains cas contraints de les faire respecter. Elles reflètent les principes les plus fondamentaux du droit international général qui s'apparentent à des principes d'ordre public. Et pour toutes les raisons que nous venons d'exposer, elles ne sont pas placées sous le régime de la réciprocité.

L'abandon de la réciprocité dans le droit international humanitaire peut être à la fois conçu comme une indication du caractère impératif de ce droit ou au contraire comme une conséquence dudit caractère impératif. Les normes impératives ne sont pas régies par le principe de réciprocité puisqu'elles s'imposent à tous et qu'elles ne peuvent être limitées par le seul consentement réciproque des Etats. D'un autre côté, lorsque l'on cherche à déterminer si une règle est impérative, l'absence de réciprocité devient alors un indice de cette nature.

Cette absence de réciprocité traduit dans les deux cas la nature fondamentale des règles concernées parce qu'elles se rapprochent d'une morale universelle qui fait de l'homme sa valeur centrale, donc d'un impératif catégorique kantien.

II. Un droit impératif per se ?

Lorsque l'on établit les caractéristiques du *jus cogens* et qu'on tente de les appliquer au droit international humanitaire, il apparaît très vite que la plupart des règles qui le composent peuvent et devraient être considérées comme appartenant objectivement à cette catégorie de normes (A). Élément supplémentaire en faveur de cette approche, l'inaliénabilité des droits protégés par les conventions interdit aux individus eux-mêmes d'en disposer librement (B).

¹³⁰ Cf : VOEFFRAY, François. *Chapitre II. Obligations erga omnes, jus cogens et actio popularis* In : *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 2004 (généré le 29 août 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1213>>. ISBN : 9782940549153.

A. Un droit composé de règles présentant des caractéristiques identiques à celle du jus cogens.

Alexidze Levan tirant les conséquences de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 a établi quatre critères permettant l'identification d'une norme de *jus cogens* dans le droit international contemporain :

- a) La règle concernée doit être reconnue comme juridiquement obligatoire par la Communauté internationale dans son ensemble. C'est-à-dire par presque tous les Etats et en tout cas par un nombre suffisamment représentatif de toutes les tendances existantes ;
- b) le caractère impératif de la règle doit être reconnu par les Etats soit de manière expresse soit à raison de sa valeur morale et sociale fondamentale pour le fonctionnement de l'ordre public international ;
- c) toute dérogation issue du consentement mutuel de deux ou plusieurs Etats visant à diminuer la force ou la portée de ces règles doit être considérée comme nulle et non avenue ;
- d) la nullité des accords dérogatoires à un traité donné ou à une règle coutumière ne peut être évitée par les Etats même s'ils essaient de se libérer des traités ou de la coutume contenant des normes de *jus cogens*. La dénonciation d'un traité par exemple n'aura pas d'effet sur la valeur obligatoire des normes de *jus cogens*, ni le fait d'être un objecteur persistant.¹³¹

Il nous semble qu'il est possible d'examiner les règles du droit international humanitaire à partir de ces critères afin de déterminer si elles constituent des normes impératives du droit international général.

On n'entrera pas ici dans le détail de toutes les règles instaurées par le droit de Genève et le droit de La Haye. Le propre du droit international humanitaire étant la consécration de grands principes et l'adjonction de dispositions très pratiques, on ne peut considérer avec certitude que toutes les règles sont des normes de jus cogens. Mais après tout, ce ne sont pas les règles « mineures » comme celles permettant le port des insignes de grade et de nationalité aux prisonniers de guerre ou portant sur la franchise des frais de port qui posent le plus de problème durant les conflits armés.

¹³¹ ALEXIDZE Levan, « *Criteria for the identification of norms of jus cogens in international law* », in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law. Consulted online on 29 August 2016
First published online: 1981

On s'attachera dans un premier temps à tester notre argumentation à l'égard des dispositions relatives au traitement humain¹³². Toutes ces dispositions précisent que les personnes protégées doivent être traitées avec humanité et sans distinction de caractère défavorable. Elles sont le « véritable leitmotiv » du droit humanitaire.¹³³ Ce traitement humain prévoit que les personnes blessées ou malades doivent être recueillies et soignées. Il interdit les atteintes à la vie et à la personne. La torture est prohibée de même que les condamnations et les exécutions extrajudiciaires.

a) On peut difficilement douter aujourd'hui du fait que le traitement humain constitue une règle reconnue comme obligatoire par l'ensemble des Etats de la planète.

La règle est ancienne, déjà formulée dans le Manuel d'Oxford, elle a été reprise sans interruption dans tous les traités contenant des dispositions relatives au traitement des personnes tombées au pouvoir de l'ennemi. Cette longévité est déjà une première preuve de son acceptation généralisée. Mais il suffit aujourd'hui de constater qu'elle apparaît dans des conventions universellement ratifiées et qu'elle s'applique dans toutes les situations de conflits armés, internes ou internationaux pour conclure à sa nature universellement obligatoire.

Malgré tout, on peut encore citer le travail du CICR sur le droit international coutumier qui détaille toute la pratique¹³⁴ et l'opinio juris attestant de la nature également coutumière de la règle¹³⁵.

b) Le fait que cette règle soit reconnue comme obligatoire n'implique pas nécessairement qu'elle soit impérative.

Dans le cadre des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles additionnels, tous les articles qui abordent le traitement humain prévoient qu'ils s'appliquent ou « en toutes circonstances » ou « en tout temps et en tout lieu ». De plus, ils s'accompagnent tous de l'interdiction des distinctions de caractère défavorable. La rédaction même de ces dispositions indique un caractère impératif.

Comme l'affirme les commentaires des conventions de Genève, « l'exigence d'un traitement humain et la prohibition de certains actes incompatibles avec ce principe revêtent, tout comme l'obligation du respect des droits essentiels et des libertés fondamentales, un caractère général et absolu. »¹³⁶

¹³² Article 3 commun, article 12 Convention I, article 12 Convention II, article 13, Convention III et article 27 Convention IV. Articles 75 Protocole I de 1977 et article 4 Protocole II.

¹³³ Commentaire de la IIIe Convention de Genève de 1949, 1958, article 27.

¹³⁴ Voir Etude sur le droit international humanitaire coutumier, Volume II, chapitre 32, p. 1987 et s.

¹³⁵ Etude sur le droit international coutumier, Volume I, règle 87

¹³⁶ CICR, Commentaire de la IIIe Convention de Genève de 1949, 1958, article 27.

En ce qui concerne le traitement humain dans le cadre du Protocole II de 1977, les rédacteurs du projet se sont inspirés des droits irréfragables du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966. « *Ces garanties fondamentales constituent le niveau minimal de protection auquel tout individu peut prétendre en tout temps et sont à la base des droits de l'homme.* »¹³⁷ Ce lien direct entre le traitement humain et la protection des droits fondamentaux indérogables souligne, s'il le fallait encore, le sentiment partagé par les Etats, que ces droits appartiennent en propre aux êtres humains et présentent un caractère impératif. Comme le remarque Marie-Jose Domestici-Met « *[c]ette remarquable convergence des hommages vers les normes qui protègent la personne humaine tend à démontrer que, peu ou prou, en flèche ou à contrecœur, les Etats font tous allégeance aux valeurs humaines. Un ordre public nouveau se met en place, ou du moins telle est la perception instinctive que partage un nombre croissant d'observateurs.* »¹³⁸

c) Sur la question de la nullité des accords contraires, il ne nous semble pas que la question se soit jamais posée en pratique depuis l'adoption des conventions.

Cependant, les rédacteurs des Conventions de Genève ont ajouté, réagissant à la conclusion de multiples accords lors des conflits armés ayant précédé leur adoption, une disposition commune relative aux accords spéciaux aux textes¹³⁹. Les Conventions autorisent les Etats à adopter des accords supplémentaires relatifs aux conflits armés si et seulement si lesdits accords ne portent pas préjudice à la situation des personnes protégées ni ne restreignent leurs droits tels qu'ils découlent des conventions. Cette disposition est considérée comme la pierre angulaire du système de protection offerte par les conventions et protocoles puisqu'elle prohibe toute dérogation aux règles qui le composent.¹⁴⁰

De plus elle est complétée par celle relative à l'inaliénabilité des droits que nous avons étudiée plus haut¹⁴¹ et qui interdit même aux individus de renoncer à cette protection par accord avec une des parties au conflit. Tout accord défavorable devrait donc être considéré comme nul.

d) Les Etats peuvent-ils échapper à cette obligation en se libérant des conventions ou des Protocoles ? Stricto sensu, les Conventions prévoient effectivement la possibilité d'émettre des réserves et de les dénoncer.

¹³⁷ CICR, Commentaire du Protocole additionnel II de 1977, 1987, Titre II, Traitement humain.

¹³⁸ DOMESTICI-MET Marie-José, « *Du jus cogens aux normes intransgressibles* », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Paris, 2002, p. 690.

¹³⁹ Articles 6, 6, 6 et 7 des quatre Conventions prises dans l'ordre.

¹⁴⁰ CICR, Commentaire de la Première convention de Genève, 2016, article 6.

¹⁴¹ Voir PI, TI, CI, Section 1, §1, II, B.

Cependant, en ce qui concerne les réserves il est à noter qu'aucune réserve n'a été formulée à l'égard des dispositions relatives au traitement humain, pas plus qu'à celles traitant des accords spéciaux ou de l'inaliénabilité des droits. Dans la mesure où l'on ne peut formuler de réserve à un traité qu'au moment de sa signature ou de sa ratification, l'ensemble des Etats contractants a renoncé à cette possibilité aujourd'hui.

Sur la question de la dénonciation, on retiendra également que la dénonciation, bien que possible, reste encadrée. En premier lieu, elle ne saurait prendre effet si la Partie dénonçante est impliquée dans un conflit armé. En second lieu, même lorsque la dénonciation a pris effet, « *elle n'aura aucun effet sur les obligations que les Parties au conflit demeureront tenues de remplir en vertu des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* »¹⁴².

De plus, comme nous l'avons déjà dit, les dispositions relatives au traitement humain constituent aujourd'hui des règles coutumières. Aussi, un Etat dénonçant les Conventions ou les Protocoles seraient toujours tenus par le contenu de la règle. D'autant, qu'à la différence d'autres règles du droit international humanitaire, aucun Etat ne s'est jamais positionné comme objecteur persistant à l'obligation du traitement humain.

Il ne semble donc pas envisageable, qu'un Etat puisse échapper à cette obligation que ce soit en dénonçant les traités, formulant une réserve ou objectant à la formation d'une coutume déjà bien établie.

A l'issue de cette première démonstration, il nous semble que nous avons déterminé sans le moindre doute possible que l'obligation de traitement humain est une norme impérative du droit international général. Il serait long et fastidieux de reprendre tous ces points à l'égard de toutes les règles du droit des conflits armés. Pourtant, pour la majeure partie d'entre elles, cela pourrait être fait avec succès.

De fait, si on ajoute aux quatre critères généralement utilisés que nous venons d'examiner, deux critères supplémentaires identifiés par Marie-José Domestici-Met comme permettant l'identification des normes impératives. C'est bien une grande partie des dispositions du droit international humanitaire qui apparaît comme impérative.

Ces deux critères supplémentaires sont la désobjectivisation et la sanction au sens de mise en jeu de la responsabilité des individus et des Etats.

¹⁴² Articles 63 CV I, 62 CV II, 142 CV III, 158 CV IV.

La désobjectivisation tient au fait que les normes supérieures ne sont pas des droits qui appartiendraient aux Etats comme les droits subjectifs appartiennent aux individus, mais doivent être conçues comme des normes objectives d'où leur application erga omnes indépendante de l'adhésion ou non d'un Etat à la disposition conventionnelle ou coutumière. Cette désobjectivisation se traduit selon Marie-José Domestici-Met dans un premier temps par « *l'extension du droit d'agir en justice* », puis par la supervision du respect desdites normes par les Etats par des instances¹⁴³ parajuridictionnelles et enfin par la promotion obligatoire des normes supérieures¹⁴⁴.

Or, les Conventions de Genève de 1949 prévoit un mécanisme de compétence universelle qui aux articles relatifs aux sanctions pénales¹⁴⁵ en ce qui concerne toutes les infractions graves aux Conventions de Genève. La reconnaissance de la compétence universelle est un indice évident de l'extension du droit d'agir en justice.

En ce qui concerne les mécanismes parajuridictionnels, il faut tout d'abord citer la Commission internationale d'établissement des faits prévu par l'article 90 du Protocole additionnel I dont l'objectif est d'instruire de manière impartiale les plaintes concernant les violations du droit international humanitaire. Malheureusement ce mécanisme n'a encore jamais fonctionné.

Mais à ses côtés, on peut aussi retenir le Comité International de la Croix Rouge et les Nations Unies. Le premier, certes, n'a pas vocation à émettre des critiques ouvertes à l'encontre d'un Etat en particulier et ne constitue par une instance intergouvernemental, mais son statut particulier lui donne un rôle évident à jouer dans la supervision de la bonne application du droit international humanitaire en général. Les Nations Unies, en particulier le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies, se sont saisies depuis de nombreuses années maintenant de cette problématique et dénonce clairement les violations du droit des conflits armés par les Parties à un conflit, qu'elles soient étatiques ou pas et sans référence aux conventions auxquelles elles auraient pu adhérer ou pas.

Enfin, les Conventions de Genève organisent très précisément l'obligation de promotion et de diffusion du droit des conflits armés par les Etats.

¹⁴³ « *La compétence d'une instance multilatérale pour connaître d'un problème et guider la conduite des Etats implique ipso facto la désobjectivisation* » DOMESTICI-MET Marie-José, Recherche sur le concept d'ordre public international en droit international public, thèse de doctorat soutenue sous la direction de René-Jean Dupuy Nice, 1979, non publiée.

¹⁴⁴ DOMESTICI-MET Marie-José, « *Du jus cogens aux normes intransgressibles* », in Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, Paris, 2002, p. 675 et s.

¹⁴⁵ Article 49 Convention I (extraits) : « *Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante, intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.* »

L'article 1^{er} commun des Conventions de Genève qui s'appliquent à l'ensemble des conventions et au Protocole additionnel I insistent sur le fait que les conventions doivent être respectées en toutes circonstances et que les Etats doivent également s'efforcer de les faire respecter. Comme nous l'examinons plus précisément plus loin, cette obligation est générale et absolue et interdit toute dérogation aux dispositions des traités concernés.

« *This 'non-derogability' of international humanitarian law is nowadays widely accepted and may be seen as an indication of the jus cogens character of its rules.* »¹⁴⁶

Marie-José Domestici-Met introduit également l'idée que le développement des sanctions pénales et de la mise en cause de la responsabilité des Etats pour un fait internationalement illicite sont de nature à souligner le caractère impératif d'une norme. De plus, elle explique que « *la sanction contre l'auteur peut faire figure de sanction indirecte contre l'acte.* »¹⁴⁷

Les articles relatifs aux sanctions pénales que nous venons d'évoquer sous l'angle de la compétence des Etats, instaurent très précisément une responsabilité pénale individuelle des auteurs d'infractions graves aux droits des conflits armés. Cette responsabilité pénale individuelle s'est trouvée renforcée depuis par le développement de la justice pénale internationale qui objectivise encore un peu plus la sanction pénale puisqu'il revient aujourd'hui à une instance internationale de juger des crimes de guerre¹⁴⁸.

La sanction des Etats pour fait internationalement illicite n'a pas encore été pleinement consacrée dans le droit international. Cependant les sanctions non-juridictionnelles¹⁴⁹ infligées aux Etats qui se sont rendus « coupables » semblent également porter en elles, l'idée d'une responsabilité rendue objective par le caractère impératif de la norme qu'elle vient sanctionner.

Enfin, elle note que l'absence de mise en œuvre d'une norme impérative devrait pour enclencher une exécution d'office¹⁵⁰. Or, n'est-ce pas le chemin qu'a pris la communauté internationale en reconnaissant l'existence d'une responsabilité de protéger ? Responsabilité dont

¹⁴⁶ CICR, Commentaire de la Première convention de Genève, 2016, article 6.

¹⁴⁷ DOMESTICI-MET Marie-José, Recherche sur le concept d'ordre public international en droit international public, thèse de doctorat soutenue sous la direction de René-Jean Dupuy Nice, 1979, non publiée.

¹⁴⁸ « On serait même tenté d'écrire que la sanction pénale contre les individus auteurs de crimes internationaux, par son régime précis, et ses critères rigoureux est un meilleur exemple d'objectivisme que les crimes de l'Etat. » DOMESTICI-MET Marie-José, « *Du jus cogens aux normes intransgressibles* », in *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, Paris, 2002, p. 679 et s.

¹⁴⁹ Démembrement temporaire pour l'Allemagne après la seconde Guerre mondiale ; sanctions économiques contre l'Irak, destruction des capacités militaires etc.

¹⁵⁰ DOMESTICI-MET Marie-José, « *Du jus cogens aux normes intransgressibles* », in *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, Paris, 2002, p. 666.

un des piliers¹⁵¹ prévoit qu'il « *incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Dans ce contexte, nous sommes prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas et en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes, lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité.* »¹⁵² Il s'agit bien ici de se substituer à l'autorité étatique défaillante sans qu'elle puisse s'y opposer en invoquant sa souveraineté.

L'ensemble de ces éléments paraissent clairement aller dans le sens d'une nature impérative du droit international humanitaire qui ne nécessiterait pas de reconnaissance spécifique.

D'autant plus que les articles relatifs aux accords spéciaux et à l'inaliénabilité des droits ne portent pas uniquement sur le traitement humain, mais là encore sur l'ensemble des textes concernés. Aussi, cette partie-ci de notre raisonnement peut-elle être aisément étendue à la majorité des dispositions du droit des conflits armés.

Enfin, l'argument relatif à l'interdiction du recours à la force développé par Eric David, nous semble devoir aussi être cité :

*« [O]n peut soutenir la thèse que l'ensemble du droit des conflits armés [...] appartient au jus cogens puisque ce droit ne s'élève que sur les ruines du respect de cette autre règle du jus cogens qu'est l'interdiction du recours à la force ; on peut le démontrer par l'absurde : si les règles consécutives à une violation du jus cogens n'étaient pas elles-mêmes du jus cogens, leur portée obligatoire serait relative et non absolue ; or, il est douteux que telle était l'intention des Etats qui ont adopté ces règles ».*¹⁵³

¹⁵¹ Expression empruntée à la page web du Bureau du Conseiller spécial pour la prévention du génocide, « La responsabilité de protéger ». <http://www.un.org/fr/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml>

¹⁵² AGNU, Document final du Sommet mondial de 2005, Résolution du 16 septembre 2005, A/RES/60/1, §138.

¹⁵³ DAVID Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 113.

Nous souscrivons pleinement à cette idée. Même si jus ad bellum et jus in bello sont deux branches du droit distinctes et séparées pour un ensemble de raisons essentielles, elles touchent à la même situation exceptionnelle considérée aujourd'hui comme profondément contraire à l'ordre public international gouverné avant tout par la volonté d'interdire et de limiter les effets de la guerre.

B. L'inaliénabilité des droits : la consécration de la protection de l'Humanité au travers de l'individu.

L'attachement au principe d'humanité et à l'H/humanité en général est lisible dans l'ensemble du droit des conflits armés. Nous nous attarderons ici plus particulièrement sur le principe posé par les articles 7 de la Convention I, II, III et 8 de la Convention IV, celui de l'inaliénabilité des droits.

Ces articles précisent que les personnes protégées par chaque convention « *ne pourront en aucun cas renoncer partiellement ou totalement aux droits que leur assurent* » les Conventions ou les accords spéciaux plus favorables.

Cette disposition était entièrement nouvelle et avait surtout un but pratique. En effet, il avait été envisagé par les différents experts et rédacteurs que les personnes protégées par les conventions puissent faire l'objet de pressions diverses de la part des Etats au pouvoir desquels ils se seraient trouvés afin de renoncer à la protection assurée par les règles du droit international humanitaire.¹⁵⁴ L'idée ici était d'abord et avant tout d'interdire aux Etats d'envisager ce genre de pratique. D'ailleurs le texte initialement proposé par le CICR était rédigé différemment. L'obligation pesait alors directement sur les Etats parties.¹⁵⁵

A Stockholm, le texte avait été modifié et avait transféré, du moins en apparence l'obligation des Etats aux individus, personnes protégées. Dans cette nouvelle rédaction, l'interdiction du

¹⁵⁴ CICR, Dispositions communes aux quatre Conventions et au Protocole, extraits des "Règles essentielles des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels", 17 octobre 1990. <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzfrm.htm> :

« Le droit de Genève ayant pour objet de protéger les victimes de la guerre, il importait de placer ces personnes, autant que possible, à l'abri des pressions qui pouvaient être exercées sur elles pour les amener à renoncer à leurs droits. C'est pourquoi celles-ci ne peuvent en aucun cas renoncer, partiellement ou totalement, aux droits que leur assurent les Conventions et le Protocole. »

¹⁵⁵The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume III, p. 29, Annexe 17 : « The High Contracting Parties shall in no circumstances deprive prisoners of war, either wholly or in part, of the rights conferred on them by the present Convention and, where applicable, by the special agreements mentioned in the foregoing Article, even in the prisoner makes explicit request to that effect. »

renoncement n'était pas absolue. La disposition introduisait en effet l'idée que seules les renonciations opérées sous la contrainte étaient interdites.¹⁵⁶

Finalement, le texte discuté, tel que modifié à Stockholm, par les Etats lors de la Conférence de Genève prit un tour plus absolu en interdisant purement et simplement toute forme de renonciation¹⁵⁷.

Lors des débats dont il fit l'objet, plusieurs délégations soulevèrent le fait que cette nouvelle règle impliquait une restriction trop importante à la liberté des personnes protégées.¹⁵⁸ En effet, dans la mesure du possible le droit des conflits armés tente de protéger et de développer les droits des victimes des conflits et non l'inverse.

La France, de son côté, en se basant sur l'exemple de l'Alsace-Lorraine, soutint que certains prisonniers de guerre pouvaient légitimement et librement choisir de renoncer à leur statut pour s'engager dans les forces armées de la Partie au pouvoir de laquelle ils seraient tombés. Or, la nouvelle règle ne leur aurait plus permis de le faire.¹⁵⁹

Cependant, comme d'autres représentants le firent remarquer, les circonstances dans lesquelles les personnes protégées pourraient être amenées à renoncer à leurs droits ne paraissent pas pouvoir garantir une véritable liberté de choix¹⁶⁰. Comment être certain qu'aucune contrainte n'ait été appliquée par la Partie au conflit au pouvoir de laquelle ces personnes se trouveraient.

¹⁵⁶ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-A, Volume III, Annexe 18 : « Prisoners of war may in no circumstances be induced by constraint or by any other means of coercion, to abandon partially or wholly the rights conferred on them by the present Convention and, should the case arise, by the special agreements foreseen in the preceding Article. »

¹⁵⁷ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume I, p. 47 : « Wounded and sick, as also members of the medical personnel and chaplains may in no circumstances abandon partially or wholly the rights conferred upon them by the present Convention, and, should the case, by the particular agreements provided for in the foregoing Article. »

¹⁵⁸ Par exemple : The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-A, p. 17, Intervention de monsieur Gardner, représentant du Royaume-Uni : « It may seem strange for a humanitarian Conference to have inserted an Article stipulating that in no circumstances a prisoner of war may be allowed to make a free choice. »

¹⁵⁹ Ibidem, Intervention de M. Larmarle représentant de la France, p. 18 : « Mr. Lamarle indicated that the French Delegation could not support the theory voiced at the preceding meeting by the Expert of the International of the Committee Red Cross according to which the proposed or any similar text, stating, that it is forbidden to enlist prisoners of war in the armed forces of the Detaining Power. Amongst other cases, he wanted to recall, the case of the inhabitants of Alsace-Lorraine, annexed by force by the Reich in 1871, who in 1914 were taken prisoners by the French or Allied Armies and wanted to join one of them. He considered that it would be contrary to the honour of the prisoners of war, to hinder them to serve in the armies of the Power who captured them. »

¹⁶⁰ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-A, p.18, intervention de monsieur Castberg, représentant de la Norvège :

De même que la rédaction du texte a progressivement évolué vers une obligation partagée garantissant l'indérogeabilité des droits garantis par la Convention, le titre de l'article a lui aussi été modifié afin de devenir une affirmation universelle sans compromis. Dans le projet de convention, la disposition portait simplement le nom de « Droits acquis », dénomination qui n'a certainement pas la même force que « droits inaliénables ». C'est un amendement finnois qui proposait qu'on revienne au premier texte proposé par le CICR qui introduisit la notion d'inaliénabilité. L'amendement en lui-même fut rejeté, mais l'idée d'inaliénabilité demeura, bien qu'au départ, le comité chargé d'étudier et de discuter le texte, qualifie la formule de droits inaliénables de tautologie¹⁶¹.

La disposition telle que finalement adoptée a ainsi gagné tant en force juridique qu'en force symbolique. En effet, en affirmant qu'en aucune circonstance les personnes protégées ne pouvaient renoncer aux droits garantis par les Conventions et en qualifiant ces droits d'inaliénable, les Etats acceptèrent d'introduire l'idée que ces règles étaient moins des concessions accordées par les Etats que des droits directement liés à la nature humaine des personnes protégées.

On se rapproche beaucoup ici du droit international des droits de l'homme et l'on perçoit l'influence de la Déclaration universelle des Droits de l'homme dont le Préambule prévoit précisément la reconnaissance « *de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables* ».

Là encore, on s'éloigne de ce fait de l'idée d'un échange de bons procédés entre parties au conflit basé sur une réciprocité des obligations pour se rapprocher de celle d'un corpus juridique universel que le droit des conflits armés se doit de respecter et de faire respecter. Les Etats n'accordent pas tant qu'ils acceptent de se soumettre.

Comme le commentaire de 1952 le souligne, la force juridique de ces droits garantis a également cru du fait qu'ils sont effectivement sanctionnés et que les individus peuvent réclamer leur respect, même si les moyens effectifs sont encore limités.

« Supposing an agreement was reached between the Detaining Power and prisoners of war or detained civilians, according to which the latter would renounce to the rights given to them by the Convention, Mr. Castberg thinks that it would be very difficult to prove that coercion or pressure have been used. Powers who obtained a renunciation will have no difficulty in asserting that it was obtained with the free consent of those concerned, and for their part, the latter might confirm this allegation. The only way to ensure the sought for protection would be to set up in a general ruling the invalidity of renunciation of the rights given by the Convention. »

¹⁶¹ Ibidem p. 110.

La règle posée par les articles 7,7,7 et 8 dans sa forme définitive permet également d'avancer une autre idée. Comme nous l'avons mentionné, la décision de rédiger la disposition sous la forme d'une interdiction faite aux personnes protégées et sous la forme classique d'une obligation reposant sur les Hautes Parties contractantes est assez inhabituelle.

La lecture des travaux de la conférence de Genève interdisent d'y voir réellement l'introduction de la reconnaissance directe d'obligations faites aux individus par la Convention, du moins en 1949. Cependant, dans les faits, le droit des conflits armés imposent des obligations aux individus qui peuvent, aujourd'hui, être poursuivis s'ils ne les respectent pas, indépendamment de la position officielle de la Partie qu'il représente.

Ainsi, nous ne pouvons qu'acquiescer avec le commentaire de 1952 qui se termine ainsi :

« Quoiqu'il en soit, il est permis de voir dans les termes de l'article considéré sinon une obligation, du moins une indication, voire un avertissement adressé directement aux blessés ou aux malades ainsi qu'au personnel sanitaire : en contrepartie du caractère de droits individuels qui a été donné aux règles de la Convention dans l'intérêt même des personnes protégées, celles-ci doivent, par leur propre attitude, par leur fidélité au statut conventionnel, par leur refus de toute dérogation, même s'il leur en coûte, contribuer à maintenir et à renforcer la nature inaliénable de leurs droits. »¹⁶²

Les individus eux-mêmes ont la responsabilité de protéger leur humanité et ne peuvent en aucun cas y renoncer, même librement. Les droits garantis de la dignité humaine ne sont pas négociables.

Même si comme nous venons de tenter de le démontrer, le droit des conflits armés devrait être regardé comme impératif per se, il ne faut pas négliger les reconnaissances officielles et précises opérées par les juridictions internationales qui ont le mérite de confirmer une position doctrinale.

¹⁶² Commentaire aux Conventions de Genève 1952, article 7 Convention I.

§2. De nombreuses règles du droit internationale humanitaire reconnues comme normes de jus cogens par les juridictions internationales.

On ne donnera ici qu'un bref aperçu de la situation dans la jurisprudence de la Cour internationale Justice (I) et du Tribunal pénal international (II), afin surtout d'éclairer la question.

I. Une reconnaissance discutable par la CIJ.

Selon les points de vue, la CIJ a d'ores et déjà reconnu à plusieurs reprises la nature impérative du droit international humanitaire ou au contraire semble tourner autour de la notion sans jamais se décider à franchir la ligne d'arrivée.

Si l'on adopte l'opinion des auteurs qui considèrent qu'obligations erga omnes, principes intransgressibles du droit international coutumier et jus cogens désignent peu ou prou la même réalité. Alors dans ce cas, la CIJ a effectivement déclaré à plusieurs reprises que les grands principes du droit international humanitaire étaient des normes générales et absolues.

Nous pouvons tout de même observer une évolution dans sa jurisprudence. La première déclaration notable en matière de droit international humanitaire de la CIJ se trouve dans l'affaire du Détroit de Corfou, du 9 avril 1949 à son paragraphe 22 :

« Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats. »

La Cour exclut donc le recours au droit humanitaire ici, assez justement d'ailleurs, mais l'intérêt est qu'elle utilise ce qu'elle appelle "des considérations élémentaires d'humanité" applicables selon la Cour aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix. Cette référence renvoie à la Clause de Martens. Elle déclare qu'il s'agit de principes généraux du droit international, donc applicable à tous les Etats et que ces principes sont absolus, donc indérogeables.

Par la suite, la Cour reprend l'expression considérations élémentaires d'humanité directement cette fois à l'égard des principes du droit humanitaire applicables en période de conflit

armé et faisant directement référence à son arrêt Détroit de Corfou, en 1986 dans l'affaire Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua.

Elle précise au paragraphe 220 de sa décision que « l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits ; il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 « des considérations élémentaires d'humanité ».

Si ce sont des considérations élémentaires d'humanité au sens de l'arrêt de 1949, elles sont donc également absolues.

Il faut attendre 1996 et l'avis sur la licéité de l'usage de l'arme nucléaire pour qu'une avancée notable soit faite comme nous l'avons expliqué précédemment. La qualification par la Cour d'un grand nombre de règles du droit international humanitaire de principes intransgressibles du droit international coutumier, confirmée dans son avis relatif à la construction de mur, est certainement son affirmation la plus forte à ce jour.

Pour certains auteurs comme Eric David¹⁶³, Hisakazu Fujita, ou Louise Oswald Beck, ces principes intransgressibles sont des normes impératives du droit international humanitaire. Et si l'on suit leur raisonnement dans ce cas, en effet, la CIJ considère que la majeure partie du droit international humanitaire appartient au jus cogens.

D'autres auteurs, comme Luigi Condorelli¹⁶⁴ ou Vincent Chetail¹⁶⁵, estiment au contraire que si la Cour refuse d'employer le vocable exact de jus cogens ou de normes impératives c'est qu'elle doit bien avoir une bonne raison et qu'ainsi, il faut considérer qu'il existe une différence entre jus cogens et principes intransgressibles du droit international humanitaire. Emmanuel Decaux décrit plutôt une avancée lente et alambiquée autour du concept. « L'idée émergeait peu à peu, lorsque la

¹⁶³ DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p.107 et s., DAVID Eric, « L'avis de la CIJ sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires », RICR n°823, 28 février 1997, FUJITA Hisakazu, « Au sujet de l'avis consultatif de la CIJ rendu sur la licéité des armes nucléaires », RICR, n°823, 23 février 1997.

¹⁶⁴ CONDORELLI Luigi, « La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires : *juria non novit curia ?* », RICR, n°823, 23 février 1997.

¹⁶⁵ Chetail Vincent, « The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law », RICR, Juin 2003, vol. 85, n°850.

Cour parlait de « principes essentiels », de « principes cardinaux », de « principes intransgressibles », voire « d'obligations impératives », sans jamais prononcer le mot tabou de *jus cogens*. »¹⁶⁶

De notre point de vue, si la Cour avait reconnu très officiellement que les grands principes du droit humanitaire faisaient partie du *jus cogens*, il eut été encore plus difficile d'expliquer le point E de son dispositif où elle admet que dans certains cas extrême de légitime défense dans lesquels la survie de l'Etat serait engagée, il serait possible de passer outre lesdits principes. Aussi était-ce peut-être une manière de contourner le problème. En ne reconnaissant jamais précisément qu'une règle appartient au *jus cogens*, la CIJ se préserve la possibilité de ne pas la faire primer sur toutes les autres ou de devoir arbitrer entre deux normes de même valeur.

La Cour n'a fini par céder en 2006 et a utilisé explicitement la notion de *jus cogens* à l'égard de l'interdiction du génocide dans l'affaire « Activités armées sur le territoire du Congo ». ¹⁶⁷ Au bout du compte, on imagine mal, en effet, que même la survie de l'Etat puisse justifier un génocide.

II. Une approche plus affirmée de la question par le TPIY.

Le Tribunal pénal international s'est montré moins timide que la CIJ et a fait usage de l'expression *jus cogens* armés dès 1998 dans l'affaire Furundzija¹⁶⁸.

Le TPIY fait de l'interdiction de la torture une norme impérative du droit international dans le paragraphe 153 de son jugement.

« En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire". La

¹⁶⁶ DECAUX Emmanuel, « Déclarations et Conventions en droit international », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°21, janvier 2007.

¹⁶⁷ CIJ, « Activités armées sur le territoire du Congo », République démocratique du Congo c. Rwanda, 3 février 2006, §64 :

« La Cour commencera par réaffirmer que « les principes qui sont à la base de la convention [sur le génocide] sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel » et que la conception ainsi retenue a pour conséquence « le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire « pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux » (préambule de la convention) [...] Il en résulte que « les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations erga omnes»[...] Il en va de même quant aux rapports entre les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) et l'établissement de la compétence de la Cour : le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant un tel caractère, ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide, ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître. En vertu du Statut de la Cour, cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties. »

¹⁶⁸ TPIY, « Furundzija », chambre de 1^{ère} instance, 10 décembre 1998.

conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative. »

Il est vrai que le tribunal ne fait pas mention du droit des conflits armés dans cette partie de sa décision mais seulement des principes généraux protégeant les droits fondamentaux de l'homme. Mais il n'en reste pas moins que l'interdiction de la torture fait pleinement partie du droit international humanitaire.

Plus intéressant encore, la chambre de 1^{ère} instance du TPIY, dans l'affaire Kupreskic Zoran et consorts, un an plus tard reprenait l'expression et cette fois à l'égard de l'ensemble du droit humanitaire :

« En outre, **la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou jus cogens, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger.**¹⁶⁹ L'une des conséquences de l'appartenance à cette classe est que, si les normes en question sont exprimées dans un traité, contrairement à la règle générale exposée à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la violation substantielle de cette obligation conventionnelle par l'une des parties ne saurait être invoquée par l'autre comme motif d'annulation ou de suspension de l'application du traité. L'article 60 5) précise que les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans les traités de caractère humanitaire, notamment celles qui excluent toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités, font exception à cette réciprocité ou, en d'autres termes, que le principe *inadimplenti non est adimplendum* ne s'applique pas. »¹⁷⁰

L'intérêt de cet argumentaire dans le cadre de notre travail tient au fait que c'est justement pour contrer l'argument du tu quoque, que la chambre de 1^{ère} instance affirme que les règles du droit international humanitaire sont impératives et qu'ainsi il n'est pas possible de se soustraire à leur application en arguant d'une violation initiale par une des autres parties au conflit.

Le Tribunal explique également que ce statut de jus cogens traduit en fait l'évolution du droit qui ne sert plus les intérêts des Etats mais à vocation à protéger « ceux des personnes en leur qualité d'êtres humains ». ¹⁷¹

¹⁶⁹ Nous soulignons.

¹⁷⁰ TPIY, « Kupreskic Zoran et consorts », chambre de 1^{ère} instance, 14 janvier 2000, §520.

¹⁷¹ Ibidem, § 517.

CHAPITRE II : La quasi-universalité du droit international humanitaire.

L'ensemble des règles fondamentales du droit international humanitaire font aujourd'hui partie du droit positif international et s'impose à tous, Etats, organisations internationales et individus. Ses règles les plus fondamentales ont été consacrées dans des textes qui bénéficient d'une large adhésion de la part des Etats (Section 1). De plus, elles constituent un domaine privilégié du développement coutumier (Section 2).

Section 1. Des conventions massivement ratifiées.

Cette étape bien qu'obligée, ne fait que rappeler ce que tout le monde sait : les Conventions de Genève de 1949 ont été universellement ratifiées. Ce n'est toutefois pas le cas de l'ensemble des Conventions relatives au droit de la guerre.

On se contentera ici d'un rapide tour d'horizon d'éléments largement connus et référencés.

Parmi tous les traités applicables dans les conflits armés¹⁷², tous n'ont pas eu le même succès que les Conventions de Genève. Si l'on se réfère à la liste fournie par le CICR, on constate que la plupart des textes majeurs dépassent le plus souvent la centaine de ratifications sans toutefois atteindre l'universalité.

En 2016, on ne dénombre que quatre conventions véritablement universellement ratifiées. Ce sont les Conventions de Genève de 1949, auxquelles ont adhéré cent-quatre-vingt-seize Etats, c'est-à-dire la totalité des Etats du monde.

Il faut noter également l'empressement des nouveaux Etats à ratifier ces Conventions. Ce fut par exemple le cas du Monténégro en 2006 et du Soudan du Sud en 2013.

Le fait que le Sud Soudan n'ait ratifié depuis son indépendance en 2013 que huit conventions relatives au droit humanitaire donne une indication de l'importance symbolique des Conventions de 1949 et de leurs Protocoles additionnels.

Dans le corpus rattaché à la protection des personnes, seules la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 et la Convention sur l'interdiction des armes chimiques de 1993 talonnent les Conventions de Genève en réunissant respectivement cent-quatre-vingt-quinze et cent-quatre-vingt-dix Etats membres.

¹⁷² On prend ici comme référence la liste des traités établie par le CICR sur son site Internet à cette adresse : [https://www.icrc.org/applic/ihl/droit international humanitaire.nsf/vwTreatiesByDate.xsp?redirect=0](https://www.icrc.org/applic/ihl/droit%20international%20humanitaire.nsf/vwTreatiesByDate.xsp?redirect=0)

Quant aux autres nombreuses conventions et traités qui ont trait aux conflits armés, certains tendent à l'universalité sans pourtant l'atteindre comme les Protocoles de 1977 aux Conventions de Genève de 1949. Le Protocole I a été ratifié par cent-soixante-quatorze Etats, et le Protocole II relatif aux conflits armés internes, par cent-soixante-huit.

Il s'ensuit que les seules Conventions exclusivement de droit international humanitaire formellement universelles sont les quatre Conventions de Genève de 1949, qui portent cependant en elles tous les grands principes du droit international humanitaire.

Dans la mesure où les Conventions de 1949 (§1) et leurs Protocoles (§2) regroupent l'essentiel des règles du droit international humanitaire nous les étudierons successivement.

§1. Les Conventions de Genève de 1949, socle fondamental du droit international humanitaire.

Les Conventions de Genève de 1949 continuent, en raison du mouvement d'adhésion dont elles ont bénéficié, de constituer le socle fondamental du droit humanitaire tant au niveau juridique que symbolique. Certes les circonstances de leur élaboration ne peuvent réellement apparaître universelles (I). Cependant le fait que les Etats nouveaux apparus depuis leur adoption aient tous choisi de les ratifier prouve que ce défaut originel n'est pas insurmontable. L'étude des réserves émises démontrent également l'unanimité dont elles font l'objet (II).

I. Elaboration des conventions.

L'universalité de l'adhésion aux conventions ne doit toutefois pas faire oublier que les circonstances de leur élaboration n'ont pas permis la participation de tous les Etats qui les ont ratifié à ce jour.

Tous n'ont pas participé à la conférence diplomatique de 1948. Principalement d'ailleurs en raison de leur inexistence. En effet, en 1949, la décolonisation commençait à peine.

Pourtant si on regarde l'historique de la préparation des Conventions, on s'aperçoit bien vite, qu'à défaut d'être irréprochables quant à l'universalité des débats et des participants, la conférence s'en est rapprochée autant qu'il était possible à l'époque.

Le Comité International de la Croix Rouge avait ressenti, dès après la fin de la première guerre mondiale, la nécessité d'opérer une codification de la coutume et de développer les normes relatives aux populations civiles. Ces dernières se résumaient à une dizaine d'articles des

Conventions de La Haye de 1907 qui se révélèrent rapidement insuffisants face à l'évolution des conflits armés du XXe siècle¹⁷³. Le déclic diplomatique ne s'opéra malheureusement qu'à la fin de la deuxième Guerre Mondiale, sur le thème bien connu du : « Plus jamais ça ! ». Il est vrai que depuis la bataille de Solferino le 24 juin 1859, le droit des conflits armés s'est essentiellement développé par sursaut, en réaction à des conflits toujours plus meurtriers.¹⁷⁴

En 1945, le Comité décida donc de convoquer une Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge¹⁷⁵ afin de s'appuyer sur leur expérience pratique, puis proposa la réunion d'une conférence d'experts gouvernementaux, qui eut lieu du 14 au 21 avril 1947.

Quinze Etats participèrent à cette réunion, les Etats-Unis, la Chine, le Royaume-Uni, la France, l'Australie, la Belgique, le Brésil, le Canada, l'Inde, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, la Tchécoslovaquie et l'Union d'Afrique du Sud. Bien qu'invitées, l'Union Soviétique, la Yougoslavie et la Grèce décidèrent de ne pas envoyer d'experts.

La première observation possible est que cette première réunion de 1947 ne réunissait peut-être pas toutes les grandes aires culturelles, ni toutes les grandes tendances idéologiques de l'époque mais n'était pas exclusivement occidentale.

La proposition fut faite de convoquer une deuxième conférence d'experts¹⁷⁶ afin que les pays du bloc soviétique y participent. Mais ce projet fut abandonné et le 11 mai 1948, la Suisse annonça qu'elle convoquerait une Conférence diplomatique à la fin de 1948 ou au début de 1949.

Le CICR soumit son projet pour les quatre Conventions à la XVII Conférence internationale de la Croix Rouge qui regroupait une cinquantaine d'Etats.

Enfin, le 21 avril 1949 s'ouvrit à Genève la Conférence diplomatique qui permettrait l'adoption des Conventions de Genève.

« Soixante-quatre pays, soit la quasi-totalité des Etats du monde, y participent : cinquante-neuf¹⁷⁷ à part entière, comme délégués, et cinq comme observateurs¹⁷⁸. »¹⁷⁹

¹⁷³ En ce sens : PICTET Jean, « *La formation du droit international humanitaire* », RICR, juin 2002, n°846, pp. 321-344 ; Rey-Schyr (C.), « *Les Conventions de Genève de 1949 : une percée décisive, première partie* », RICR n°833, 30 juin 1999, pp.209-239 ;

¹⁷⁴ En ce sens : DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 54 et s.

¹⁷⁵ La conférence se déroula du 26 juillet au 3 août 1946.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Afghanistan, République Démocratique d'Albanie, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, République socialiste soviétique de Biélorussie, République de l'Union de Birmanie, Bolivie, Brésil, République Populaire de Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Cuba, Danemark, Egypte, Equateur, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Ethiopie, Finlande, France, Grèce, Guatemala, République Populaire hongroise, Inde, Iran, République d'Irlande, Israël, Italie, Liban, Liechtenstein, Luxembourg, Mexique, Monaco, Nicaragua, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Pays-Bas, Pérou, Portugal, République populaire roumaine, Royaume-Uni, Saint-

Ce sont les projets de conventions adoptés lors de la XVII Conférence Internationale de la Croix Rouge qui seront retenus comme base de travail.

Les plénipotentiaires orientèrent leur travail de manière à ce que tous donnent leur accord, puisque tous étaient conscients que le respect du droit humanitaire dépend pour une grande part de son universalité.

Lors de la trente-sixième assemblée plénière furent adoptées les quatre conventions de Genève. La convention I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, à 47 voix sans opposition, la Convention II, pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, à 48 voix sans opposition, la Convention III relative au traitement des prisonniers de guerre, à 49 voix, c'est-à-dire tous les votants, enfin, la Convention IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, à 47 voix sans opposition.

En 1950, le nombre de signatures atteignait la soixantaine, parmi lesquelles celles des cinq membres permanents du Conseil de Sécurité.

Malgré cette unanimité, des conventions adoptées alors que pas même la moitié des Etats parties à l'heure actuelle existait, peuvent-elles être considérées comme ayant un contenu universel ?

Le premier élément de réponse peut sembler négatif puisqu'il est établi que du point de vue matériel, les conditions présidant à l'adoption des conventions ont empêché qu'elles puissent spontanément être reconnues comme universelles, faute de la participation de la majeure partie du monde. Cependant, si on observe, les mécanismes d'élaboration et les cultures représentées cette prévention tend à s'effacer.

En effet, comme on l'a vu plus haut, le Comité International de La Croix Rouge a travaillé sur la base des souffrances vécues durant les deux guerres mondiales qui ont affecté un très grand nombre de pays. Ce qui permet d'affirmer que les Conventions reflètent des besoins réellement rencontrés et

Siège, El Salvador, Suède, Suisse, Syrie, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Turquie, République socialiste soviétique d'Ukraine, URSS, Uruguay, Venezuela.

¹⁷⁸ République dominicaine, Japon, Pologne, République de Saint-Marin, République fédérative de Yougoslavie.

¹⁷⁹ Rey-Schyr (C.), « *Les Conventions de Genève de 1949 : une percée décisive, première partie* », RICR n°833, 30 juin 1999, pp.209-239, www.icrc.org

non des idées ou des principes abstraits. Comme l'affirmait Jean Pictet, « il faut « coller » aux faits, sans quoi ce serait une œuvre vaine, détachée des réalités. »¹⁸⁰

Est-ce que les réponses apportées étaient transculturelles ? Ceci n'est pas évident mais la démarche adoptée voulait vraisemblablement permettre la plus grande universalité.

Les Sociétés nationales de la Croix Rouge ont été amenées à participer à l'élaboration des projets de Conventions. Des représentants de la société civile d'un grand nombre de pays ont ainsi pu donner leur avis. Ce qui prouve la volonté du CICR de fonder les Conventions sur quelque chose de plus vaste que le seul consensus diplomatique.

Si la composition de la Conférence des experts reste critiquable en raison de l'absence des pays du bloc communiste¹⁸¹ et de la seule présence de l'Union d'Afrique du Sud, comme représentante de l'Afrique¹⁸², la participation de la Chine, de l'Inde et du Brésil assure que ne furent pas uniquement représentés les intérêts et positions des pays du « Nord ». Malgré tout, le rapport de proportionnalité demeure largement en faveur de l'Occident qui compte une dizaine de représentants à lui seul contre trois pour toutes les autres aires de civilisations réunies. Il faut cependant rappeler qu'à l'époque une grande partie du monde n'était pas encore décolonisée, ce qui explique le faible ratio des pays du sud.

La proportion s'est légèrement améliorée lors de la Conférence diplomatique de 1949, qui a accueilli soixante-quatre pays. En effet, même si l'Afrique ne comptait toujours qu'un seul représentant, l'Ethiopie faisait meilleure figure que l'Union d'Afrique du Sud, l'Amérique Latine, était la mieux représentée après l'Occident avec seize pays, puis venaient les pays du bloc soviétique avec dix Etats, sept pays représentaient le Moyen-Orient et la culture islamique, l'Inde, comme la Chine participaient, ainsi que trois autres pays d'Asie. Ce qui porte le total des Etats non-occidentaux à trente-cinq contre vingt-trois Etats rattachés à l'Occident libéral.

Certes, toutes les autres cultures sont peu représentées par rapport à la surreprésentation de l'Occident, mais elles le sont, elles ont pris part aux discussions et aux votes. Leur influence pouvait être d'autant plus forte que la volonté affirmée était celle d'avoir recours le moins possible au vote à

¹⁸⁰ PICTET Jean, « *La formation du droit international humanitaire* », RICR, juin 2002, n°846, p. 328.

¹⁸¹ En 1947, la Tchécoslovaquie n'appartient pas encore au bloc communiste. Elle devient une république socialiste à la suite de la prise du pouvoir par le parti communiste tchécoslovaque lors du Coup de Prague en février 1948.

¹⁸² Bien qu'au sortir de la seconde Guerre mondiale, Jan Smuts, alors premier ministre, ait envisagé la libéralisation du système de discrimination raciale, l'Union d'Afrique du Sud (ou Union Sud-Africaine) est, en 1947, un état raciste fondé sur la domination des blancs sur les hommes de couleur. Et il va le rester avec la mise en place de l'apartheid dès 1948 après la défaite du Parti Uni de Jan Smuts. C'est pourquoi il est difficile de considérer l'Union d'Afrique du Sud comme un représentant légitime de l'Afrique.

la majorité et de toujours parvenir à un certain consensus entre les Etats, même si cela n'a pas toujours été possible.

Aujourd'hui et malgré cette faille dans la représentation des cultures en 1949, les quatre Conventions de Genève de 1949 font partie des rares traités internationaux réellement universels.

II. La question des réserves.

Afin de s'assurer de l'universalité réelle d'un texte, il faut encore s'intéresser aux réserves émises lors de l'adhésion des différents Etats. En effet, certaines sont de nature à ôter toute portée réelle au texte. Evidemment de telle réserve ne sont pas autorisées par le droit international et ne peuvent être considérées comme valables juridiquement, mais elles traduisent une réticence à accepter définitivement les normes consacrées par un texte.

Les réserves aux Conventions de Genève ne sont pas nombreuses, surtout si on ne s'intéresse qu'à celles encore valables¹⁸³. Seuls quatorze Etats¹⁸⁴ maintiennent de véritables réserves à ce jour. Sont mises de côté les simples déclarations ainsi que le cas particulier des relations entre Israël et certains pays de la péninsule arabique.¹⁸⁵

Les réserves se concentrent principalement sur quelques dispositions. A un ou deux détails près ces réserves sont souvent formulées de la même manière.

La première catégorie de réserves porte sur une partie des dispositions aux substituts des Puissances protectrices prévues aux articles 10 des Conventions I, II et III et 11 de la Convention IV.¹⁸⁶

¹⁸³ Ainsi certains Etats ont pu retirer des réserves émises lors de leur adhésion. C'est le cas du Royaume-Uni qui a retiré sa réserve concernant l'article 68 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Dans cette réserve, le Royaume-Uni précisait qu'il appliquerait la peine de mort même si la législation du territoire occupée de le prévoyait pas. Le retrait de cette réserve décidé en 1971 concerne moins le droit humanitaire que l'évolution du droit britannique vers l'abolition de la peine de mort à cette période.

¹⁸⁴ Albanie, Angola, Chine, Etats-Unis, Fédération de Russie, Guinée Bissau, Ex-République Yougoslave de Macédoine, Pakistan, Portugal, République de Corée, Suriname, Uruguay, Vietnam.

¹⁸⁵ Certains Etats ont développé comme pratique systématique lors de leur adhésion à un texte international auquel est également partie Israël de produire une déclaration, dans laquelle ils précisent que leur adhésion n'entraîne pas la reconnaissance tacite de l'Etat d'Israël.

Dans le cadre des Conventions de Genève cette pratique a été suivie par la République de Corée, qui en des termes plus discrets indique qu'elle ne reconnaît pas, au moment de son adhésion en 1966, la Corée du Nord.

¹⁸⁶ Extrait des articles 10 Convention I, II, III et 11 Convention IV : « Si une protection ne peut être ainsi assurée, la Puissance détentrice devra demander à un organisme humanitaire, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, d'assumer les tâches humanitaires dévolues par la présente Convention aux Puissances protectrices ou devra accepter, sous réserve des dispositions du présent article, les offres de services émanant d'un tel organisme.

Toute Puissance neutre ou tout organisme invité par la Puissance intéressée ou s'offrant aux fins susmentionnées devra, dans son activité, rester conscient de sa responsabilité envers la Partie au conflit dont

Toutes les réserves émises par les huit Etats réservataires¹⁸⁷ indiquent qu'en cas de substitution de Puissance protectrice, le consentement de la Puissance d'origine sera requis. Si cette précision ne contrevient pas à l'esprit du texte qui vise à assurer la protection des personnes au pouvoir d'une des Parties au conflit, elle pourrait soulever quelques difficultés dès lors, par exemple, que la Puissance d'origine a cessé d'exister.

La seconde catégorie a trait aux articles 12 de la Convention III et 45 de la Convention IV. Ces deux articles régulent des situations légèrement différentes dans la mesure où l'un traite du cas des prisonniers de guerre et l'autre plus généralement des personnes civiles protégées au pouvoir d'une Puissance partie au conflit. Toutefois, le point sur lequel porte les réserves est commun¹⁸⁸ aux deux articles¹⁸⁹. Il s'agit de la question de la responsabilité de l'Etat pour le traitement des personnes protégées détenues (prisonniers ou étrangers sur le territoire d'une partie au conflit) en cas de transfert de ces derniers à une autre Puissance. Ainsi qu'en font état les commentaires aux Conventions de Genève, ce point a fait l'objet de débats importants lors de la réunion des experts et lors de la conférence de 1949.

La responsabilité du traitement des personnes protégées incombe au premier chef à la Puissance détentrice initiale, soit Puissance de capture, soit Puissance sur le territoire de laquelle se trouvent les personnes protégées. Les difficultés surgissent lorsque les personnes protégées sont transférées à une autre Puissance. Dans ce cas, qui supportera la responsabilité du traitement de ces personnes, la Puissance détentrice initiale ou la Puissance d'accueil ? Les avis étaient très partagés mais un compromis a fini par être trouvé. Il a été décidé que la responsabilité sera transférée à la Puissance d'accueil, mais que si celle-ci venait à manquer à ses obligations la Puissance détentrice devrait faire

relèvent les personnes protégées par la présente Convention, et devra fournir des garanties suffisantes de capacité pour assumer les fonctions en question et les remplir avec impartialité. »

¹⁸⁷ Albanie, Chine, Russie, Guinée Bissau, Macédoine, Portugal, République démocratique populaire de Corée, Vietnam.

¹⁸⁸ Ce qui explique d'ailleurs que les Etats ayant émis une réserve à l'égard de l'un l'ait presque systématiquement fait à l'égard de l'autre. Il s'agit de l'Albanie, de la Chine, de la Russie, de la Macédoine, de la République démocratique et populaire de Corée et du Vietnam. La Guinée Bissau n'a émis une réserve qu'au seul article 45 de la Convention IV.

¹⁸⁹ Extrait de l'article 12 Convention III : « Les personnes protégées ne pourront être transférées par la Puissance détentrice à une Puissance partie à la Convention qu'après que la Puissance détentrice s'est assurée que la Puissance en question est désireuse et à même d'appliquer la Convention. Quand les personnes protégées sont ainsi transférées, la responsabilité de l'application de la Convention incombera à la Puissance qui a accepté de les accueillir pendant le temps qu'elles lui seront confiées. »

Extrait de l'article 45 Convention IV : « Les personnes protégées ne pourront être transférées par la Puissance détentrice à une Puissance partie à la Convention qu'après que la Puissance détentrice s'est assurée que la Puissance en question est désireuse et à même d'appliquer la Convention. Quand les personnes protégées sont ainsi transférées, la responsabilité de l'application de la Convention incombera à la Puissance qui a accepté de les accueillir pendant le temps qu'elles lui seront confiées. Néanmoins, au cas où cette Puissance n'appliquerait pas les dispositions de la Convention, sur tout point important, la Puissance par laquelle les personnes protégées ont été transférées devra, à la suite d'une notification de la Puissance protectrice, prendre des mesures efficaces pour remédier à la situation, ou demander que les personnes protégées lui soient renvoyées. Il devra être satisfait à cette demande. »

en sorte de faire cesser les violations, au besoin en rapatriant les personnes protégées. Si le texte ne le précise pas, il est clair, que la Puissance de capture sera considérée comme responsable des violations du droit si elle n'agit pas en conformité avec le texte des articles 12 et 45, dès lors qu'elle a pris connaissance des manquements de la Puissance d'accueil.¹⁹⁰

Les Etats qui ne se sont pas rendus au compromis choisis l'ont indiqué au travers de ces réserves¹⁹¹. Ils précisent donc que pour eux la Puissance de capture restera responsable du traitement des prisonniers de guerre.

Parmi les autres articles ayant fait l'objet de plusieurs réserves identiques, on trouve l'article 85 de la Convention III.

L'article 85 de la Convention III traite de la situation des prisonniers de guerre qui seraient poursuivis pour des infractions commises avant d'avoir été faits prisonniers. L'article prévoit qu'ils continueront de bénéficier du statut et du traitement de prisonniers de guerre. Six Etats¹⁹² se sont opposés à ce choix et ont indiqué dans leur réserve que les combattants condamnés pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité devraient être traités comme des prisonniers de droit commun.

Dernier article à l'égard duquel plusieurs réserves ont été émises, l'article 68¹⁹³ règle la question de l'application de la peine de mort. Elle l'exclut dès lors qu'elle n'était pas prévue préalablement par la législation du territoire occupé. Quatre Etats¹⁹⁴ ont précisé qu'ils n'entendaient pas être liés par cette disposition et qu'ils appliqueraient la peine de mort s'ils le jugeaient nécessaire.¹⁹⁵

Cette précision s'éloigne plus nettement de l'esprit du texte de la Convention, sans toutefois y contrevenir réellement. Il réduit tout de même drastiquement la protection des personnes concernées par ces dispositions.

¹⁹⁰ Voir les Commentaires de 1960 disponibles à cette adresse :

https://www.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=B4CE1B5057369DFEC12563BD002CB3A5

¹⁹² Albanie, Angola, Chine, Russie, République démocratique populaire de Corée, Vietnam.

¹⁹³ Extrait de l'article 68 Convention IV : « Les dispositions d'ordre pénal promulguées par la Puissance occupante conformément aux articles 64 et 65 ne peuvent prévoir la peine de mort à l'égard des personnes protégées que dans les cas où celles-ci sont coupables d'espionnage, d'actes graves de sabotage des installations militaires de la Puissance occupante ou d'infractions intentionnelles qui ont causé la mort d'une ou plusieurs personnes et à condition que la législation du territoire occupé, en vigueur avant le début de l'occupation, prévoie la peine de mort dans de tels cas. »

¹⁹⁴ Etats-Unis, Pakistan, République de Corée, Suriname,

¹⁹⁵ On peut noter que l'Uruguay, au contraire a fait savoir qu'ayant interdit la peine de mort de manière absolue, cet article ne le concernait pas. Dans le même sens, cet Etat a émis des réserves à l'égard de tous les articles prévoyant la mise en œuvre de la peine capitale.

Les seules réserves qui, selon nous, devraient être considérées comme contraire aux conventions sont celles formulées par la Guinée Bissau et le Vietnam au sujet des dispositions définissant les personnes protégées. La Guinée Bissau exclut systématiquement du bénéfice des conventions les personnes décrites par le paragraphe 2 des articles 13 de la Convention I et II et de l'article 4 de la Convention III¹⁹⁶. Le Vietnam leur refuse simplement le statut de prisonnier de guerre.¹⁹⁷

Quant aux quelques autres réserves, elles restent marginales et ne présentent que très peu d'intérêt.

L'étude de ces réserves démontrent assez clairement que dans l'ensemble les Etats ne souhaitent pas revenir sur des points fondamentaux du texte et en acceptent les règles et l'esprit.

Au risque de se répéter, même si le droit international l'interdit, certaines réserves à certains textes au contraire dessinent les lignes de fracture entre les différentes valeurs défendues par les Etats.

C'est le cas par exemple de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989. Comme nous l'avons noté, elle est aussi largement ratifiée que les Conventions de Genève. Elle a fait en revanche l'objet de plus d'une cinquantaine de réserves et déclarations relativement importantes. Celles-ci illustrent des divergences encore profondes entre les différents Etats du monde. On peut citer quelques exemples de ces désaccords afin d'en avoir une meilleure idée.

La question très sensible du statut du fœtus et in fine du droit à l'avortement apparaît au travers de plusieurs réserves. Quelques Etats ont souhaité souligner que la convention devait s'appliquer dès le moment de la conception¹⁹⁸ quand d'autres à l'inverse ont, soit précisé que la convention ne s'appliquait qu'à partir de la naissance¹⁹⁹, soit qu'elle n'interdisait pas l'interruption volontaire de grossesse²⁰⁰.

¹⁹⁶ Extrait des articles 13 Convention I, 13 Convention II, 4 Convention III : « 2) les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et 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 ; ».

¹⁹⁷ A ce propos, il faut noter que le statut des réserves du Vietnam manque de clarté. En effet, aucune n'a été émise par le Vietnam dans sa forme actuelle. Certaines ont été formulées en 1957 par la République démocratique du Vietnam, les autres en 1973 par le Gouvernement révolutionnaire provisoire du Sud-Vietnam. Il aurait été plus clair depuis la réunification de revenir sur cet ensemble de réserves qui se rejoignent sans être toutefois identiques.

¹⁹⁸ Argentine, Equateur, Guatemala, Saint-Siège.

¹⁹⁹ Royaume-Uni.

²⁰⁰ France, Tunisie.

La liberté de religion de l'enfant est également un point d'achoppement pour bon nombre d'Etats musulmans qui restreignent dans des proportions variées cette liberté protégée par l'article 14 de la convention.²⁰¹

Certains des Etats musulmans²⁰² ont émis des réserves d'ordre général conditionnant l'application de la convention à sa conformité avec la charia. Ces réserves ne portant pas sur des articles précis sont particulièrement nuisibles à la clarté de l'engagement contractuel, et normalement illicites. D'ailleurs plusieurs Etats ont répliqué en objectant aux dites réserves.

Cette comparaison entre les réserves apportées aux Conventions de Genève et celles dont fait l'objet la Convention relative aux droits de l'enfant permet encore de souligner l'unanime adhésion dont peuvent se prévaloir les premières, confirmant ainsi leur universalité.

En ce qui concerne les Protocoles additionnels le problème est nettement plus épineux. En effet, même s'ils bénéficient d'une large adhésion de la part des Etats, les résistances sont plus nombreuses.

§2. Les Protocoles additionnels de 1977.

Alors que les Conventions de Genève tout en apportant des innovations majeures conservaient une approche du conflit eurocentrée²⁰³, les Protocoles additionnels de 1977 au contraire, prirent forme sur la base de conflits non-européens. Cette ouverture du droit humanitaire au reste du monde est une chose dont il faut se féliciter. Toutefois, cette plus grande universalité de l'enceinte de discussions (II) a plutôt conduit à de très difficiles débats qu'à un accord unanime (I). La politisation intense des conférences et la polarisation importante du monde à cette période entre Est et Ouest et entre Nord et Sud ne sont pas non plus pour rien dans les obstacles rencontrés par les négociateurs (III).

S'il faut admettre que la création des Protocoles est issue d'une discussion dans laquelle toutes les parties du monde ont pu jouer un rôle, les réticences de nombreux Etats quant au résultat obtenu laissent planer un doute sur la nature universelle de l'ensemble des règles adoptées.

²⁰¹ Algérie, Bangladesh, Iraq, Jordanie, Maldives, Oman, Qatar, Emirats arabes unis

²⁰² Brunei, Iran, Koweït, Mauritanie, Arabie Saoudite, Syrie.

²⁰³ Meyrowitz Henry. Les guerres de libération et les conventions de Genève. In: Politique étrangère N°6 - 1974 - 39e année, p. 608-609 :

« Les quatre Conventions [...] portent la marque européenne non seulement à cause du rôle prépondérant joué à la Conférence par les Etats européens, mais aussi et surtout en raison du fait que c'est l'expérience de la deuxième guerre mondiale en Europe qui a guidé les auteurs de ces instruments. »

I. Une longue conférence, pour un résultat débattu.

Comme pour les Conventions de Genève en leur temps, la décision de lancer un cycle de négociations en vue d'aboutir à de nouveaux traités est liée à la multiplication de conflits d'un type inédit²⁰⁴.

La période qui démarre après la seconde guerre mondiale est marquée d'abord par les conflits de décolonisation. Ces conflits n'ont pas les traits des conflits interétatiques européens. Ils se limitent le plus souvent au territoire d'un seul Etat mais dans le but de gagner son indépendance. Quelle est la nature de ces conflits ? Quel droit leur appliquer ? Comment considérer les combattants des mouvements de libération nationale ? Ces questions étaient particulièrement sensibles pour l'ensemble des Etats qu'ils aient été colonisés ou qu'ils soient confrontés à des mouvements de libération nationale.

Le conflit israélo-palestinien a également eu une influence certaine sur la décision de relancer les discussions relatives au droit humanitaire et plus largement au droit des conflits armés.

L'intervention du Président de la République islamique de Mauritanie lors de la première session de la Conférence en 1974, impossible à citer in extenso, exprime parfaitement l'ensemble de ces points. Ce court extrait de son discours est assez éclairant et représentatif de l'ensemble :

*« The countries of the third world, which were the victims of crying injustice, hoped that there would be an understanding of their sufferings and that account would be taken of their legitimate rights. They sought freedom and human dignity. It was high time that recognition was given to certain values and elementary rights which went beyond the Universal Declaration of Human Rights. Millions of men were still under colonial oppression in the African continent, while international Zionism had placed the Palestinian population in an impossible situation. »*²⁰⁵

²⁰⁴ Meyrowitz Henry. Les guerres de libération et les conventions de Genève. In: Politique étrangère N°6 - 1974 - 39e année, p. 607 :

« Par son origine, le droit de la guerre (ou « droit des conflits armés internationaux », comme on dit fréquemment aujourd'hui) reflète un type et une notion de conflit qui relèvent d'un système marqué par trois traits fondamentaux : son caractère européen, son caractère étatique et son caractère gouvernemental. »
Et p. 612 :

« Les conflits ayant suivi la deuxième guerre mondiale, dont le nombre extraordinairement élevé est par lui-même significatif, n'entrent pas, ou n'entrent que difficilement, dans le schéma conceptuel et normatif des conflits armés internationaux classiques, schéma dont nous venons de rappeler les caractères principaux. »

²⁰⁵ Extrait du discours de monsieur Ould Dada, président de la République Islamique de Mauritanie prononcé lors de la première réunion plénière de la Conférence tenue le 20 février 1974.

Notre traduction : « Les pays du Tiers-Monde, qui ont été victimes d'une injustice criante, espéraient que leurs souffrances seraient comprises et que leurs droits légitimes seraient reconnus. Ils étaient à la recherche de la liberté et de la dignité humaine. Il était temps que certaines valeurs et droits élémentaires soient reconnus au-delà de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Des millions d'hommes étaient toujours sous le joug

De plus, les méthodes et moyens de combat ont notablement évolué. La guerre du Viêt-Nam est devenue le symbole de l'urgence de reprendre le développement du droit de La Haye face aux ravages que les bombardements et les armes chimiques causent à la population civile et à l'environnement. L'usage d'herbicide au Viêt-Nam visant à détruire la totalité du couvert végétal par les Américains entraîna de très graves conséquences environnementales et sanitaires. « *Bien que les effets nuisibles de la guerre pour l'environnement aient été connus depuis longtemps, c'est à propos de l'utilisation massive des herbicides que la communauté internationale en est arrivée à reconnaître l'inacceptabilité des attaques militaires contre les milieux, en tant que stratégie de guerre.* »²⁰⁶ Les atteintes à l'environnement ne pouvaient plus être laissées de côté après cela. Le droit de La Haye n'avait pas connu d'amélioration depuis les conventions de 1907, il était plus que temps de revenir sur cette branche du droit de la guerre.²⁰⁷

Enfin, le monde est en pleine guerre froide, les Etats-Unis et l'URSS cherchent à étendre leur influence si ce n'est leur domination sur le monde. Les conflits opposant les idéologies libérales et communistes alimentent l'instabilité de la communauté internationale.²⁰⁸

L'idée d'une nouvelle conférence apparue dès les années 1960, mais n'aboutit qu'en 1974 sur l'ouverture de la Conférence diplomatique après que les Nations Unies eurent choisi de privilégier une enceinte de discussion moins politisée que l'Assemblée Générale, laissant le droit international humanitaire en dehors du système onusien. Les textes proposés à la discussion avaient été élaborés par deux conférences d'experts réunies en 1971 et 1972.²⁰⁹ La participation des Etats varia légèrement d'une session à l'autre de la conférence mais resta très importante de l'ouverture des débats en 1974 à l'adoption des textes en 1977.

de l'oppression coloniale sur le continent africain, alors que le sionisme international avait placé la population palestinienne dans une situation impossible. »

Source : Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and the Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977), volume 5, p. 13

²⁰⁶ Thao Tran, Jean-Paul Amat et Françoise Piro, « Guerre et défoliation dans le Sud Viêt-Nam, 1961-1971 », Histoire & mesure [En ligne], XXII - 1 | 2007, mis en ligne le 01 juin 2010,

URL : <http://histoiremesure.revues.org.lama.univ-amu.fr/2273>

²⁰⁷ Certains auteurs et certains Etats ont dénoncé l'amalgame fait entre le droit de Genève et le droit de La Haye dans les Protocoles de 1977, en particulier le Protocole I. A notre sens, il s'agit d'un faux problème, la régulation des méthodes et moyens de combat participant directement de la protection des personnes protégées.

²⁰⁸ Voir : Dinstein Yoram, « Commentaire au sujet du Protocole I, RICR, n°827, 31 octobre 1997.

²⁰⁹ Voir : Bretton Philippe. Remarques générales sur les travaux de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du Droit humanitaire applicable dans les conflits armés, AFDI, volume 23, 1977. pp. 197-220, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1977_num_23_1_2037

II. Une large participation garantie d'une certaine universalité.

La première conséquence immédiate de la décolonisation fut la multiplication du nombre d'Etats sur la scène internationale. L'Asie est décolonisée essentiellement lors de la première vague de 1945 à 1955. L'Afrique est libérée lors de la deuxième vague de 1956 à 1966. Des décolonisations qualifiées de tardives prirent place après 1966. En 1974, la quasi-totalité des colonies a donné naissance à de nombreux nouveaux Etats, bien décidés à faire entendre leur voix sur la scène internationale.

Avec l'apparition de ces nouveaux Etats surgirent de nouveaux enjeux et de nouvelles questions qui ne se posaient pas dans un monde concentré sur les intérêts du continent européen.

L'Afrique subsaharienne fut particulièrement bien représentée puisque l'on compte plus de trente Etats participants aux débats, de même le monde arabo-musulman. Il n'y a plus une seule zone de la planète dont on puisse dire qu'elle aurait été laissée entièrement à côté des négociations. De plus, compte-tenu des circonstances, certains mouvements de libération nationale ont été appelés à participer aux conférences de même que nombre d'organisations internationales gouvernementales et non-gouvernementales.

De ce point de vue, il est certain que les circonstances d'élaboration des protocoles furent nettement plus universelles que celles des Conventions de Genève. Selon Jean Pictet, la « *Conférence fut le théâtre d'une universalité remarquable, puisqu'elle groupa quelque 700 délégués de 120 pays.* »²¹⁰

Il s'agissait là d'un véritable souci des participants à la conférence ainsi qu'en atteste l'invitation de la Guinée-Bissau qui insiste sur le caractère universel de la participation à la conférence diplomatique.²¹¹ La résolution portant sur l'ouverture de la conférence aux mouvements de libération nationale va dans le même sens en indiquant que le développement et la codification du droit humanitaire est une tâche universelle.²¹²

²¹⁰ Pictet (J.), « *La formation du droit international humanitaire* », RICR, n°846, vol. 84, juin 2002, p. 336

²¹¹ Extrait de la résolution n° 2 (I) de la première session de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable aux conflits armés :

« Recognizing the universal character in the participation to the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts.
Invites the Government of the Republic of Guinea-Bissau to send its plenipotentiaries to participate in the Conference. »

Source : Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and the Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977), volume I, Partie 2, p.4.

²¹² Extrait de la résolution n°3 (I) de la première session de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire applicable aux conflits armés :

« Recognizing the paramount importance of ensuring broad participation in the work of the Conference, which is of fundamentally humanitarian nature,

L'accent mis sur l'importance d'atteindre cette participation universelle démontre bien qu'il s'agissait d'une préoccupation partagée par la plupart des Etats qui souhaitaient voir le droit humanitaire plus largement légitimé. « *On avait dit naguère que le droit international était fait par les Européens pour les Européens. Ce n'est plus vrai.* »²¹³

La question de la représentation universelle des cultures ne se pose donc plus. Toutefois cette universalité culturelle plus solide n'a pas permis l'universalité des ratifications aujourd'hui. Comme nous l'avons déjà observé, on ne peut affirmer que toutes leurs dispositions ont acquis une pleine et incontestable universalité.

Ce qui est d'autant plus regrettable pour le Protocole II, que les règles qu'il instaure sont de celles qui seraient applicables à la majorité des conflits actuels, à savoir, les conflits armés internes. Mais c'est sans doute également ce qui explique la réticence de certains Etats.

Cependant, comme l'écrit Jean Pictet, « *il est réconfortant de voir que des envoyés de toutes les tendances, venant des quatre coins du monde, peuvent se rencontrer, pour parler d'autre chose que d'argent ou de pétrole, mais de la survie de l'homme, faire taire pour un temps leurs divergences, surmonter les antagonismes politiques et dogmatiques, parler le même langage et, pourquoi pas, se tendre la main.* »²¹⁴

III. Des débats très politisés faits de vives oppositions.

Les enjeux de la Conférence de 1974 étaient plus politiques que culturels. On l'a déjà évoqué, mais la Conférence se présente immédiatement, sinon comme un bras de fer entre les anciens et les nouveaux Etats, en tout cas comme l'occasion de changer le rapport de force jusque-là établis.

Bien décidés à faire entendre leur voix, les Etats nouvellement indépendants plaident dès l'ouverture pour l'invitation des mouvements de libération nationale ou d'Etats tout justes indépendants. Les tensions se cristallisent instantanément autour de la situation au Viêt-Nam et en Palestine.

Convinced that the progressive development and codification of the international humanitarian law applicable in armed conflicts is a universal task in which the nation liberation movements can contribute positively, »
Source : : Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and the Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977), volume I, Partie 2, p. 5.

²¹³ Pictet (J.), « *La formation du droit international humanitaire* », RICR, n°846, vol. 84, juin 2002, p. 336

²¹⁴ Pictet (J.), « *La formation du droit international humanitaire* », RICR, n°846, vol. 84, juin 2002, p. 336

Les Etats en voie de développement ont un agenda bien précis relatif à la reconnaissance des guerres de libération nationale et au statut de combattants légitimes pour les membres des mouvements de libération nationale.²¹⁵

Les raisons des dissensions entre les Etats varient en fonction du Protocole auquel on s'intéresse.

En ce qui concerne le Protocole I, le choix d'inclure des dispositions relatives aux méthodes et moyens de combat, aux guerres de libération nationale, aux mouvements de libération nationale ou encore à l'interdiction générale des représailles a considérablement nuit à l'adhésion universelle au traité.²¹⁶

L'article 1 paragraphe 4 a ainsi cristallisé les attentes des pays nouvellement indépendants. Selon Howard S. Levie reprenant les travaux de messieurs Bothe, Partsch et Solf, son adoption ou son rejet illustre pour ces nouveaux Etats, l'attitude générale des anciennes puissances coloniales. Tout abandon de cette disposition aurait traduit un refus des puissances occidentales de voir évoluer le droit en dehors leurs stricts intérêts.²¹⁷

D'ailleurs, dans les premières années d'existence du Protocole, il faut bien admettre que lesdites puissances occidentales ne paraissaient pas disposer à y adhérer.

En 1987, Philippe Bretton précise ainsi que « l'acceptation des Protocoles émane surtout de l'Afrique, de l'Amérique latine et des Etats neutres européens. Elle est faible en Europe de l'Ouest (au sens de l'Alliance Atlantique) et en Asie, inexistante en Europe de l'Est. »²¹⁸

²¹⁵ Voir en ce sens : Roberts Guy B., « The new rules for waging war : the case against ratification of additional Protocol I », *Virginia Journal of International Law*, Volume 26, 1985-1986, p. 121.

« Although the Conference as originally devoted to the development of new rules for regulating armed conflict and protecting noncombatants, it quickly became apparent that political pressures, particularly from Third World countries, would make the achievement of the original goals more difficult. »

²¹⁶ On reviendra dans le détail dans la seconde partie sur les articles les plus intéressants pour notre sujet, c'est-à-dire, l'article 1, l'article 44, l'article 96 et les articles relatifs à l'interdiction des représailles.

²¹⁷ Howard S. Levie, « Review, Reviewed Work: New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949 by Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf », *AJIL*, Vol. 77, No. 2, avril 1983, p. 379 :

« Nevertheless, the drafting and adoption of this provision sharply divided the committee, and there were subsurface indications, which sometimes all but surfaced, that the failure to adopt it would be a signal to the Third World nations that this Diplomatic Conference was to be another instance of an attempt by the developed nations to impose their wills on the underdeveloped and new nations and to maintain the colonial tradition. »

²¹⁸ Bretton Philippe, « Les Protocoles de 1977 additionnels aux Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes des conflits armés internationaux et non internationaux dix ans après leur adoption », *AFDI*, volume 33, 1987, p. 544

Dix ans plus tard, Yoram Dinstein reste pessimiste. Comme il en atteste, « les Conventions reflètent un consensus et des valeurs communes, alors que le Protocole contient des brandons de discorde évidents »²¹⁹. L'auteur prédit même que le Protocole I ne pourra jamais bénéficier de l'adhésion de tous les Etats du monde en raison de la présence de dispositions trop contestées et à son sens très contestables.²²⁰

Malgré ce pessimisme, à deux ans de fêter le cinquantième anniversaire des Protocoles, on peut tout de même se réjouir que les adhésions continuent bien qu'à un rythme lent.

Durant les dix premières années d'existence des Protocoles, soixante-huit Etats ont adhéré au Protocole 1, durant les dix années suivantes, quatre-vingt-deux autres Etats rejoignirent les premiers. Depuis, on ne dénombre certes que vingt-quatre nouvelles ratifications. Mais il faut noter que plusieurs nouveaux Etats se sont empressés de ratifier les Conventions de 1949 et leurs Protocoles dès leur indépendance, et que certains Etats à l'origine particulièrement réfractaire, comme la France et le Royaume-Uni, ont fini par y adhérer également, avec des réserves cependant.

Reste évidemment quelques grands absents : l'Inde, l'Indonésie, l'Iran, l'Israël, le Pakistan, la Thaïlande, la Turquie ou encore les Etats-Unis.

Toutefois, l'évolution de la position des Etats européens permet de garder espoir. D'autant que les dispositions les plus critiquées ont perdu avec le temps de leur intérêt. L'article 1 paragraphe 4 n'a jamais été appliqué, pas plus que l'article 96 par conséquent. De nombreux Etats ont émis des réserves à leur égard en limitant leur portée.

Seule la question de la réciprocité et des représailles demeurent problématiques ainsi que nous le verrons par la suite.

Le Protocole II a connus lui aussi quelques déboires d'autant plus que l'article 1 du Protocole I a inclus dans les conflits armés internationaux, le cas des conflits de libération nationale. Or, la majeure partie des Etats en voie de développement qui souhaitent voir développer le droit humanitaire dans le cadre interne ne s'intéressaient qu'à ce seul cas. A l'inverse, Etat nouvellement indépendant, ils étaient farouchement opposés à ce qu'on vienne leur dicter les règles applicables sur leur nouveau territoire.

²¹⁹ Voir : Dinstein Yoram, « Commentaire au sujet du Protocole I, RICR, n°827, 31 octobre 1997.

²²⁰ Ibidem : « Les limitations controversées du Protocole I privent cet instrument de toute chance d'être un jour universellement accepté ».

Section 2. Une universalité renforcée par la coutume.

Il est d'autant plus réconfortant de constater que des normes qui n'ont pas reçu toutes les ratifications souhaitées peuvent gagner leur universalité par un autre biais, celui de la coutume internationale. Cette dernière a en effet une grande importance en matière de droit des conflits armés. Il faut souligner que les origines du droit humanitaire se trouvent dans la codification des lois et coutumes de guerre, ce qui prouve que la coutume a d'ores et déjà joué un rôle dans la formation du droit international humanitaire. Mais son rôle ne s'arrête pas à cette origine, la coutume tient encore une place importante dans toutes les situations dans lesquelles le droit conventionnel ne peut s'appliquer. Elle peut prendre le relais de la norme conventionnelle lorsque les Etats ne sont pas signataires par exemple, étendre l'application de ses principes à des circonstances qu'elle ne couvrait pas. La coutume possède un avantage sur le droit écrit, elle est flexible, adaptable. Elle n'est pas soumise aux contraintes formelles qui permettent de ne pas appliquer une règle si la rédaction a omis une situation précise, ou en tout cas si on tente de le faire croire. La coutume internationale de par son mode de formation est profondément universelle. Même s'il peut exister des coutumes régionales, celle relative au droit international humanitaire parce qu'intéressant tous les Etats, ne saurait être autre qu'universelle.

Il convient donc de s'intéresser à la formation du droit international humanitaire faite d'une interaction permanente entre coutume et conventions (§1) dans un premier temps. Avant d'étudier le fait que la coutume permet aujourd'hui de développer le champ du droit international humanitaire (§2).

§1. La formation du droit international humanitaire : une interaction entre règles écrites et non-écrites.

Le droit international humanitaire s'est constitué depuis l'origine sur la base d'une codification des coutumes de guerre et s'est développé dans le cadre d'un aller-retour permanent entre coutume et conventions depuis. Les traités relatifs au droit international humanitaire introduisent rarement et seulement de manière limitée de réelles innovations. Ils ont souvent pour but de présenter et clarifier les obligations auxquelles sont soumis les Etats durant les conflits armés. Pourtant, on trouve toujours de nouvelles règles qui accordent une protection plus importante. Ces nouvelles règles font souvent l'objet de débats voire de rejet par une certaine partie des Etats, mais leur formulation dans le cadre d'une convention sert souvent de base au développement d'une nouvelle règle coutumière.

Le droit international humanitaire a donc pris naissance dans la coutume internationale (I). Sa valeur coutumière a de plus été plusieurs fois reconnues par les juridictions internationales (II).

I. Une solide assise coutumière initiale.

L'origine du droit international humanitaire est d'abord à rechercher dans les traditions locales et régionales (A), puis dans une évolution progressive vers plus de formalisme jusqu'à ce que la nécessité de codifier s'impose au XIXe siècle (B). Sera de plus consacré par les textes, une règle renvoyant expressément aux usages du droit des gens lorsque le droit conventionnel n'est pas ou plus applicable, la clause de Martens (C).

A. Des sources matérielles relativement homogènes dans diverses traditions.

Avant d'être codifiées dans les grandes conventions contemporaines, les règles applicables sont apparues au fil des siècles à différents endroits et dans différents contextes, en Europe (1) et ailleurs (2). Elles ont toujours été l'objet de nombreuses violations, mais bon an mal an, un socle commun de règles a fini par pouvoir être identifié.

1. Coutumes d'Europe...

Avant 1864, les conflits européens n'étaient pas entièrement livrés à une sauvagerie sans limite et les pratiques au combat exigeaient déjà qu'un minimum de respect pour les prisonniers de guerre soit assuré par exemple. Les règles applicables dans les conflits étaient alors essentiellement d'origine coutumière.

Ces règles sont multiples et d'origines variées. L'Eglise catholique est un des premiers acteurs de la limitation des conflits. Même si elle ne les a pas toujours respectées, elle a élaboré des obligations visant à limiter les effets de la guerre.

Au sein de la chrétienté, elle n'avait d'ailleurs guère d'avantages à encourager le massacre de fidèles.

Seront ainsi progressivement établies, à la fin du Xe siècle et durant le XIe, diverses normes, par les conciles de l'Eglise, telles l'inviolabilité des églises, des monastères, l'immunité des pauvres, des

clercs, des marchands, des pèlerins, des agriculteurs et de leurs biens. « *Ce sont les règles de Dieu dont la violation est sanctionnée par l'excommunication.* »²²¹

L'Église continue son effort de limitation de la guerre en définissant la « Trêve de Dieu » de plus en plus largement, réduisant d'autant le nombre de jours où mener le combat est autorisé.

Elle ne se contente pas de développer ces deux aspects de la protection des biens et des personnes en temps de guerre, elle va aussi se pencher sur la limitation des armes.

« *En 1139, le deuxième concile de Latran condamne l'usage de l'arbalète comme risquant de mettre en péril l'humanité toute entière.* »²²²

Il faut noter cependant, que les souverains européens ne respectèrent pas cette interdiction, l'arbalète étant bien trop intéressante d'un point de vue tactique.²²³

De même se développent les principes de la chevalerie qui imposent un comportement plus clément aux combattants. L'image du combattant se modifie, il n'a plus à être impitoyable. « *La chevalerie obéit à un code de vaillance, de loyauté et de protection de toutes les faiblesses.* »²²⁴

Ce changement se fait, notamment, sous l'influence des guerres féodales « privatisées », dans lesquelles les entrepreneurs souhaitent protéger leurs investissements.

« *Les combats respectent en principe, certaines règles dites chevaleresques destinées à réduire les risques – tant humains que matériels puisque armes, chevaux, soldats représentent tout le capital du condottiere – encourus par ceux qui les commandent. L'enjeu n'est pas alors d'annihiler l'ennemi mais de le soumettre et d'obtenir une rançon pour la capture de ses capitaines.* »²²⁵

Il faut noter que, dans les faits, ces évolutions « réglementaires » s'accompagnent souvent d'un très grand nombre de violations de la part de tous les combattants. Les non nobles notamment tendent à ne pas se sentir tenus par les règles de la chevalerie.

Le coût important des guerres, la volonté de les gagner primant, les civils payent tout autant qu'aujourd'hui les frais des combats, même s'ils n'en sont pas les cibles directes.

L'État de l'Europe au sortir du XVII et XVIIIe siècle est tel que des progrès sont encore faits pour imposer des limites strictes aux débordements des armées.

²²¹ DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 46.

²²² Lejbowicz (A.), *Philosophie du Droit International : l'impossible capture de l'humanité*, PUF, coll. *Fondements de la politique*, 1999, p. 385

²²³ Hermann (I.) et Palmieri (D.), « *Les nouveaux conflits : une modernité archaïque ?* », *RICR* n°849, vol.85, mars 2003, p.36

²²⁴ DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 46

²²⁵ Hermann (I.) et Palmieri (D.), « *Les nouveaux conflits : une modernité archaïque ?* », *RICR* n°849, vol.85, mars 2003, p. 28

Ces premières tentatives de régulations prouvent que face à l'augmentation quasiment constante de la barbarie en termes de créativité guerrière, le désir est resté celui d'un développement des normes juridiques de limitations, et ce malgré les constantes violations dont elles ont pu faire l'objet.

2. Et d'ailleurs.

Ces régulations d'ordre religieux ou liées au code d'honneur du combattant trouvent leurs pendants dans la plupart des religions et dans les grandes aires de civilisation.

Ainsi, dans l'Islam, selon certains auteurs, la Charia²²⁶ fonde les règles de la guerre sur trois exigences fondamentales, la nécessité, l'humanité et la chevalerie. Ceci implique qu'il faut faire la distinction entre combattant et non-combattant et ne pas attaquer cette dernière catégorie, de même qu'il ne faut pas détruire les biens matériels à moins d'une nécessité militaire. Les principes d'humanité doivent être respectés pendant et après la guerre²²⁷. Il reconnaît aussi le principe de proportionnalité sur une base de réaction réciproque²²⁸.

Abu Bakr as-Siddiq, le premier Calife de l'Islam établit ainsi dix commandements. Il est interdit de tuer les femmes, les enfants et les hommes âgés, de couper les arbres fruitiers, de détruire les endroits habités, de massacrer le bétail, de brûler les palmiers dattiers ou de les inonder, ou de se conduire comme un lâche.²²⁹

Enfin, il est aussi prescrit que les prisonniers seront traités avec humanité et que les blessés et malades recevront les traitements nécessaires. Les morts doivent également être respectés et seront ainsi incinérés pour ne pas laisser leur corps exposé.

Dans l'hindouisme, les règles de conduite des hostilités sont inscrites dans le Code de la loi de Manu et dans son Dharma Sastra, ou Manusmriti. Elles reprennent presque toutes les règles essentielles du droit des conflits armés modernes. Par exemple, le Code de Manu prévoit que,

²²⁶ Les sources de la loi islamique sont le Coran (le livre sacré) et la sunna (la tradition fondée sur les paroles et les actions du prophète Mahomet). Les règles qui en sont tirées dépendent beaucoup de l'interprétation de ces textes.

²²⁷ NUSRAT Hadia, « *Droit humanitaire et Islam* », Redcross, 2005/1 et VAN ENGELAND Anisseh, « *The differences and similarities between international humanitarian law and Islamic humanitarian law : Is there ground for reconciliation* », Journal of Islamic Law and Culture, avril 2008, vol. 10, n°1, p. 81 et s.

²²⁸ Coran, Sourate XVI, verset 126:

« Si vous veniez à châtier quelqu'un, faites-le à la hauteur du dommage que vous avez subi. En revanche, si vous êtes patients, la patience est le meilleur des régimes pour ceux qui le peuvent. »

²²⁹ Sheikh Wahbeh al-Zuhili, « *Islam and International Law* », RICR, vol. 87, n° 858, Juin 2005 p. 282

« persons walking on the road, not participating in the conflict, or mere travellers, or those who are engaged in eating and drinking or pursuing their special avocations or activities or diplomatic errands and of course the Brahmins, unless are engaged in war, were not to be killed. »²³⁰

Voilà résumées les dispositions relatives à l'interdiction d'attaquer les civils, de même que les diplomates et les religieux. De manière parallèle, il est aussi interdit de détruire les biens civils, « *fruits, flowers, gardens, temples and other places of public worship should be left unmolested.* »²³¹

Dans le Mahabharata, il est expliqué que certaines armes ont des effets si terribles qu'elles ne devraient jamais être utilisées contre les hommes :

« *Drona, qui fit tomber tant de villes, avait une arme du nom de « Tête de Brahma », capable de brûler même la terre. Il l'a enseignée à son fils.*

Ce maître d'arme généreux, illustre exemple pour tous les archers, l'avait d'abord donnée à Dhanmjaya dont il était satisfait.

Mais son fils, jaloux, la lui avait également réclamée. Il lui avait répondu avec réticence, [...]

« *Même en cas de péril extrême, mon enfant, tu ne dois jamais utiliser cette arme pour combattre des hommes* ». »²³²

En Asie, où les religions constituent des philosophies et les sociétés ne sont pas régies par des normes de nature, à proprement parlé, juridique, il est plus difficile d'identifier avec précision un code général régissant la conduite des hostilités.

Cependant, pour Yazuki Onuma, la protection des personnes ne passe pas nécessairement par le droit mais aussi par des valeurs morales telles que la modestie, la conciliation, la famille, la communauté, la prudence, ce qui est conforme à la vision asiatique du monde. Cependant, il admet qu'à l'heure actuelle tous ces éléments n'ont pas suffi à préserver le bien-être humain et que seul le droit a pu donner des résultats. Il n'en demeure pas moins qu'à ses yeux ce n'est qu'une forme de réponse, devant être acceptée « *because we have not yet found a better alternative.* »²³³

De plus comme le rappelle Alfred Boll, on trouve par exemple dans certaines lois de la Chine ancienne des règles dont le contenu est similaire à celui du droit des conflits, comme au Japon d'ailleurs²³⁴. Dans l'Art de la Guerre²³⁵, Sun Tzu, préconise de traiter humainement les prisonniers de

²³⁰ Sinha (M. K.), « *Hinduism and International Humanitarian law* », RICR, n°858, vol. 87, juin 2005 p. 291

²³¹ Mani (V.S.), « *International humanitarian law : an Indo-Asian perspective* », RICR, °841, pp. 59-76, www.icrc.org

²³² Le Mahabharata, Tome II, Rois et Guerriers, textes traduits du sanskrit et annotés par Gilles Schaufelberger et Guy Vincent, Les Presses de l'Université de Laval, 2005, Livre X, X-12, « La demande du disque », p. 463 et 464.

²³³ Ibidem p. 67

²³⁴ BOLL Alfred M, « *The Asian values debate and its relevance to international humanitarian law* », RICR, mar 2001.

guerre²³⁶ et de préserver un pays, un corps d'armée, un bataillon, une escouade ou une brigade plutôt que de les détruire.²³⁷

Ainsi, « *En Chine, Se-Ma, penseur du IV^e siècle av. J.C., condamne les destructions inutiles et recommande de veiller au salut des citoyens, de ne pas s'en prendre aux gens qui ne peuvent se défendre et de prendre soin des blessés. [...] Au Japon, en 200 après J.C., l'impératrice Jingu, lors d'un conflit en Corée interdit de mettre à mort les prisonniers.* »²³⁸

Il faut souligner encore que l'armée communiste, l'Armée de libération du peuple Chinois, était régie vingt ans avant l'adoption des Conventions de Genève par des normes très protectrices de la population civile, interdisant entre autre, les violences à l'encontre de la population civile, et plus spécifiquement des femmes, le pillage, la destruction des biens civils. De même, les prisonniers de guerre devaient être bien traités, soignés et relâchés.²³⁹

En Afrique subsaharienne, la culture, les traditions locales jouent un très grand rôle, en particulier dans les conflits internes qui s'articulent bien souvent autour de divisions et oppositions ethniques. Malgré cette variété, certaines coutumes de l'Afrique précoloniale réglementaient la conduite de la guerre. Ainsi « *chez les Peuhls, les Souhraïs et les peuples du Burkina Faso, on ne peut s'en prendre aux femmes et aux travailleurs des champs.* »²⁴⁰

Des normes de limitation de l'usage de certaines armes ont aussi vu le jour en Afrique de l'Ouest.

B. Les premières codifications nationales et privées du XIX^e siècle.

Même si on trouve des formes de régulation des conflits dans presque toutes les cultures et qu'elles présentent souvent (mais pas systématiquement) des points communs, l'origine directe du droit humanitaire moderne se trouve dans le processus de codification intervenu en Europe durant le XIX^e siècle.

²³⁵ Texte probablement publié dans la seconde moitié du IV^e siècle avant Jésus-Christ selon Jean Lévi, auteur d'une traduction et d'un commentaire de l'œuvre publié chez Hachette Littératures.

²³⁶ Sun Tzu, *L'Art de la Guerre*, Hachettes Littératures, Paris, 2000, p. 58.

²³⁷ Ibidem p. 59.

²³⁸ DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 44

²³⁹ He Xiaodong, "The Chinese humanitarian heritage and the dissemination of and education in international humanitarian law in the Chinese People's Liberation Army", RICR, n°841, mars 2001, pp. 141-153, www.icrc.org

²⁴⁰ DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 45

L'ensemble des règles élaborées au cours des siècles finirent par constituer un socle de droit coutumier applicable dans les conflits armés mais qui manquait d'unité et qui méritait d'être remis à jour.

Une des entreprises de codification majeure eut lieu à la fin du XIXe siècle avec la publication en 1863 des Instructions pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique, communément appelé Code Lieber. Francis Lieber, professeur d'histoire et de sciences politiques à l'Université de Columbia, à New-York, avait embrassé, après avoir combattu les armées de Napoléon III, une carrière de professeur aux Etats-Unis. Son intérêt pour la guerre ne l'avait cependant pas quitté et dans son enseignement comme dans ses publications, il se pencha sur les règles régissant le comportement dans la guerre. La Guerre de Sécession lui fit réaliser la méconnaissance générale des règles régissant les conflits armés et de leur difficile accessibilité, aucun document ne présentant ces règles sous une forme complète et synthétique facilement transmissible. Il décida alors dans le cadre de son enseignement sur l'éthique, d'introduire plusieurs leçons sur les lois et coutumes de guerre. Par la suite, ses leçons furent regroupées et transformées en un livret distribué aux forces de l'Union. Afin de parfaire ce travail, Francis Lieber suggéra au gouvernement de l'Union la réunion d'un comité chargé d'établir officiellement les lois et les coutumes de guerre applicables aux Etats-Unis. Le résultat des travaux de ce comité auquel participa Francis Lieber, furent donc les Instructions pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique.

Cette codification nationale fut suivie par des processus similaires dans plusieurs pays d'Europe.²⁴¹

Ainsi, Johann Caspar Bluntschli, juriste suisse-allemand, encouragé par Francis Lieber, entreprit de codifier le droit militaire allemand en 1866. En 1868, il publia un ouvrage présentant l'état du droit international de l'époque, y compris les lois et coutumes de guerre, cette fois applicables à tous.²⁴²

En 1876, David Dudley Field, juriste américain, publia le Draft outlines of an International Code, composé de neuf-cent-quatre-vingt-deux articles séparés en deux volumes, l'un sur la Paix, l'autre sur la Guerre.

L'Institut de Droit International créé en 1873²⁴³ afin de favoriser le progrès du droit international, adhérant au mouvement de codification privée, produisit en 1880 le Manuel des lois de la guerre sur terre, dit Manuel d'Oxford, dont le contenu fut rédigé par Gustave Moynier.

²⁴¹ Voir : PAUST Jordan J., « Dr. Francis Lieber and the Lieber Code », ASIL Proceedings, 2001, p. 112 et s.

²⁴² Voir : DHOKALIA Ramaa Prasad, The Codification of Public International Law, Manchester University Press, 1970, p. 49 et s.

²⁴³ Les membres fondateurs : Pascal Mancini (de Rome), Emile de Laveleye (de Liège), Tobie Michel Charles Asser (d'Amsterdam), James Lorimer (d'Edimbourg), Wladimir Besobrossof (de Saint-Pétersbourg), Gustave

Tous ces travaux et d'autres non cités ici illustraient un consensus sur d'une part la nécessité de formaliser le droit de la guerre et d'autre part sur le contenu coutumier de ce droit²⁴⁴. Ils servirent directement de base aux débats des Conférences de La Haye de 1899 et de 1907.

C. La clause de Martens.

Cette clause trouve son origine dans une déclaration de Friedrich von Martens, délégué russe à la première Conférence sur la paix de La Haye de 1899.

« En attendant qu'un code tout-à-fait complet des lois de la guerre puisse être édicté, la Conférence juge opportun de constater que , dans les cas non compris dans l'arrangement de ce jour, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité, et des exigences de la conscience publique. »²⁴⁵

Cette clause est reprise par le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 de 1977 à l'article 1 §2. Son principe est utilisé dans les clauses de dénonciation des Conventions de 1949.

Cette clause présuppose qu'il existe des valeurs, en dehors de traités, qui s'appliquent quand rien d'autre n'est amené à le faire. Ce sont les exigences minimales d'humanité qui sont fondées sur la nature universelle de l'homme et sur les comportements universellement inacceptables.

Cette clause ne s'applique pas qu'aux conflits armés internationaux, mais aussi aux conflits armés internes, elle doit tenir lieu de principe directeur, si aucun autre ne peut ou ne veut être invoqué, dans la conduite des hostilités. Elle n'a pas nécessairement aujourd'hui encore une importance capitale dès lors que les Conventions de Genève de 1949 ont été universellement ratifiées, mais elle n'en demeure pas moins un exemple de l'idée de l'universalité des règles de protection de l'être humain.

Elle renvoie à la coutume, mais elle a aussi une valeur coutumière quant aux lois de l'humanité. « Dans l'affaire Nicaragua contre Etats-Unis de 1986, la Cour a considéré que les dispositions finales

Moynier (de Genève), Jean Gaspar Bluntschli (de Heidelberg), Augusto Pierantoni (de Naples), Charles Calvo (de Buenos Aires), Gustave Rolin-Jaequemyns (de Gand), David Dudley Field (de New York)

²⁴⁴ Et ce d'autant que les travaux des uns reposaient sur ceux des autres et qu'ils participaient aux mêmes forums de discussions.

²⁴⁵ Cité par Miyazaki (S.), « *The Martens clause and international humanitarian law* », in Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes des conflits armés en l'honneur de Jean Pictet, mélanges, CICR, Martinus Nijhoff, Genève, La Haye, 1984, pp. 433

[...] des Conventions de Genève de 1949 (reprenant le texte de la clause de Martens) renvoyaient aux « principes généraux de base du droit humanitaire »²⁴⁶.

La clause de Martens jouerait le rôle d'une clause de sauvegarde empêchant dans les cas de dénonciation par exemple, que tous les comportements interdits par une convention soient à nouveau permis. Les Etats restent liés par un minimum. Minimum universellement reconnu qui affirme alors qu'il existe bien des valeurs universelles dans le droit des conflits armés.

L'apport de l'arrêt de la Cour de Justice internationale dans ce cas précis permet d'aborder son influence sur la coutume en droit international humanitaire qui est loin d'être négligeable.

II. La valeur coutumière du droit international humanitaire réaffirmée par les juridictions internationales.

Les juridictions internationales ont plusieurs fois été amenées à s'exprimer sur la nature coutumière du droit international humanitaire affirmant tantôt que les traités constituaient la traduction de la coutume existante, tantôt que la coutume allait encore au-delà des dispositions écrites. Bien que les décisions de justice ne soient pas exactement une source du droit international, elles ont participé au développement du droit humanitaire coutumier, au moins en ce qu'elles témoignent d'une certaine *opinio juris*. On s'intéressera ici plus particulièrement à la jurisprudence du Tribunal de Nüremberg (A) et à celle de la CIJ (B).

A. Par le Tribunal de Nüremberg.

Il nous semble que nous pouvons commencer notre revue rapide de la jurisprudence par le jugement prononcé par le Tribunal de Nüremberg en 1946. En effet, le Tribunal a plusieurs fois affirmé la valeur coutumière des conventions de La Haye de 1907 mais aussi de Genève de 1929. Il a aussi insisté sur le fait que certains éléments non-codifiés n'en étaient pas moins obligatoires durant la seconde Guerre mondiale.

Ainsi, quant à la question de la poursuite individuelle des criminels de guerre, il avait été avancé par la défense que si les crimes en cause étaient bien prévus par la convention de La Haye de 1907, leur poursuite ne l'était pas. Et que, par conséquent, le fait d'instaurer des poursuites individuelles internationales sur cette base était contraire au principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Cet argument a été balayé par le tribunal qui nota que même si la convention de La Haye de

²⁴⁶ DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 663.

1907 ne prévoyait pas spécifiquement que les crimes de guerre pouvaient et devaient faire l'objet de poursuites individuelles, la coutume l'autorisait certainement.²⁴⁷

Dans la suite du jugement, le tribunal répondait à un second argument défendant la thèse de l'inapplicabilité du droit de la guerre en raison de la *clausula si omnes* présente dans la Convention de La Haye de 1907. S'il lui fallait bien reconnaître l'existence de la clause, il lui refusait tout effet dans la mesure où, selon lui, en 1939, toutes les nations devaient être considérées comme liées par la convention dont les dispositions appartenaient intégralement à la coutume internationale.²⁴⁸

²⁴⁷ Transcriptions du Procès de Nuremberg, 217^e jour, 30 septembre 1946, Jugement, Nuremberg Trial Proceedings, volume 22, The Avalon Project, Yale University, §462 et 463, <http://avalon.law.yale.edu/imt/09-30-46.asp> : « To that extent the same is true with regard to the law of war contained in the Hague Convention. The Hague Convention of 1907 prohibited resort to certain methods of waging war. These included the inhumane treatment of prisoners, the employment of poisoned weapons, the improper use of flags of truce, and similar matters. Many of these prohibitions had been enforced long before the date of the Convention; but since 1907 they have certainly been crimes, punishable as offenses against the laws of war; yet the Hague Convention nowhere designates such practices as criminal, nor is any sentence prescribed, nor any 'mention made of a court to try and punish offenders. For many years past, however, military, tribunals have tried and punished individuals guilty of violating the rules of land warfare laid down by this Convention. [...]The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of Justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing. »

²⁴⁸ Ibidem, § 496 : « With respect to War Crimes, however, as has already been pointed out, the crimes defined by Article 6, section (b) of the Charter were already recognized as War Crimes under international law. They were covered by Articles 46, 50, 52, and 56 of the Hague Convention of 1907, and Articles 2, 3, 4, 46, and 51 of the Geneva Convention of 1929. That violations of these provisions constituted crimes for which the guilty individuals were punishable is too well settled to admit of argument.

But it is argued that the Hague Convention does not apply in this case, because of the "general participation" clause in Article 2 of the Hague Convention of 1907. That clause provided:

"The provisions contained in the regulations (Rules of Land Warfare) referred to in Article I, as well as in the present convention, do not apply except between contracting powers, and then only if all the belligerents are parties to the convention."

Several of the belligerents in the recent war were not parties to this convention.

In the opinion of the Tribunal it is not necessary to decide this question. The rules of land warfare expressed in the convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the convention expressly stated that it was an attempt "to revise the general laws and customs of war," which it thus recognized to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the convention were recognized by all civilized nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war which are referred to in Article 6(b) of the Charter. »

B. Par la CIJ.

C'est sans doute la CIJ qui a rendu les décisions les plus célèbres en matière de consécration de la valeur coutumière du droit international humanitaire.

La première à faire date en matière de droit international humanitaire est la décision rendue au fond dans l'affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua²⁴⁹. Cette affaire qui n'a plus vraiment besoin d'être présentée opposait les Etats-Unis et le Nicaragua.

Les Etats-Unis, sous le gouvernement Reagan, craignant le développement du communisme et plus largement très impliqués dans la politique nicaraguayenne décidèrent de soutenir et financer l'opposition armée au gouvernement sandiniste, la Contra. Ils participèrent parfois directement à des actions militaires au Nicaragua. Ce sont ces actions et ce soutien qui furent l'objet de l'affaire portée devant la CIJ.

La question du droit coutumier se posait plus particulièrement dans cette affaire parce que les Etats-Unis, lors du dépôt de leur déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire de la Cour, l'avait assortie d'une réserve excluant de son champ d'application les litiges relatifs aux traités multilatéraux dès lors que toutes les Parties au traité n'étaient pas également parties au procès, sauf acceptation ponctuelle de leur part. Dans notre affaire, les traités relatifs au droit des conflits armés ne pouvaient donc servir de fondement à la requête du Nicaragua ou à la décision de la Cour.

La Cour souligne toutefois que l'exclusion des traités multilatéraux n'emporte pas l'incompétence de la Cour puisque celle-ci est compétente pour examiner tous les litiges juridiques à la lumière des différentes sources du droit international listées à l'article 38 de son statut, et notamment le droit international coutumier et les principes généraux du droit.

Les Etats-Unis soutinrent alors que toutes les dispositions d'origine coutumière à présent codifiées devaient être exclues dans la mesure où leur contenu correspondait exactement à une norme conventionnelle. Comme l'explique Caroline Lang, l'argument américain signifierait que la « norme coutumière serait en quelque sorte absorbée et assimilée par la norme de droit écrit. Il n'y aurait plus coexistence entre deux normes d'origine différente, mais substitution complète de l'une à l'autre. L'apparition d'une norme écrite sur un même sujet ou sur une même matière anéantirait la norme coutumière, ou tout au moins, lui ferait perdre son autonomie. »²⁵⁰

En ce qui concerne le développement du droit international humanitaire moderne qui opère, depuis son origine, sur un échange permanent entre coutume et normes conventionnelles, le résultat serait

²⁴⁹ CIJ, 27 juin 1986, Nicaragua c. Etats-Unis, « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci ».

²⁵⁰ LANG Caroline, L'Affaire Nicaragua/Etats-Unis devant la Cour internationale de Justice, L.G.D.J, Paris, 1990, p.111

absurde. Les normes conventionnelles codifiant les normes coutumières en y ajoutant quelques règles qui à leur tour deviennent coutumières et ainsi de suite, il deviendrait impossible de déterminer quelle règle est applicable et laquelle ne l'est pas.

Cette absurdité la Cour l'a bien notée, et elle refuse de reconnaître une quelconque pertinence à l'argument américain. Au paragraphe 175 de l'arrêt elle affirme ainsi que :

« Mais de plus, lors même qu'une norme conventionnelle et une norme coutumière intéressant le présent litige auraient exactement, le même contenu, la Cour ne verrait pas là une raison de considérer que l'intervention du processus conventionnel doive nécessairement faire perdre à la norme coutumière son applicabilité distincte ».

Elle conclut son argumentation et confirme sa position au paragraphe 178 :

« Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique. En conséquence, en déterminant le contenu du droit international coutumier applicable au présent différend, la Cour devra s'assurer que les Parties sont liées par les règles coutumières en question ; mais rien ne l'obligera à ne retenir ces règles que pour autant qu'elles seraient différentes des règles conventionnelles que la réserve américaine l'empêche d'appliquer dans le présent différend. »

La Cour s'exprime ici plus particulièrement sur les effets de la non-applicabilité de la Charte des Nations Unies au litige en cours, mais sa réflexion vaut pour l'ensemble du droit international public.

En ce qui concerne plus précisément les conventions de Genève de 1949, la Cour note que l'affaire portant avant tout sur la question de l'interdiction du recours à la force, la requête ne trouve pas son origine dans l'application desdites conventions et qu'elle n'a pas à en examiner très précisément le contenu pour déterminer ce qui est applicable ou non.

Cependant, elle note que les Conventions ne sont, en partie, que l'expression des principes généraux de base du droit humanitaire²⁵¹. Elle précise encore que l'article 3 commun doit être regardé comme l'expression des « considérations élémentaires d'humanité »²⁵² et que l'article 1^{er} des Conventions de Genève reste applicable au litige en ce que l'obligation qu'il pose découle non des conventions elles-mêmes, mais « des principes généraux du droit humanitaire²⁵³ dont les conventions ne sont que l'expression concrète »²⁵⁴.

²⁵¹ §218 de l'arrêt.

²⁵² §219.

²⁵³ Il est entendu ici que les principes généraux du droit international humanitaire constituent bien des éléments du droit coutumier à la différence des principes généraux de droit évoqués à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice.

²⁵⁴ §220.

Au paragraphe 255 de l'arrêt la Cour identifie une règle coutumière du droit international humanitaire très précise constituée par :

« une interdiction particulière acceptée par les Etats pour les activités se déroulant dans le cadre de conflits armés. Qu'ils soient ou non de caractère international. En vertu de ces principes généraux, les Etats-Unis ont l'obligation de ne pas encourager des personnes ou des groupes prenant part au conflit au Nicaragua à violer l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949. »

Les apports suivants de la Cour à l'identification des règles coutumières du droit international humanitaire se trouvent non plus dans des décisions mais dans plusieurs avis touchant à des sujets particulièrement sensibles.

Son avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, que nous avons déjà largement évoqué dans notre réflexion relative aux normes impératives, confirme que les grands principes du droit international humanitaire ont tous valeur coutumière. Il s'agit de la distinction entre combattants et non-combattants, de l'interdiction de causer des maux superflus aux combattants.

La Cour souligne d'ailleurs que l'alternance entre codification et création normative est une des dynamiques fondamentales du droit international humanitaire²⁵⁵ et qu'ainsi la majeure partie de ce droit est ainsi déjà coutumier.

Par exemple dans le paragraphe 82 de son avis :

« La large codification du droit humanitaire et l'étendue de l'adhésion aux traités qui en ont résulté, ainsi que le fait que les clauses de dénonciation contenues dans les instruments de codification n'ont jamais été utilisées, ont permis à la communauté internationale de disposer d'un corps de règles conventionnelles qui étaient déjà devenues coutumières dans leur grande majorité et qui correspondaient aux principes humanitaires les plus universellement reconnus. Ces règles indiquent ce que sont les conduites et comportements normalement attendus des Etats. »

²⁵⁵ §75 : « De nombreuses règles coutumières se sont développées, de par la pratique des Etats, et font partie intégrante du droit international pertinent en l'espèce. Il s'agit des «lois et coutumes de la guerre» - selon l'expression traditionnelle - qui furent l'objet des efforts de codification entrepris à La Haye (conventions de 1899 et de 1907 notamment) et se fondaient partiellement sur la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 ainsi que sur les résultats de la conférence de Bruxelles de 1874. »

§80 : « Déjà en 1945, le Tribunal militaire international de Nuremberg avait jugé que les règles humanitaires contenues dans le règlement annexé à la convention IV de La Haye de 1907 ((étaient admises par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme l'expression, codifiée, des lois et coutumes de la guerre)) (Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945- 1^{er} octobre 1946, Nuremberg, 1947, vol. 1, p. 267). »

Si son avis sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé est l'occasion pour la CIJ d'appliquer de manière détaillée la quatrième convention de Genève de 1949, elle ne fait que confirmer la valeur des principes de base du droit international humanitaire.²⁵⁶

§2. Le développement du champ du droit humanitaire.

Aujourd'hui l'intérêt du droit international humanitaire coutumier réside dans sa capacité d'adaptation qui permet de le voir s'imposer aux Etats non-signataires ou d'étendre l'application de certaines règles à des situations pour lesquelles elles n'avaient pas été initialement prévues. Dans le cadre de la coutume, l'esprit de la règle compte plus que sa forme et c'est lui qui s'impose. Aussi devient-il possible d'appliquer aux conflits internes des règles dont l'origine se trouve dans le droit des conflits armés internationaux.

Cependant pour que cela soit possible, il faut encore identifier les différentes règles précisément. Au niveau opérationnel, définir un corps de règles coutumières, précis, même si évolutif peut être nécessaire. C'est sans doute pourquoi le Comité international de la Croix Rouge s'est lancé dans sa grande étude du droit coutumier international (II).

Par ailleurs, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a notablement participé à la formulation de nouvelles règles coutumières (I). Enfin, les Nations Unies ont également apporté leur pierre à ce nouvel édifice coutumier (III).

I. Le développement du droit coutumier au travers de la jurisprudence du TPIY.

Il faut préciser ici que les juridictions ne créent pas la coutume internationale, elles se contentent de l'appliquer. Cependant, dans la mesure où celle-ci n'est pas toujours précisément définie, le rôle des juridictions est justement d'établir si telle ou telle règle appartient bien au droit

²⁵⁶ §89 de l'avis : « Pour ce qui concerne le droit international humanitaire, la Cour relèvera en premier lieu qu'Israël n'est pas partie à la quatrième convention de La Haye de 1907 à laquelle le règlement est annexé. La Cour observera qu'aux termes de la convention ce règlement avait pour objet de « réviser les lois et coutumes générales de la guerre » telles qu'elles existaient à l'époque. Depuis lors cependant, le Tribunal militaire international de Nuremberg a jugé que les « règles définies dans la convention étaient reconnues par toutes les nations civilisées et étaient considérées comme une formulation des lois et coutumes de guerre » (jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg du 30 septembre et 1^{er} octobre 1946, p. 65). La Cour elle-même a abouti à la même conclusion en examinant les droits et devoirs des belligérants dans la conduite des opérations militaires (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I. J. Recueil 1996 (I), p. 256, par. 75). La Cour estime que les dispositions du règlement de La Haye de 1907 ont acquis un caractère coutumier, comme d'ailleurs tous les participants à la procédure devant la Cour le reconnaissent. »

coutumier international et ce qu'elle recouvre exactement. Plus encore que la CIJ qui finalement a toujours une approche prudente et générale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a dû appliquer des règles à des situations concrètes, précises, individuelles, qui appelaient l'identification de règles précises opérationnelles allant au-delà des grands principes. Sans doute, parce que la justice pénale internationale s'éloigne de l'intérêt étatique pour considérer plutôt celui des individus protégés et de l'humanité, il a pu développer une approche plus audacieuse de la coutume en matière de droit international humanitaire, participant en ce sens à son développement.

C'est dans le premier arrêt rendu par le tribunal, en l'affaire Dusko Tadic, le 2 octobre 1995, que l'on trouve un premier apport majeur et l'exemple parfait de la participation au développement du droit international coutumier de la jurisprudence internationale. L'arrêt porte sur la compétence du tribunal pénal international remise en cause par l'accusé. Un de ses arguments tenait au fait que selon la défense, le tribunal n'était compétent que dans le cadre des conflits armés internationaux et non dans celui des conflits armés internes. Ce que réfute le tribunal.

Dans sa réponse, il va se pencher sur les règles applicables aux conflits armés internes et affirmer que l'on assiste à l'effacement progressif de la distinction traditionnelle entre conflits armés internes et internationaux du fait de l'application coutumière des règles applicables aux seconds aux premiers.

Le tribunal affirme ainsi que :

*« Progressivement, la maxime du droit romain *hominum causa omnes jus constitutum est* (tout droit est créé au bénéfice des êtres humains) a acquis également un solide point d'ancrage dans la communauté internationale. Il s'ensuit que, dans le domaine des conflits armés, la distinction entre conflits entre Etats et guerres civiles perd de sa valeur en ce qui concerne les personnes. Pourquoi protéger les civils de la violence de la guerre, ou interdire le viol, la torture ou la destruction injustifiée d'hôpitaux, édifices du culte, musées ou biens privés ainsi qu'interdire des armes causant des souffrances inutiles quand deux Etats souverains sont en guerre et, dans le même temps, s'abstenir de décréter les mêmes interdictions ou d'offrir les mêmes protections quand la violence armée éclate « uniquement » sur le territoire d'un Etat souverain ? Si le droit international, tout en sauvegardant, bien sûr, les intérêts légitimes des Etats, doit progressivement assurer la protection des êtres humains, l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel. »²⁵⁷*

Cet effacement est aujourd'hui indispensable, tant la fréquence et l'intensité des conflits armés internes ont augmenté. De plus, les situations conflictuelles sont de plus en plus complexes entre

²⁵⁷ § 97.

conflits internes internationalisés et conflits transnationaux non-interétatiques. Avoir un corps de droit unifié faciliterait sans doute son application. Cependant, pour le moment cet effacement n'est pas encore entièrement abouti comme le constate le tribunal.²⁵⁸

Enfin le tribunal estime au paragraphe 127 de l'arrêt qu'il « *est indéniable que des règles coutumières sont apparues pour régir les conflits internes. Ces règles [...] couvrent des domaines comme la protection des civils contre les hostilités, en particulier à l'encontre d'attaques commises sans motifs, la protection des biens civils, en particulier les biens culturels, la protection de tous ceux qui ne participent pas (ou ne participent plus) directement aux hostilités ainsi que l'interdiction d'armements prohibés dans les conflits armés internationaux et de certaines méthodes de conduites des hostilités* », telle que la perfidie par exemple.

Le Tribunal affirme ici d'une part que la majeure partie des règles présentes dans le Protocole II de 1977 a une valeur coutumière d'autre part, il indique que certaines règles relatives à la limitation des méthodes et moyens de combat originellement prescrites dans le cadre des conflits armés internationaux s'appliquent également dans les conflits armés internes. A cet égard, il note avec justesse que : « De fait, des considérations élémentaires d'humanité et de bon sens rendent absurde le fait que les Etats puissent employer des armes prohibées dans des conflits armés internationaux quand ils essayent de réprimer une rébellion de leurs propres citoyens sur leur propre territoire. Ce qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils. »²⁵⁹

Si l'on compare la facilité avec laquelle le tribunal adopte cette position avec les débats dont ont fait l'objet les Protocoles I et II, il nous faut admettre que son approche est audacieuse et très favorable à la protection des individus. Néanmoins, on peut douter que les Etats s'estiment liés par les affirmations d'une juridiction sui generis qui n'est compétente qu'à l'égard des individus. Et ce d'autant plus que, pour l'heure, les Etats n'ont jamais accepté de n'adopter qu'un seul corps de règles communs aux deux types de conflits et que certains Etats se refusent toujours à ratifier les protocoles additionnels.

Par la suite, le tribunal s'est exprimé à plusieurs reprises sur la nature coutumière et fondamentale des règles du droit international humanitaire. L'arrêt Kupreskic du 14 janvier 2000 est une mine d'apports pour le droit international humanitaire notamment en ce qui concerne la

²⁵⁸ § 126.

²⁵⁹ § 119.

question des représailles et du *jus cogens*²⁶⁰. Le tribunal prend aussi le temps dans cet arrêt d'étudier dans le détail les conséquences de l'interdiction d'attaquer la population civile, le rôle de l'exigence de proportionnalité et l'utilisation que l'on peut faire de la clause de Martens afin d'interpréter des dispositions du droit humanitaire qui resteraient un peu floues.

La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux a aussi marqué le développement de la prise en compte du viol comme arme de guerre et comme forme de torture.

II. L'Etude sur le droit coutumier menée par le CICR.

Naturellement, sur le chapitre de l'universalisation du droit des conflits armés, il est un acteur qu'il ne faut pas oublier. Depuis sa création, le Comité international de la Croix-Rouge n'a eu de cesse de chercher à étendre les règles applicables aux conflits armés. Il effectue un travail exceptionnel auprès des Gouvernements mais aussi des populations.

Face aux nouveaux défis rencontrés par le droit international humanitaire durant la deuxième moitié du XXe siècle, en particulier l'augmentation du nombre des conflits armés internes, les Etats initièrent en 1995 une réflexion sur le droit applicable aux conflits armés internationaux ou internes. A la fin de cette même année, ils chargèrent le Comité international de la Croix-Rouge de mener une étude sur ce thème. L'immense travail accompli s'étala sur une période de dix ans et fut publié en mars 2005. Des rapports nationaux furent préparés dans près d'une cinquantaine de pays, des recherches complémentaires furent menées sur les institutions internationales et dans les archives du CICR. Le résultat final se présente sous la forme de deux volumes contenant pour le premier les règles identifiées et leurs commentaires et pour le second, le compte-rendu de la pratique identifiée par les experts.

La méthodologie retenue²⁶¹ pour identifier la coutume dans l'étude se fonde essentiellement sur l'article 38²⁶² du statut de la CIJ et sur sa jurisprudence.²⁶³

²⁶⁰ Voir les paragraphes correspondant dans lesquels nous étudions plus en détails ces questions.

²⁶¹ Pour le détail de la méthodologie appliquée par le CICR voir : HENCKAERTS Jean-Marie, DOSWALD-BECK Louise, Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles, « Evaluation du droit international coutumier », Bruylant, Bruxelles, CICR, Genève, 2006, p. XLVI et s. ; HENCKAERTS Jean-Marie, « Customary International Humanitarian Law : Taking Stock of the ICRC Study », Nordic Journal of International Law, n° 78, 2010, pp. 435-468 ; DINSTEIM Yoram, « The ICRC Customary International Humanitarian Law Study », International Law Studies Series US Naval War Collection, n°82, 2006, p. 99s.

²⁶² Article 38 Statut de la CIJ, extraits :

« 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : (...)
b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit; (...) »

Les experts du CICR ont donc évalué à la fois la pratique des Etats et l'opinio juris. La pratique des Etats s'analyse d'un point de vue quantitatif et qualitatif. C'est d'ailleurs la seule façon d'être certain de l'universalité réelle de la coutume.

La pratique des Etats doit être uniforme, c'est-à-dire ne pas présenter trop de divergences. Il faut noter à cet égard qu'un comportement contraire à une règle dès lors qu'il est regardé comme néfaste, illégal par les autres Etats mais aussi d'une certaine manière par l'Etat concerné lui-même, ne compromettra pas la nature uniforme de la pratique.

S'il faut qu'un certain nombre d'Etats adopte la même pratique, il faut encore regarder quels sont les Etats qui le font. La CIJ exige que les Etats particulièrement intéressés aient une pratique convergente, mais c'est aussi suffisant s'ils sont les seuls à l'avoir. En matière de droit humanitaire, il est difficile de dire quel Etat ne serait pas intéressé d'une manière ou d'une autre. « *De ce fait, la pratique de tous les Etats doit être considérée, et ce qu'ils soient ou non « particulièrement intéressés » au sens strict.* »²⁶⁴ C'est-à-dire, même ceux qui par exemple sont des Etats adoptant une position neutre en toutes circonstances et qui ne connaissent pas de conflit sur leur territoire. Ils ne sont donc pas « particulièrement intéressés », mais le droit des conflits armés parce qu'il touche aux considérations d'humanité, intéresse finalement tous les Etats, concernés ou non.

Cette approche dès lors oblige à conclure à l'universalité des normes coutumières révélées. Si les Etats appliquent lesdites normes, ce n'est sans doute pas sous la pression d'autres Etats, mais parce qu'ils partagent ces principes et ces valeurs, ou tout au moins y voient leur intérêt commun.

La question de l'objecteur persistant dans le cadre de l'universalité d'une norme est plutôt pertinente, car cela empêcherait l'accession à l'universalité. Mais pour être objecteur persistant les exigences sont telles de rejet déclaré et réitéré de la norme depuis sa création qu'il semble peu probable d'en trouver un seul parmi les Etats existant à l'heure actuelle.

Ce qui est donc déterminant en termes de pratique étatique, c'est « *l'accumulation d'une pratique suffisamment dense, en termes d'uniformité, d'étendue et de représentativité.* »²⁶⁵

²⁶³ CIJ, 20 février 1969, « Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord », République Fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas et Danemark ; CIJ, 27 juin 1986, « Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique.

²⁶⁴ Henckaerts (J.-M.), « *Etude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés* », traduction de l'article original paru in RICR, n°857, mars 2005, pp.175-212, www.icrc.org

²⁶⁵ Henckaerts (J.-M.), « *Etude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés* », traduction de l'article original paru in RICR, n°857, mars 2005, pp.175-212, www.icrc.org

Cette dernière exigence accentue encore l'idée d'universalité, puisque la pratique d'Etats culturellement proches ne permettra pas d'établir l'existence d'une coutume internationale en droit humanitaire.

L'opinion juris plus difficile à découvrir en tant qu'élément indépendant de la pratique a son importance pour décider si une abstention constitue ou pas le respect d'une obligation juridique. En effet, celle-ci pourrait n'être que le fruit du hasard rien de plus. Elle se vérifie elle aussi pour tous les Etats et reste donc dans cette démarche universelle.

Il faut encore souligner que l'objet de l'étude n'était pas d'établir si tel traité, tel article faisaient partie du droit international coutumier, mais de découvrir les normes coutumières qui découlent d'une pratique uniforme et d'une opinio juris. C'est ce qui a permis d'étendre sur certains points la protection accordée aux victimes des conflits armés internes par rapport aux règles conventionnelles.

On trouve dans cette étude sur les règles coutumières l'obligation de distinction entre combattant et non-combattant, l'ensemble de la protection de la population civile contre des attaques ou des actions à son encontre. De même, il est reconnu que l'obligation de ne pas attaquer les biens civils est coutumière, avec la nuance de leur détournement en bien militaire. On retrouve encore les principes de discrimination dans l'attaque, de précaution, de proportionnalité, de protection des personnels sanitaires, religieux, de secours, de maintien de la paix, des journalistes. La protection des biens culturels et de l'environnement est aussi reconnue par l'ensemble des Etats, ainsi que les règles régissant la création et la protection des zones de sécurité. Les règles coutumières excluent aussi la perfidie, l'utilisation de certaines armes, rappellent les garanties fondamentales applicables, le traitement des prisonniers de guerre. Elles reconnaissent l'existence d'une responsabilité pénale pour les infractions aux règles coutumières aussi. Enfin, elles exigent le respect de ces normes de la part des Etats.

Ce développement, un peu long et non exhaustif, permet de constater que même si le but n'était pas celui-là, une grande partie des règles conventionnelles sont considérées comme devenues coutumières par le CICR et s'appliquent donc même aux Etats qui n'ont pas ratifié les traités correspondants. Ce qui est fondamental, notamment en matière de conflits armés non-internationaux, auxquels sont étendues certaines règles des conflits armés internationaux. La coutume ayant été étudiée à partir de la pratique des Etats, cela prouve que pour la majorité d'entre eux, même jaloux de leur souveraineté, certaines règles conventionnelles, même non ratifiées, doivent s'appliquer aux conflits internes.

L'étude du CICR, bien que constituant un apport indéniable au droit international humanitaire, a tout de même fait l'objet d'un certain nombre de critiques tant sur la méthodologie employée que sur les résultats obtenus. Ainsi certains auteurs ont soulevé la question de la définition de la pratique et son rapport avec l'opinio juris. Que peut-on considérer comme une pratique étatique ? Qu'est-ce qui ne l'est pas ?

Certains auteurs ont soulevé des problèmes d'interprétation ou de simplification des sources nationales. Ainsi Yoram DINSTEIM considère que c'est par erreur que l'étude assimile le manuel israélien relatif aux lois de la guerre de 1998 à un manuel militaire réunissant des règles obligatoires. Il affirme qu'il ne s'agit que d'un outil sans valeur légale facilitant l'instruction et l'entraînement des armées. Il ne reflèterait pas la position du gouvernement israélien en matière de droit coutumier international.²⁶⁶

Dans le même sens Timothy L.H. McCORMACK rapporte l'observation d'Hays PARKS au sujet d'une déclaration de l'Union Soviétique en faveur de la prohibition des armes particulièrement cruelles en raison de leur incompatibilité avec le droit international, et notamment le napalm. Selon Hays PARKS, la déclaration en question a été utilisée sans faire cas du contexte géopolitique dans lequel elle avait été prise qui permettait pourtant de conclure qu'elle ne reflétait pas vraiment la position officielle de l'URSS mais constituait seulement une manœuvre politique.²⁶⁷

Ces auteurs, ainsi que certains Etats²⁶⁸, dénoncent sinon un manque de rigueur, une forme de parti pris en faveur de la reconnaissance de la règle qui a tendu au franchissement de la ligne entre *lex lata* et *lex ferenda*²⁶⁹.

D'autres critiques portent sur le travail de codification et de rédaction des règles en raison de la nature évolutive du droit coutumier. Est-ce que figer celles-ci dans une forme déterminée ne risque

²⁶⁶ DINSTEIM Yoram, « The ICRC Customary International Humanitarian Law Study », International Law Studies Series US Naval War Collection, n°82, 2006, p. 103 : « From personal knowledge, I can attest that the so-called Israeli Manual on the Laws of War of 1998 – cited quite often throughout the Study – is not a genuine manual. As I tried on several occasions to point out to the authors of the Study prior to its publication – to no avail – this is merely a tool used to facilitate instruction and training, and it has no binding or even authoritative standing. The insistence on regarding the text as a manual has led the authors of the Study to a number of errors. »

²⁶⁷ McCORMACK Timothy L.H., « An Australian Perspective on the ICRC Customary International Humanitarian Law Study », International Law Studies Series US Naval War Collection, n°82, p. 93 et 94.

²⁶⁸ Voir en ce qui concerne les Etats-Unis par exemple : ERAKAT Noura, « The U.S. v. The Red Cross : Customary International Humanitarian Law and Universal Jurisdiction », Denver Journal of International Law and Policy, n°41, 2012-2013, p. 225 et s.

²⁶⁹ Par exemple : EMMANUEL Claude C. « Comments on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law », Canadian Yearbook of International Law, n°44, 2006, p. 447 : « Yet, the imprecision of international customary law allows international lawyers and activists to manipulate customary law and claim the existence of customary rules in areas where treaty law does not go far enough for their taste (human rights and protection of the environment) . The ICRC study falls within this trend. Its purpose is generous. It seeks to develop new rules in areas that are insufficiently regulated by humanitarian treaty law. However, the rules that are identified by the study are not clearly accepted by the whole international community. Yet, they are supposed to apply to all states. »

pas de nuire à leur évolution ? Comment formuler des règles par essence imprécise du fait de leur appartenance au droit coutumier ?

Ces critiques, parce qu'elles sont fondées, font craindre une perte de crédibilité de l'étude.²⁷⁰ Toutefois, comme le note Yves SANDOZ dans sa préface²⁷¹: « l'étude sur le droit international humanitaire coutumier n'aura atteint son but que si, précisément, on ne la considère pas comme un aboutissement mais comme un début, un tremplin. Elle montre ce qui existe et ce qui est fait, mais aussi ce qui n'est pas clair, ce qui manque, ce qu'il reste à faire. » Il rappelle aussi que le droit international coutumier est « un ciment entre les cultures et qu'il est essentiel de le rappeler et de s'en convaincre. »²⁷²

III. Consécration onusiennes.

L'Organisation des Nations Unies a aussi un rôle à jouer en matière de coutume comme en matière d'universalité du droit. Surtout si l'on admet que la coutume internationale n'est pas uniquement issue de la pratique et de l'opinio juris des Etats. Cette position n'est pas partagée par tous, mais il nous semble aujourd'hui que la communauté internationale est plus qu'une simple agrégation d'Etats et constitue sinon un sujet de droit à part entière, une entité distincte²⁷³. Or elle trouve à s'exprimer au sein des institutions internationales dans une enceinte de discussion universelle.

Dans le cadre de notre interrogation, l'influence de l'Organisation des Nations Unies sur le développement du droit international humanitaire se lit à deux niveaux. Le premier et sans doute le plus épineux est celui de l'application du droit international humanitaire aux opérations de maintien de la paix, c'est-à-dire quand les Nations Unies elles-mêmes ont recours à la force (A).

Le second tient plutôt à l'évolution du discours institutionnel et notamment celui du Conseil de sécurité dans le cadre des conflits armés. D'une quasi-indifférence à la question du droit humanitaire au début du fonctionnement des institutions onusiennes à l'omniprésence de sa prise

²⁷⁰ Voir DINSTEIM Yoram et Timothy L.H. McCORMACK, op. cit.

²⁷¹ SANDOZ Yves, Préface de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier, volume I, p. XXVIII

²⁷² Ibidem, p. XXVII

²⁷³ La Communauté internationale n'est pas encore, et ne le sera peut-être jamais, un sujet de droit à part entière, mais au travers des règles qui lui sont applicables, elle apparaît comme sujet potentiel, virtuel qui déjà se voit reconnaître des droits et obligations. Voir en ce sens :

Paulus Andreas, « International law and international community », Rootledge, coll. Rootledge Handbooks of International Law, dir. David Armstrong, New-York, 2009, p. 44 et s. ; Gilbert Guillaume, La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle, Le regard d'un juge, Paris, Pédone, 2003, p. 189 et s. : « 1) Existe-t-il en droit une "Communauté internationale" porteuse de valeurs universelles, ou ne s'agit-il que d'un terme sans signification juridique? »

en compte aujourd'hui, on peut affirmer aujourd'hui que les Nations Unies ont acquis un rôle important dans l'application, le respect et le développement du droit des conflits armés (B).

A. L'application du droit international humanitaire aux opérations de maintien de la Paix.

Il n'est sans doute pas possible d'affirmer que l'application du droit international humanitaire aux opérations de maintien de la Paix relève du développement du droit international humanitaire coutumier, mais il s'agit tout de même d'un développement relativement récent du droit qui n'est pas fondé sur des conventions mais essentiellement sur une pratique institutionnelle d'abord hésitante puis de plus en plus solide.

L'applicabilité du droit des conflits armés aux opérations de maintien de la Paix a longtemps été l'objet de controverse. En effet, ces opérations n'apparaissent pas comme entrant, *per se*, dans le champ d'application du droit humanitaire et de nombreux arguments ont pu être avancés justifiant de la non-pertinence du droit des conflits armés à leur égard.

On a pu ainsi avancer que l'idée que les opérations de maintien de la Paix parce qu'elles sont issues de résolutions du Conseil de sécurité et prises dans le but de maintenir la paix n'avaient pas à être soumises aux règles normales applicables aux autres parties au conflit. L'idée dans ce cas revenait à dire que la juste cause défendue par les opérations de maintien de la Paix justifiait l'inapplicabilité du droit humanitaire. Cet argument, aussi tentant soit-il, n'a jamais été vraiment recevable.

En revanche, a aussi été évoqué le fait que les opérations de maintien de la Paix ne constituaient pas des forces armées ou des groupes de combattants au sens du droit humanitaire, pas plus qu'elles n'étaient à proprement parlé composées de civils. Certains ont souligné qu'elles ne devaient pas non plus être considérées comme des Parties au conflit. D'autant que si elles devaient être considérées comme une partie au conflit à part entière, les casques bleus deviendraient des cibles légitimes.

D'un point de vue plus technique, il est certain que la question diffère en fonction des cas de figures. S'il s'agit d'une opération de maintien de la paix sans mandat coercitif, la question de l'applicabilité du droit international humanitaire n'est peut-être pas pertinente.

De plus, l'Organisation des Nations Unies n'est pas partie aux traités de droit humanitaire et de ce fait ne pourrait être liée que par la coutume.²⁷⁴

²⁷⁴ Voir pour une explication plus précise : HOFFMAN Michael M., « Peace-enforcement actions and humanitarian Law : Emerging rules for « interventional armed conflicts », RICR, n°837, mars 2000, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jqcy.htm> et GRENFELL Katarian, « Regard sur l'applicabilité et l'application du droit international humanitaire : le contexte onusien », RICR, volume 95, 2013/3 et 4, p. 137 et s.

Malgré l'ensemble de ces difficultés, il est vite apparu nécessaire de déterminer les règles auxquelles devaient être soumises les opérations de maintien de la paix surtout lorsqu'elle avait un mandat coercitif qui impliquant dans les faits le recours à la force armée. Au départ, la soumission des opérations de maintien de la paix aux règles du droit international humanitaire se faisait au cas par cas puis en 1999, le Secrétaire Général des Nations Unies, Kofi Annan à l'époque, adopta une circulaire sur le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies²⁷⁵. Son but est « d'établir les principes et règles fondamentaux du droit international humanitaire applicables aux forces des Nations Unies qui mènent des opérations sous le commandement et le contrôle de l'Organisation des Nations Unies ». La circulaire ne compte que quatre pages mais retient cependant l'ensemble des dispositions essentielles du droit de la guerre. Elle ne fait pas la distinction entre conflit armé interne ou conflit armé international se contentant d'évoquer une situation de conflit armé dans laquelle les forces des Nations Unies combattraient activement soit dans le cadre d'une intervention de contrainte, soit dans celui de la légitime défense. Cette circulaire est toujours en vigueur et gouverne la question de l'application du droit international humanitaire aux forces des Nations Unies ainsi qu'en atteste les Principes et Orientations des Opérations de maintien de la Paix des Nations Unies, ou doctrine Capstone qui intègre le droit international humanitaire au cadre normatif des opérations de maintien de la Paix des Nations Unies²⁷⁶. De plus, les Nations Unies s'engagent dans le cadre de chaque opération, via ses accords sur le statut des forces à respecter le droit des conflits armés²⁷⁷.

B. L'application du droit international humanitaire par les Nations Unies.

A côté de la soumission au droit international humanitaire des forces des Nations Unies elles-mêmes en tant que parties au conflit, il est de plus intéressant de noter que le Conseil de sécurité a également précisé qu'il relevait de leurs mandats de s'assurer de la protection des victimes des conflits armés. C'est-à-dire, faire en sorte qu'elles ne soient pas, entre autres, victimes de violation du droit international humanitaire. Les Opérations de maintien de la paix ont donc aujourd'hui, pour partie, la responsabilité de faire respecter le droit des conflits armés. Deux résolutions du Conseil de sécurité sont essentielles sur ce point : la résolution 1612, du 26 juillet 2005²⁷⁸, relative à la

²⁷⁵ Circulaire du SGNU, 6 août 1999, ST/SGB/1999/13, « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies »

²⁷⁶ Nations Unies, Département des opérations de maintien de la paix, Département de l'appui aux missions, Principes et Orientations des Opérations de maintien de la Paix des Nations Unies, p.15, http://www.un.org/fr/peacekeeping/documents/capstone_doctrine_fr.pdf

²⁷⁷ GRENFELL Katarian, « Regard sur l'applicabilité et l'application du droit international humanitaire : le contexte onusien », RICR, volume 95, 2013/3 et 4, p. 141

²⁷⁸ Conseil de sécurité, S/RES/1612 (2005)

protection des enfants dans les conflits armés et la résolution 1674, du 28 avril 2006²⁷⁹, sur la protection des civils dans les conflits armés.

On trouve ainsi dans la première résolution aux paragraphes 10 et 12 l'intention du Conseil de sécurité d'intégrer systématiquement dans les mandats des opérations de maintien de la paix la protection des enfants contre les effets de la guerre :

« 10. Souligne la responsabilité qui incombe aux missions de maintien de la paix et aux équipes de pays des Nations Unies, selon leurs mandats respectifs, de veiller à ce qu'il soit effectivement donné suite aux résolutions du Conseil de sécurité, de répondre de manière coordonnée aux problèmes que posent les enfants touchés par un conflit armé, de suivre la situation et de faire rapport à ce sujet au Secrétaire général ; [...]

12. Décide de continuer d'insérer des dispositions visant spécifiquement à protéger les enfants dans les mandats des opérations de maintien de la paix des Nations Unies (...). »

La résolution du 28 avril 2006 relative à la protection des civils dans les conflits armés réaffirme toutes les grandes interdictions et obligations du droit international humanitaire relatives aux personnes civiles et enjoint les Etats à les respecter. Mais le Conseil de sécurité reprend également à son compte les obligations de protéger les camps de réfugiés ou de personnes déplacées²⁸⁰ ainsi que celles de diffusion du droit international humanitaire²⁸¹.

Et surtout il « [r]éaffirme sa pratique qui consiste à faire en sorte que les mandats des missions de maintien de la paix, des missions politiques et des missions de consolidation de la paix des Nations Unies comportent, selon qu'il conviendra et au cas par cas, 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

²⁷⁹ Conseil de sécurité, S/RES/1674 (2006)

²⁸⁰ §14. Réaffirme qu'il faut garantir la sécurité et préserver le caractère civil des camps de réfugiés et de personnes déplacées, souligne la responsabilité qui incombe au premier chef aux États à cet égard, et encourage le Secrétaire général, chaque fois que nécessaire et dans le contexte des opérations de maintien de la paix en cours et de leurs mandats respectifs, à faire tout ce qui est possible pour garantir la sécurité dans ces camps et aux alentours ainsi que la sécurité des personnes qui y vivent

²⁸¹ §17. Réaffirme que, s'il y a lieu, les missions de maintien de la paix des Nations Unies et d'autres missions devraient veiller à diffuser des informations concernant le droit international humanitaire, les droits de l'homme et le droit des réfugiés et l'application de ses résolutions pertinentes;

atteindre ces objectifs, ii) que la priorité soit accordée à la protection des civils dans les décisions concernant l'utilisation des capacités et des ressources disponibles, y compris les informations et renseignements voulus, pour l'exécution des mandats, et iii) que les mandats portant protection des civils soient exécutés. »²⁸²

Depuis ces résolutions, les mandats des nouvelles opérations de maintien de la paix prévoient presque tous parmi les différentes missions assumées par les forces des nations unies, la protection des civils, des femmes, des enfants touchés par le conflit armé, dès lors qu'elles interviennent dans un contexte de conflit armé déclaré. C'est ainsi le cas de ceux de la MINUAD au Darfour²⁸³ ; de la MINUSMA²⁸⁴ au Mali²⁸⁵ ; de la MINUSCA²⁸⁶ en République Centre-Africaine dont la mission principale est la protection des civils ; de la MINUSS au Soudan du Sud²⁸⁷ à laquelle le Conseil de sécurité a attribué pour mission principale depuis 2014 la protection des personnes civiles²⁸⁸ ; de l'ONUCI en Côte d'Ivoire²⁸⁹ ou encore de la MONUSCO²⁹⁰ qui a pris la suite de la MONUC²⁹¹ en République Démocratique du Congo en 2010²⁹².

La pratique onusienne a permis d'étendre l'application du droit international humanitaire à un contexte qui n'avait jamais été envisagé avant, tant dans le cadre du développement du droit des conflits armés que dans celui des traités onusiens eux-mêmes. Ce développement s'est fait essentiellement sur la base d'une pratique somme toute assez logique. Il eut été aberrant de penser que les forces de maintien de la paix étaient autorisées à viser les civils, à utiliser tous les moyens et méthodes de combat imaginables etc.

²⁸² §16 de la résolution.

²⁸³ Opération hybride Union africaine-Nations Unies au Darfour dont le mandat est prévu par la résolution 1769 du Conseil de sécurité du 31 juillet 2007.

²⁸⁴ Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation au Mali

²⁸⁵ C'est par sa résolution 2164, du 25 juin 2014, que le Conseil de sécurité a décidé d'axer la mission de la MINUSMA entre autres sur la protection des civils.

²⁸⁶ Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation en République centrafricaine dont le mandat est prévu par la résolution 2149 du 10 avril 2014.

²⁸⁷ Mission des Nations Unies au Soudan du Sud

²⁸⁸ Résolution 2155, 27 mai 2014.

²⁸⁹ Opération des Nations Unies en Côte d'Ivoire. Résolution 1528 du 27 février 2004.

²⁹⁰ Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo.

²⁹¹ Mission de l'organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo

²⁹² Résolution 1925 du 28 mai 2010.

**TITRE II. L'ABANDON PROGRESSIF DU PRINCIPE DE RECIPROCITE OU LA CONSECRATION D'UN
DROIT DE LA PERSONNE HUMAINE.**

La réciprocité a aujourd'hui largement perdu de son importance au sein du droit international humanitaire, pourtant la logique même de la guerre ne permettait pas nécessairement d'envisager un tel effacement.

Les Conventions relatives aux droits de l'homme n'ont jamais été soumises au principe de réciprocité du fait même de leur nature. En effet, lorsqu'un Etat décide d'adhérer à une convention de protection des droits de l'homme, il le fait moins dans le cadre d'un contrat que dans la volonté de se lier lui-même. De toute évidence, ces conventions ne créent pas de droits pour les autres Etats signataires mais créent des obligations à la charge de l'Etat signataire et reconnaissent les droits des individus ou des groupes d'individus.

La réciprocité dans ce contexte paraîtrait naturellement absurde. Comme l'indique, Frédéric Sudre : « *Le Droit international des droits de l'homme, à l'inverse du régime de principe du droit international général, est rebelle à toute idée de contrat et ignore le principe de réciprocité. La jouissance des droits de l'homme ne saurait être subordonnée au respect de la réciprocité des obligations contractées par les Etats les uns envers les autres.* »²⁹³

Elle impliquerait par exemple qu'un Etat ne pratiquant pas la peine de mort à ses citoyens, l'appliquerait en revanche aux étrangers venus d'Etats qui ne l'ont pas abrogé, même chose pour les droits des homosexuels. Pour cette raison juridique mais également parce que le droit des droits de l'homme correspond également à une idéologie universaliste de l'homme et des droits dont il dispose, la réciprocité n'a pas droit de cité dans cette branche du droit international.

La Convention européenne des droits de l'homme de 1950²⁹⁴ affirme cette particularité propre aux traités de droit international des droits de l'homme dès son article 1, rédigé en ces termes :

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. » Cette rédaction établit clairement que les Etats s'engagent vis-à-vis des individus et non vis-à-vis des autres Etats. On la retrouve au début de la plupart des traités relatifs à la protection des droits de l'homme.²⁹⁵

²⁹³ Sudre Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 11^e édition, 2012, p.61.

²⁹⁴ Le choix de citer en plein texte cette convention plutôt que les Pactes de 1966 qui ont une portée universelle tient à son antériorité. La Convention est le premier texte contraignant relatif aux droits de l'homme dans leur ensemble à adopter cette formulation.

²⁹⁵ Pour exemple :

Article 2 alinéa 1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (1976) :

« Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune,

En va-t-il exactement de même pour le droit international humanitaire ? Non, la réponse est aisée. En effet, nous avons dit et répété tout au long de cette partie que la guerre était envisagée comme un échange qui aurait mal tourné et la violence réciproque s’y substituerait au don. La réciprocité se maintient donc mais elle prend un tour alors négatif dont nous avons déjà exploré les avatars au travers des conflits de reconnaissance et de la vengeance.

Les règles du droit humanitaire reflètent cet état de fait. Il présuppose un échange celui de la violence et la volonté des Etats de souscrire à des obligations mutuelles afin de réguler cette violence dans le cadre de la création classique de droits et d’obligations.

D’ailleurs, à l’inverse de la situation décrite ci-dessus, le régime des représailles prévoyait exactement la possibilité d’infliger un traitement similaire aux ressortissants d’un Etat qui lui-même aurait violé les règles du droit humanitaire.

Cependant, le droit humanitaire ne s’arrête pas là, en plus de ce caractère contractuel, il souscrit à la philosophie humaniste qui veut que l’être humain soit protégé en raison de son humanité et en dépit de ses appartenances.

Ces deux aspects du droit humanitaire expliquent la tension entre les intérêts contractuels des Etats qui supposent des obligations équivalentes réciproques et l’exigence de protection de l’être humain qui elle ne saurait être satisfaite par la simple application du principe de réciprocité.

Ainsi, la réciprocité, fondement du droit international tend bien à s’effacer dans le droit international sans y parvenir complètement tant à l’égard de la réciprocité des engagements (Chapitre I) qu’à celui de la réciprocité d’obligation (Chapitre II).

notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

Article 1^{er} de la Convention américaine relative aux droits de l’homme du 22 novembre 1969 : « Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale. »

Article 2 alinéa 1 de la Convention de Paris relative aux droits de l’enfant du 20 novembre 1989 (1990) :

« Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. »

CHAPITRE I : La réciprocité, un fondement du droit international en voie de disparition dans le DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE.

La régulation des conflits armés s'est, nous l'avons vu, d'abord développée en dehors du cadre du droit international positif au travers des normes produites par l'Eglise ou par les usages de la guerre tels qu'ils ont pris forme au fil des siècles. Le jeu de la réciprocité existait sans pour autant être formalisé.

Il le sera cependant dans les premières conventions relatives au droit humanitaire moderne. En effet, né dans le cadre des conflits armés internationaux classiques qui opposaient deux Etats appartenant de manière générale à la même civilisation et au même environnement culturel²⁹⁶, il apparaissait légitime que les limites posées à la guerre prennent la forme d'un échange d'engagements réciproques qui devait bénéficier à tous et permettre également de préserver les relations futures. De plus, ces conflits anciens ne présentaient pas la même complexité que les conflits actuels, ils n'impliquaient pas autant la population civile et le droit était d'abord et avant tout conçu pour les forces armées. Or, il a existé très tôt une sorte de fraternité au sein des forces armées qui permettait le respect de la partie adverse.

Les règles de protection posées ne sont pas destinées à s'appliquer à ses propres troupes mais bien à celles de l'autre camp, en échange, en principe, d'un traitement équivalent de ses soldats blessés ou faits prisonniers. Cet aspect perdure dans le droit actuel même s'il a été nettement atténué dans le droit des conflits armés internes.

Bien comprendre la place accordée à la réciprocité des engagements dans le droit international humanitaire (Section 2), il faut d'abord s'intéresser au fonctionnement de la réciprocité en droit international en général et à l'évolution du régime dans le droit des conflits armés (Section 1).

²⁹⁶ Même si parmi les trente-sept Etats parties figurent dix-huit Etats latino-américains, africains et asiatiques. La majorité (dix-neuf Etats) appartient au continent européen et nord-américain. Il est plus pertinent toutefois pour déterminer les influences culturelles à l'œuvre lors de la rédaction de la Convention de s'intéresser aux Etats ayant participé à la conférence de La Haye et signé la Convention en 1907. Parmi le vingt-cinq Etats signataires en 1907 seuls neuf, tous latino-américains à l'exception du Japon.

Section 1. La réciprocité dans tous ses états.

Avant de nous attarder sur l'évolution de la réciprocité des engagements dans le droit international humanitaire (§2), il nous faut tout d'abord revenir brièvement sur sa place en droit international, sur son mode de fonctionnement et sur les différentes facettes du principe (§2).

§1. Réciprocité et droit international conventionnel, un principe indépassable.

Selon Emmanuel Decaux, dont la thèse publiée en 1980 est une référence sur cette question, la réciprocité est un élément indispensable du droit international parce qu'il s'agit d'un droit relationnel et non d'un droit institutionnel.²⁹⁷ Il écrit ainsi : « *Alors que dans un droit institutionnel, l'égalité des parties va de pair avec la subordination à la norme juridique, dans le droit relationnel, ce qui prime c'est l'affirmation des souverainetés. Le rôle de la réciprocité est de coordonner ces affirmations unilatérales, de transformer la pluralité anarchique en unité juridique. [...] Par définition tautologique, un droit relationnel est un droit réciproque, fondé sur le lien juridique entre droits et obligations.* »²⁹⁸

Si le principe de réciprocité trouve une application privilégiée dans le droit conventionnel qui repose par définition sur le principe de l'échange et du compromis (I), elle subsiste dans certains engagements unilatéraux (II), et pour certains conserve un rôle dans le développement de la coutume (III).

I. La réciprocité dans le droit conventionnel.

C'est dans le droit conventionnel que le principe de réciprocité trouve son expression la plus aboutie.

Il est ce que Sean Watts appelle une règle secondaire du droit international²⁹⁹, que l'on pourrait aussi dire matricielle. A la différence des règles primaires ou matérielles, dont elle guide

²⁹⁷ Bien qu'émergent et se développent depuis quelques années des éléments d'un droit institutionnel dans différentes enceintes et dans différents domaines. Il faut aussi noter en ce sens le rôle toujours plus important des institutions juridictionnelles.

²⁹⁸ DECAUX Emmanuel, La réciprocité en droit international, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de Droit international, Paris, 1980, p.12

Voir dans le même sens Virally Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », RCADI, 1967, t. 222, p. 35 :

« La réciprocité formelle par identité des engagements conserve sa valeur, dans beaucoup de cas, pour les raisons déjà évoquées: à savoir que, dans certaines catégories de traités, notamment les traités normatifs, elle est imposée par le souci de sauvegarder au moins formellement la souveraineté et l'égalité des Etats contractants. »

²⁹⁹ Watts Sean, « Reciprocity and the law of war », Harvard International Law Journal, Summer 2009, 50, 365, Lexis-nexis :

l'application, elle fait partie, pour ainsi dire, des règles constitutionnelles de la société internationale. Elle est en cela un lien entre le domaine politique et le domaine juridique. Elle participe à la définition du cadre juridique qui permet aux Etats d'entrer en relation et de coopérer. Parce qu'elle est d'abord une règle sociale qu'il convient d'observer, elle est devenue une norme juridique, créatrice d'obligation.

En tant que règle fondamentale du droit international, elle est formalisée à l'article 60 du Traité de Vienne de 1969.

La rédaction de cet article porte exclusivement sur l'aspect négatif de la réciprocité et non sur son aspect positif qui n'apparaît que sous-entendu dans le texte. La règle ne naît que par le bon-vouloir réciproque, dès lors qu'il disparaît, le principe de réciprocité implique que la règle cesse d'être.

Cependant, si ces deux aspects de la réciprocité sont intimement liés, il ne sert pas nécessairement les buts du chercheur de ne pas les distinguer et ne permet pas d'envisager toutes les situations possibles dans lesquelles la réciprocité peut s'exprimer.

Ainsi, Sean Watts identifie deux expressions de la réciprocité dans le cadre du droit international. La réciprocité d'obligation et la réciprocité d'application.³⁰⁰

A. La réciprocité d'obligation ou réciprocité des engagements.

La réciprocité d'obligation que l'on pourrait aussi qualifier d'initiale, est celle qui fait de l'engagement une loi pour les Parties au traité. Les Etats Parties ne souscrivent, traditionnellement, des obligations qu'à l'égard des autres Etats signataires. Et ils le font réciproquement.

Le principe d'une convention est de créer des obligations pour les Parties signataires, obligations qui sans être nécessairement identiques sont réciproques au sens que dès lors que l'une des Parties ne les respectent pas l'autre n'y est plus tenue non plus.

« Chacun ne s'engage que dans la mesure où l'autre s'engage, chacun ne respecte son engagement que si autrui le respecte... Cette relativité est double. C'est d'abord celle d'un droit dont les règles ne s'imposent pas par elles-mêmes, mais dépendent d'un va-et-vient juridique entre les parties. »³⁰¹

«The law of treaties is a set of secondary rules--in other words, "rules about rules." n21 Secondary rules guide the application and interpretation of primary rules that prescribe or describe lawful conduct. [...]The principle of reciprocity has long been recognized as an important secondary rule under the law of treaties. Reciprocity places conditions on the binding force, interpretation, and operation of treaties. »

³⁰⁰ Watts Sean, « Reciprocity and the law of war », Harvard International Law Journal, Summer 2009, 50, 365, Lexis-nexis :

« Understood broadly, reciprocity operates in both an obligational sense and an observational sense. »

³⁰¹ DECAUX Emmanuel, La réciprocité en droit international, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de Droit international, Paris, 1980, p. 321.

Evidente dans les traités bilatéraux, la réciprocité d'obligation se perçoit également dans les traités multilatéraux par le jeu des réserves.

En effet, si la multi-latéralité peut paraître au premier abord diluer la réciprocité, les réserves soulignent bien le fait que ce n'est pas complètement le cas. Le principe de liberté s'accompagne du principe de l'effet réciproque des réserves qui est apparu absolument indispensable pour équilibrer les obligations des Etats. Là encore, la lecture de la Convention de Vienne de 1969 est éclairante sur ce point puisqu'elle prescrit qu'une obligation vis-à-vis de laquelle un Etat émettra une réserve non seulement cessera de s'appliquer pour lui mais également pour les autres Etats dans leur rapport avec lui.³⁰² Cet effet des réserves démontre clairement le rôle constitutif de la réciprocité dans la création de l'obligation.

Cette réciprocité d'engagement fait dire à Michel Virally que de ce point de vue tous les traités sont soumis au principe de réciprocité. Ce ne sont pas en effet les obligations qui sont réciproques considérées sous cet angle, mais seulement la volonté d'y souscrire. Les Etats n'acceptent de faire de concessions que parce que des concessions équivalentes sont faites par les autres Etats.³⁰³ Il écarte de cette hypothèse les traités d'indemnisation par lesquels un Etat s'engage unilatéralement.

B. La réciprocité d'application.

L'autre facette de la réciprocité, la réciprocité d'application est celle développée par l'article 60 de la Convention de Vienne. La réciprocité joue sur la naissance de l'obligation, elle joue également sur sa persistance. L'idée est que dès lors qu'un Etat cesse d'appliquer une règle posée par le traité, les autres Parties contractantes sont alors libérées de cette contrainte. Et c'est là ce que

³⁰² Article 21 du Traité de Vienne de 1969 « Effets juridiques des réserves et des objections aux réserves » (extraits) :

« 1. Une réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23 :

a) Modifie pour l'Etat auteur de la réserve dans ses relations avec cette autre partie les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, dans la mesure prévue par cette réserve; et

b) Modifie ces dispositions dans la même mesure pour cette autre partie dans ses relations avec l'Etat auteur de la réserve.

2. La réserve ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres parties au traité dans leurs rapports inter se. »

³⁰³ Virally Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », RCADI, 1967, t. 222, p. 43 :

« Mise à part l'hypothèse exceptionnelle des conventions bilatérales dans lesquelles une seule partie s'oblige envers l'autre (conventions d'indemnisation, par exemple), tous les traités réalisent un échange d'engagements entre les contractants. Tous sont donc soumis, dans cette mesure, au principe de réciprocité, quel que soit leur objet. »

les Etats ont convenu en 1969, en prévoyant qu'une violation substantielle d'un traité pouvait entraîner sa suspension ou sa terminaison.³⁰⁴

La réciprocité négative s'exprime aussi au travers des mesures pacifiques prises dans le but de contraindre un Etat au respect de ses obligations.

Sur ce dernier point, il faut cependant discuter de l'assimilation des contre-mesures à la mise en œuvre du principe de réciprocité. Si elles présentent des liens évidents, il est possible de considérer également que les premières dépassent le champ du second, du moins à première vue.

Les contre-mesures consistent « *pour un Etat ou un ensemble d'Etats, à utiliser différentes mesures restrictives, comme un blocus commercial, une prohibition d'échanges économiques ou une interdiction de visas, de manière délibérément coercitive pour persuader un autre Etat, ou certains individus et groupes, de mettre un terme à une action en cours, de revenir au statu quo ante, ou pour les contraindre à une action qu'ils jugent indésirable.* »³⁰⁵

Elles entrent pleinement dans le domaine du principe de réciprocité dès lors qu'elles visent à rétablir un équilibre rompu par une violation initiale du droit international commise par un Etat membre de la communauté internationale. C'est le cas des mesures individuelles prises par un Etat à l'encontre de l'Etat qui lui a causé un dommage, dommage qu'il ne peut espérer voir réparer autrement. Quelle que soit la nature exacte de la mesure, rétorsion ou représailles, le but est bien de punir un acte préjudiciable qui entraîne la responsabilité de l'Etat commettant. Comme il est souligné dans le manuel Droit International Public de Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, « *on constate*

³⁰⁴ Article 60 paragraphe 1 à 4 de la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités « Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation » :

1. Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.

2. Une violation substantielle d'un traité multilatérale par l'une des parties autorise :

a) Les autres parties, agissant par accord unanime, à suspendre l'application du traité en totalité ou en partie ou à mettre fin à celui-ci : i) Soit dans les relations entre elles-mêmes et l'Etat auteur de la violation;

ii) Soit entre toutes les parties;

b) Une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation;

c) Toute partie autre que l'Etat auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité.

3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :

a) Un rejet du traité non autorisé par la présente Convention; ou

b) La violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité.

4. Les paragraphes qui précèdent ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation.

³⁰⁵ BATTISTELLA Dario, PETITEVILLE Franck, SMOUTS Marie-Claude, VENESSON Pascal, « Sanctions », Dictionnaire des relations internationales, Dalloz, Paris, 2012, p. 501

qu'ainsi, atteinte initiale à l'illicite et réaction en défense demeurent circonscrits dans un cadre bilatéral très marqué par la logique de la réciprocité. »³⁰⁶

Mesure de rétorsion et représailles se distinguent non par le but poursuivi mais par leur nature. Les mesures de représailles sur lesquelles nous reviendrons plus longuement par la suite³⁰⁷ se définissent comme « *des mesures de contrainte, dérogoires aux règles ordinaires du Droit des Gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit* ». ³⁰⁸ Les mesures de rétorsion sont, elles, des mesures licites. Elles « *sont en principe de la compétence discrétionnaire des Etats, comme le fait de maintenir ou de suspendre des relations commerciales.* »³⁰⁹

Pour Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, en tant que mesures prises individuellement, « *la rétorsion et les représailles s'apparentent de fait étroitement l'une et les autres à des mesures d'exécution forcée prises dans un contexte de réciprocité.* »³¹⁰

Alors que pour Sean Watts, il faut les distinguer de la réciprocité en ce qu'elles visent moins au rétablissement de l'équilibre qu'au seul respect du droit international et que si les contre-mesures correspondent en effet à l'exigence de contingence de la réciprocité, elles ne respectent pas forcément celles d'équivalence.³¹¹ Il est en effet difficile d'établir une équivalence entre l'invasion de l'Afghanistan par les troupes de l'URSS et l'embargo céréalier imposé par les Etats-Unis en réponse. Toutefois ces mesures ont pour but de rétablir la réciprocité des obligations. La démarche diffère en cela de la simple réciprocité négative. Dans ce dernier cas, l'obligation n'en est plus une et tous les Etats sont libres de ne plus la respecter, alors que dans l'hypothèse des contre-mesures l'obligation est maintenue et ce qui est visé est son respect par l'ensemble des Etats parties.

Pour cette raison, les contre-mesures et les représailles ne peuvent être exclues du champ de la réciprocité d'application même si elles le dépassent.³¹² Elles le dépassent dans deux dimensions

³⁰⁶ DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, Droit International Public, Dalloz, coll. Précis, Paris, 2012, p. 562.

³⁰⁷ Dans le cadre de la réflexion sur les représailles dans le droit humanitaire.

³⁰⁸ Définition donnée par l'Institut de Droit international dans sa résolution relative au régime des représailles en temps de paix de 1934.

³⁰⁹ LEBEN Charles, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », AFDI, 1982, Volume 28, n°28, p. 16.

³¹⁰ DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, Droit International Public, Dalloz, coll. Précis, Paris, 2012, p. 565

³¹¹ WATTS Sean, « Reciprocity and the law of war », Harvard International Law Journal, Summer 2009, 50, 365, Lexis-nexis, voir paragraphe : "Reprisals distinguished".

³¹² LEBEN Charles, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », AFDI, 1982, Volume 28, n°28, p. 16 :

« Par ailleurs, les mots « représailles » (non militaires) et « rétorsions » sont très souvent utilisés dans le cadre du mécanisme de la réciprocité, tel qu'il s'exprime dans les traités bilatéraux ou multilatéraux. Ils offrent une

qui se rejoignent. D'abord lorsque les mesures visent à faire respecter une norme *erga omnes* ou une norme de *jus cogens* dont la force obligatoire n'est pas fondée sur le principe de réciprocité mais également lorsque ces mesures sont prises dans un cadre collectif, tel que celui des Nations Unies.

Malgré tout, cette exclusion juridique de la réciprocité dans de telles occurrences ne la fait pas disparaître des relations interétatiques pour autant.

Un très bon exemple de cette situation peut être tiré des événements entourant la crise ukrainienne de 2014 qui n'est pas sans rappeler la période de la guerre froide qui avait connu un développement important du jeu des sanctions. L'intervention de la Russie en Crimée, et l'annexion de cette dernière, a constitué pour l'ensemble ou presque des observateurs une violation grave du droit international en ce qu'elle contrevient à l'exigence du respect de l'intégrité territoriale des Etats et portait atteinte à la souveraineté de l'Ukraine. Cette action a été suivie par l'adoption de mesures de sanction par les Etats-Unis et les pays membres de l'Union européenne³¹³. A ces sanctions, la Fédération de Russie a elle-même répondu par la mise en place d'un embargo sur les importations de nourriture en provenance de ces deux zones. Cet enchaînement démontre l'évidence de la réciprocité de la relation, ici dans sa dynamique négative.

Cependant, la réciprocité d'application n'est pas toujours négative. Dans sa forme positive, l'idée est que le respect de l'obligation encourage les autres participants à faire de même. Cette forme positive de la réciprocité est particulièrement visible dans les dispositions relatives aux parties non contractantes et aux mouvements armés rebelles dans les conflits armés, sur lesquelles nous reviendront en détail par la suite.³¹⁴

Mais de ce point de vue, elle aura tendance à s'exprimer plutôt dans le domaine de ce qu'on appelle aujourd'hui la *soft law*. En se conformant à un comportement ne reposant pas sur une règle contraignante, l'Etat peut encourager un comportement réciproque similaire.

adéquation moindre pour rendre compte des actions entreprises dans le domaine des droits de l'homme (« politique Carter », « sanctions » contre l'Ouganda) ou même des mesures prises par les Etats-Unis à l'encontre d'Etats apportant leur aide directe au terrorisme international qui sortent du cadre de la stricte réciprocité.

³¹³ Etats-Unis et Europe ont décidé d'abord le gel des avoirs de différentes personnalités russes et ukrainiennes, puis mis en place des sanctions de plus grande envergure impliquant par exemple des mesures d'embargo financier et commercial. De son côté la Russie a décrété un embargo sur tous les produits alimentaires en provenance notamment de l'Union européenne et des Etats-Unis, provoquant le désarroi d'une part des producteurs européens pour lesquels la Russie est un marché important d'autre part des habitants de la Russie qui voient les rayonnages se vider. Voir : Messina Marina, « Le détail des sanctions internationale contre la Russie », Le Monde.fr, rubrique Les Décodeurs, 30 juillet 2014 et la page consacrée à l'embargo russe sur Francetvinfo.fr, <http://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/embargo-russe/>

³¹⁴ Cf. Section suivante.

II. La réciprocité dans le cadre d'un engagement unilatéral.

Le consentement à la juridiction de la Cour peut intervenir dans le cadre d'obligations réciproques évidentes si elle est prévue dans un traité ou que les Etats s'accordent spécifiquement pour saisir la Cour.

Mais le statut de la CIJ a également prévu la possibilité de souscrire à une clause dite de juridiction obligatoire par le biais d'une déclaration unilatérale. Cette formulation pourrait laisser penser à tort que cette déclaration unilatérale engage l'Etat indépendamment des engagements réciproques des autres Etats. En effet, comme tous les juristes le savent, cette clause reste soumise au principe de réciprocité, ainsi que le prévoit l'article 36 du Statut de la Cour.

Non seulement, bien sûr les Etats ne s'engagent qu'à l'égard des autres Etats qui auraient souscrit aux mêmes obligations, mais certains Etats se sont montrés très pointilleux sur le niveau d'engagement réel des autres Etats.

La lecture des différentes déclarations faites à ce jour permet de voir que les Etats sont particulièrement attachés à cette exigence de réciprocité. Soixante-neuf déclarations ont été enregistrées³¹⁵. Dix-sept Etats³¹⁶ ont complété cette exigence de réciprocité immédiate par une exclusion des acceptations ponctuelles de la juridiction de la Cour ou des déclarations d'acceptation de juridiction obligatoire de la Cour ayant eu lieu dans l'année ayant précédé l'introduction du litige devant la Cour, afin précisément d'éviter « *une fausse réciprocité* » de l'engagement qui n'aurait dans ce cas d'autre valeur que strictement opportuniste.³¹⁷ On perçoit ici une exigence accrue de réciprocité complète et réelle devant l'importance de l'engagement pris par l'Etat.

III. Le rôle du consentement réciproque dans le développement de la coutume.

³¹⁵ Allemagne, Australie, Autriche, Barbade, Belgique, Botswana, Bulgarie, Cambodge, Cameroun, Canada, Chypre, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Danemark, Djibouti, Commonwealth de Dominique, Egypte, Espagne, Estonie, Finlande, Gambie, Géorgie, Grèce, République de Guinée, Guinée-Bissau, Haïti, Honduras, Hongrie, Inde, Irlande, Japon, Kenya, Lesotho, Libéria, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malawi, Malte, Maurice, Mexique, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Panama, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République démocratique du Congo, République Dominicaine, Royaume-Uni, Sénégal, Slovaquie, Somalie, Soudan, Suède, Suisse, Surinam, Swaziland, Timor-Leste, Togo, Uruguay.

³¹⁶ Allemagne, Australie, Bulgarie, Chypre, Espagne, Hongrie, Inde, Japon, Lituanie, Malte, Maurice, Nouvelle-Zélande, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Slovaquie, Somalie.

³¹⁷ A titre d'exemple et typiquement dans la déclaration d'acceptation allemande du 1^{er} mai 2008 : « En cas de différend à l'égard duquel toute autre partie en cause a accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice uniquement en ce qui concerne ledit différend ou aux fins de celui-ci; ou lorsque l'instrument d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour au nom d'une autre partie au différend a été déposé ou ratifié moins de 12 mois avant le dépôt de la requête portant le différend devant la Cour. »

Le rôle de la réciprocité dans le cadre coutumier est difficile à cibler parce qu'elle n'est jamais formelle. Les Etats sont liés par la coutume individuellement et non du fait de leurs relations. A titre d'exemple la coutume peut obliger un Etat à respecter une obligation posée par un traité auquel il n'est pas Partie dès lors que cette obligation a acquis une valeur coutumière. Sean Watts³¹⁸ considère que c'est cette absence de consentement initial qui rend le principe de réciprocité plus évasif dans le domaine de la coutume internationale.

Serge Sur décrit la coutume comme indifférente au principe de réciprocité, « *dans la mesure où la règle ne dépend pas, pour son existence ou son maintien, de son application ponctuelle par les autres sujets. En d'autres termes, sa logique est régulatrice beaucoup plus que contractuelle.* »³¹⁹ Cependant, bien que cette position soit cohérente avec l'impossibilité d'identifier un point de départ de la coutume, elle peut largement être discutée.

Certes la coutume s'éloigne de la forme contractuelle puisqu'elle se forme sans consentement explicite. Mais la question de l'absence de consentement tacite est loin de faire l'unanimité. D'ailleurs la pratique reconnue de l'objection persistante tend plutôt à prouver qu'en matière de consentement ce qui diffère entre coutume et droit conventionnel est que dans le premier cas, qui ne dit mot consent, alors que dans le second seul un engagement formel peut obliger l'Etat.

Par ailleurs, dans le domaine de la réciprocité d'application, la réciprocité, en particulier dans sa version négative, continue de fonctionner en permettant les contre-mesures qui sont initialement de nature coutumière.

De plus si un nombre d'Etats suffisant cesse d'appliquer telle ou telle règle coutumière, le principe de réciprocité finira par en accélérer la chute en incitant les autres Etats à eux-mêmes ne plus la respecter.

D'autre part dans son aspect positif, la réciprocité peut entraîner la mise en place d'une pratique qui pourra à son tour devenir coutume si les Etats en viennent à la considérer obligatoire. Michel Virally estime ainsi que la réciprocité constitue un des moteurs du développement de la coutume. Selon lui, dans un processus constructif, la règle d'or ou éthique de réciprocité conduit les Etats à adopter un comportement vis-à-vis des autres Etats en vue d'obtenir le même avantage.

³¹⁸ Watts :

« (...) reciprocity operates slightly differently in the realm of customary international law than in treaty law because custom does not require the consent of the parties to be binding. »

³¹⁹ Sur Serge, « Sources du droit international – La coutume », JCP Droit international, Fasc. 13, avril 1989.

« C'est parce qu'il s'attend à être traité comme il a été traité lui-même, et ne saurait protester contre un tel traitement sans se mettre en contradiction avec lui-même, que l'Etat est amené, dans beaucoup de cas, à apporter une certaine retenue dans ses relations extérieures, ce qui lui permet de réclamer une retenue réciproque de la part des Etats étrangers. »³²⁰

Un bon exemple, souvent cité, de cette construction en miroir de la coutume est constitué par le développement des usages dans les relations diplomatiques et consulaires largement basées sur un traitement réciproque.

S'interroger sur la place de la réciprocité dans le droit coutumier international revient en réalité à réfléchir à la nature de la coutume et à son origine. Dans la mesure où il est parfaitement impossible d'établir une vérité en cette matière, il est également impossible d'affirmer que le principe de réciprocité tient une place aussi importante dans le développement de la coutume que dans le droit conventionnel.

Le principe de réciprocité a bien plus sa place au sein des théories volontaristes qui font reposer la coutume sur le consentement des Etats qu'au sein des théories qui ne se rattachent pas au consentement comme celles d'Hans Kelsen ou Georges Scelle.

Mais qui peut décider de ce qui est vrai en ce cas. Il est aisé de maintenir que le principe de réciprocité n'est pas totalement absent du domaine coutumier mais déterminer sa place réelle ne paraît guère envisageable.

Et il faut se ranger aux côtés de Serge Sur lorsqu'il conclut que « l'une [des] caractéristiques permanentes [de la coutume] semble consister en ceci que toute proposition que l'on émet à son sujet, toute formule où l'on voudrait la réduire se heurte aussitôt à l'affirmation inverse. »³²¹

§2. La lente marche vers la fin de la réciprocité des engagements dans le droit international humanitaire

A la différence de l'approche immédiatement adoptée dans le droit international des droits de l'homme, le principe de réciprocité avait toute sa place dans le droit international humanitaire qui reposait certes sur la protection de l'être humain détaché de ses appartenances mais également sur l'idée d'un échange de bons procédés entre armées ennemies qui consentaient à limiter les effets de la guerre afin de pouvoir elles-mêmes en profiter. Aussi, le droit de la guerre est-il d'abord issu de concessions réciproques qui permirent d'établir les premiers usages coutumiers (I). Dans les premiers temps, le régime de réciprocité choisi était même particulièrement restrictif. Mais, son application s'est progressivement assouplie (II).

³²⁰ Virally Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », RCADI, 1967, t. 222, p.

³²¹ Sur Serge, « Sources du droit international – La coutume », JCP Droit international, Fasc. 13, avril 1989.

I. Un droit de la guerre coutumier issu de concessions réciproques.

Bien qu'aujourd'hui, la réciprocité d'obligation ait perdu de son importance dans le développement coutumier, il ne faut pas oublier que le droit de la guerre s'est d'abord développé de manière coutumière au travers de limitations volontaires et réciproques de la part des Etats. Les premiers textes relatifs au droit des conflits armés avaient déjà pour but de codifier des règles appartenant au domaine coutumier. Or comme nous le détaillerons dans le chapitre suivant le droit des conflits armés originel repose clairement sur une base réciproque. La coutume est donc apparue dans ce cadre contractuel.³²²

Cependant, de par sa nature la coutume internationale oblige tous les Etats également. En effet, en ce qui concerne les obligations existantes, dès lors qu'elles ont acquis valeur coutumière, la réciprocité d'obligation perd presque totalement son intérêt.

Ainsi, comme en atteste le travail du Comité international de la Croix rouge³²³, la majeure partie des règles contemporaines du droit humanitaire appartiennent au droit coutumier international. De ce point de vue, elles sont donc majoritairement applicables à tous les Etats indépendamment de la nature précise de leur engagement conventionnel.

Si la réciprocité semble s'être dissoute au profit du développement du droit coutumier, pourquoi s'interroger encore. Tout simplement parce que cette disparition n'est sans doute pas totale.

La réciprocité peut réapparaître dans le cadre de la création de la coutume. Par définition, il faut pour que se crée une coutume que se développe une pratique généralisée qui pourra aboutir sur un sentiment d'obligation, *l'opinio juris*.

L'apparition coutumière de la règle peut alors largement être encouragée par le principe de réciprocité dans la mesure où il régit le système du don.

Dans la réciprocité du don, le don, lui-même, qui ici peut prendre la forme d'une concession, de l'abandon d'une pratique militaire avantageuse mais cruelle, doit être fait de manière inconditionnelle, c'est-à-dire sans attendre de retour. Pourtant, par l'action du principe de

³²² En ce sens :

Chandrasaran Nirmala, « The continuing relevance of customary international law in the development of international humanitarian law », Sri Lanka Journal of International Law, 2009, volume 21, n°2, p. 56 :

« Customs and usages shaped by reciprocity, as well as moral and humanitarian considerations, gave rise to rules of customary international law. »

³²³ Voir chapitre suivant.

réciprocité, il appelle une concession contraire. Ce mécanisme peut tout à fait être mis en œuvre dans le cadre du droit humanitaire.

D'ailleurs, l'origine du droit humanitaire se trouve dans la coutume et s'est justement formé sur le fondement d'usages observés réciproquement. Ce système se teintant progressivement de juridicité pour finalement s'incarner textuellement. On rappellera à cet égard les difficultés pour faire adopter une première convention relative au droit des conflits armés en 1864.

La réciprocité ne doit donc pas être disqualifiée lorsqu'elle permet l'apparition d'une nouvelle norme favorable.

II. La réciprocité d'obligation dans le droit international humanitaire : de la *clausula si omnes* ou maintien de l'application inter partes.

Par réciprocité d'obligation, nous l'avons dit, nous entendons le principe fondamental du contrat : ne sont soumis aux obligations du contrat que ceux qui s'y sont engagés, et seulement les uns vis-à-vis des autres.

Ce principe, fondement du droit international, qui n'est pas applicable en matière de droit international des droits de l'homme, est toujours applicable au droit international humanitaire. Il a toutefois été encadré avec les années de manière à réduire les conséquences de son application. En effet, le principe de réciprocité peut être soumis à plusieurs régimes plus ou moins restrictifs (A).

Dans les premières conventions du droit de la guerre le choix avait été fait d'un régime de réciprocité fondé sur la *clausula si omnes*, dont les effets sont particulièrement restrictifs (B). Par la suite, une simple réciprocité *inter partes* a été retenue (B).

A. Les différentes formes de la réciprocité des engagements.

Dans ce cadre, on peut distinguer trois situations dans le cas de la participation de trois Etats (A, B, sont signataires des mêmes conventions de droit humanitaire et C ne l'est pas) à un conflit armé.

La première est celle de la *clausula si omnes* dans laquelle le jeu de la réciprocité aura les conséquences les plus importantes. Si les Etats A et B entrent en conflit, ils appliqueront les conventions auxquelles ils sont parties. Si un conflit se déclenche entre C et l'un de ces Etats, il ne sera pas fait application des conventions relatives au droit des conflits armés. Enfin, si un conflit apparaît entre les trois Etats, en raison de la non-participation de l'Etat C auxdites conventions, elles

ne s'appliqueront pas, y compris dans les relations entre A et B. Dans ce cas, les protections offertes dans le cadre d'un conflit armé peuvent être réduites à néant par la non-adhésion d'un seul petit Etat.

La deuxième possibilité recouvre les mêmes options en cas de conflit bilatéral. La différence se trouve dans le conflit multilatéral. En ce dernier cas, si le droit des conflits armés n'est toujours pas applicable entre C et les autres Parties au conflit, il le demeure en revanche entre A et B. Dans cette approche, en cas de conflit armé multilatéral, la protection est maintenue même si elle ne s'étend pas à tous les rapports entre les participants, ce qui contreviendrait à un autre fondement du droit international en obligeant un Etat qui n'y aurait pas consenti préalablement.

Enfin, la dernière hypothèse qui est celle de l'exclusion totale de la réciprocité est la suivante. Les Etats s'engagent de manière définitive et inconditionnelle. Ils appliqueront les règles du droit des conflits armés dans tous les conflits auxquels ils seront parties indépendamment des obligations internationales des Etats ennemis. Cette dernière option voit disparaître complètement le principe de réciprocité.

B. Le choix historique de la *clausula si omnes*.

Historiquement, c'est la première option qui avait initialement été retenue.

La première convention générale relative au droit applicable pendant la guerre à faire mention du champ d'application *ratione personae* est la Convention de La Haye relative aux lois et coutumes de la guerre sur terre du 29 juillet 1899.

Son article 2 précise :

*« (I)es dispositions contenues dans le Règlement visé à l'article premier ne sont obligatoires que pour les Puissances contractantes, en cas de guerre entre deux ou plusieurs d'entre elles. Ces dispositions cesseront d'être obligatoires du moment où, dans une guerre entre des Puissances contractantes, une Puissance non contractante se joindrait à l'un des belligérants. »*³²⁴

Dans cette approche *si omnes*, que l'on peut qualifier de restrictive, le droit, comme nous l'avons expliqué, reste applicable aux seuls conflits pour lesquels tous les participants sont parties à la Convention.

³²⁴ Nous soulignons.

Ce choix trouve son origine dans la déclaration de Saint Pétersbourg de 1868 qui prévoyait déjà un tel champ d'application pour l'interdiction de certains projectiles en temps de guerre.³²⁵

En 1899, elle apporte également une réponse à une requête soulevée par le délégué technique du Gouvernement britannique, Sir John Ardagh. Celui-ci se fondant sur l'échec relatif que fut la Déclaration de Bruxelles de 1874 proposait de directement abandonner le projet d'une convention. Il plaidait ainsi pour que soit privilégiée une nouvelle déclaration regroupant l'ensemble des règles que les Etats devraient intégrer à leurs manuels d'instruction militaire et que chacun d'eux puissent les adapter en fonction de ses préférences.³²⁶

Cette proposition fut contrée par Frédéric de Martens, délégué de la Russie, qui opposait qu'il était absolument indispensable que les Etats s'engagent sur un ensemble de règles uniformes, mais que naturellement ces règles ne seraient applicables qu'entre Etats signataires.³²⁷ Et même que les règles cesseraient d'être applicables si une seule des Parties au conflit n'était pas signataire de la Convention.

La clause *si omnes*, en plus d'être généralement conforme au droit commun applicable, a donc l'avantage de faciliter l'adhésion des Etats qui ne risquent pas de se retrouver liés par des

³²⁵ Extrait de la Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre. Saint Pétersbourg, 11 décembre 1868 :

« Cet engagement n'est obligatoire que pour les parties contractantes ou accédantes, en cas de guerre entre deux ou plusieurs d'entre elles; il n'est pas applicable vis-à-vis de parties non contractantes ou qui n'auraient pas accédé.

Il cesserait également d'être obligatoire du moment où, dans une guerre entre parties contractantes ou accédantes, une partie non contractante ou qui n'aurait pas accédé se joindrait à l'un des belligérants. »

³²⁶ Cité dans Brown James Scott (dir.), *The proceedings of the Hague Peace conferences, The Conference of 1899*, p. 52 :

« Without seeking to know the motives to which may be attributed the non-adoption of the Brussels Declaration, it is permissible to suppose that the same difficulties may arise at the conclusion of or labors at The Hague.

In order to brush them aside and to escape the unfruitful results of the Brussels Conference... we would better accept the Declaration only as a general basis for instructions to our troops on the laws and customs of war, without any pledge to accept all the articles as voted by the majority. »

³²⁷ Ibidem p. 52 :

« The object of the Imperial Government has steadily been the same, namely, to see that the Declaration of Brussels, revised in so far as this Conference may deem it necessary, shall stand as a solid basis for the instructions in case of war which the Governments shall issue to their armies on land. Without doubt, to the end that this basis may be firmly established, it is necessary to have a treaty engagement similar to that of the Declaration of St. Petersburg in 1868. It would be necessary that the signatory and acceding Powers should declare in a solemn article that they have reached an understanding as to uniform rules, to be carried over into such instructions. This is the only way of obtaining an obligation binding on the signatory Powers. It is 'Well understood that the Declaration of Brussels will have no binding force except for the contracting or acceding States. »

obligations qui leur sembleraient déséquilibrées dans le cas d'un conflit incluant une Partie non-signataire.³²⁸ Une telle disposition a donc été facilement adoptée.

Elle a, d'ailleurs, été maintenue en 1909 lors de l'élaboration des Conventions de La Haye, sans discussions majeures, dans une rédaction simplifiée mais dotée de la même portée : « *Les dispositions contenues dans le Règlement visé à l'article 1er ainsi que dans la présente Convention, ne sont applicables qu'entre les Puissances contractantes et seulement si les belligérants sont tous parties à la Convention.* »³²⁹

La seule question qui avait été soulevée concernait les relations avec les Etats neutres. En effet, telle que présentées, les dispositions applicables aux Etats neutres devraient cesser de l'être dès lors qu'un seul Etat participant au conflit n'est pas signataire de la Convention.

Pour autant, l'alternative n'a pas été privilégiée et ce maintien s'explique par le fait qu'une telle disposition protège très largement les Etats parties. Elle évite que l'une des Parties au conflit soit soumise à des contraintes, qui la placeraient dans une situation désavantageuse.³³⁰ On imagine fort bien une alliance de A et C contre B, qui se retrouverait alors dans une situation défavorable.

La norme était la même dans les Conventions de Genève. La Convention de 1864 ne prévoyait aucune disposition quant à son champ d'application, alors que la Convention de Genève de 1906 reprenait la formulation retenue en 1899³³¹. Et ce quand bien même le droit de Genève n'était pas soumis aux mêmes exigences d'équilibre des forces, mais normalement orienté vers la protection des personnes.

C. L'évolution vers une réciprocité *inter partes*, un choix humain.

³²⁸ Ibidem, p. 209 :

« In so far as Article 2 is concerned, Mr RENAULT observes that it merely sanctions the common law in the matter of the binding effect of the Regulations, which can concern the contracting Powers only in their relations with each other. »

³²⁹ Article 2, Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907.

³³⁰ Brown James Scott, *The Hague Peace conferences*, volume III, p. 338 :

« The reason this form was adopted is that a belligerent should not be under a restraint which is not imposed upon the enemy. This principle is not only just in itself, but its application has the still further advantage of facilitating the extension of the Conventions by making it more advantageous to all the States to adhere to them. »

³³¹ Article 24, Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, 6 juillet 2006 :

« Les dispositions de la présente Convention ne sont obligatoires que pour les Puissances contractantes, en cas de guerre entre deux ou plusieurs d'entre elles. Ces dispositions cesseront d'être obligatoires du moment où l'une des Puissances belligérantes ne serait pas signataire de la Convention. »

Toutefois, comme le fait remarquer le Commentaire de l'article 2 commun aux Conventions de Genève, ce régime aurait pu se révéler catastrophique en 1914 puisque le Monténégro n'était pas Partie à la Convention de 1899.³³² Cela aurait également été le cas lors de la Seconde Guerre mondiale puisqu'à ce moment-là nombre d'Etats qui participaient au conflit armé n'étaient pas parties aux Conventions de La Haye.³³³ Heureusement dans les deux cas, les Etats parties ont maintenu l'application de bon nombre de dispositions, à défaut de toutes les respecter.

Cette situation a permis qu'apparaisse une réflexion sur ce thème et une évolution du sens donné au principe de réciprocité. Comme le souligne Raija Hanski, la *clausula si omnes* paraissait praticable et logique lorsque les guerres envisagées étaient limitées dans leur étendue et dans le nombre de participants, ce qui était encore le cas avant 1914,³³⁴ elle devenait absurde, selon les termes de Jean Pictet³³⁵ dans le contexte d'une guerre généralisée.

C'est donc la première guerre mondiale qui marqua en cela un premier vrai tournant puisque cette clause fut alors abandonnée. Ainsi, la Conférence de Genève de 1929, qui devait réviser la Convention de 1906, aboutit à la suppression de l'idée que dès lors qu'un Etat belligérant n'est pas partie, la Convention cesse de s'appliquer entre tous les Etats.³³⁶

L'article 25 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne du 27 juillet 1929 prévoit ainsi :

« Les dispositions de la présente Convention seront respectées par les Hautes Parties Contractantes en toutes circonstances. Au cas où, en temps de guerre, un belligérant ne serait pas partie à la Convention, ses dispositions demeureront néanmoins obligatoires entre tous les belligérants qui y participent. »

³³² Commentaires aux Conventions de Genève, 1952, Article 2.

³³³ Rapport de la Commission suédoise de droit international humanitaire.

³³⁴ Lauri Hannikainen, Hanski Raija, Rosas, Allan, Implementing Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, The Case of Finland, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, p.46 :

« When studying the consequences of the *clausula*, it should be kept in mind that the Hague Conventions were drafted with traditional small-scale wars in mind and the possibility of a large-scale world war was hardly taken into account. For instance, in the conventions on humanitarian law that were drafted after the First World War, the *clausula si omnes* was rejected. »

³³⁵ Pictet Jean, Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre, A. W. Sijthoff, Leiden et Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, p.53.

³³⁶ Article 25 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, 27 juillet 1929 :

« Les dispositions de la présente Convention seront respectées par les Hautes Parties Contractantes en toutes circonstances. Au cas où, en temps de guerre, un belligérant ne serait pas partie à la Convention, ses dispositions demeureront néanmoins obligatoires entre tous les belligérants qui y participent. »

L'alternative enfin préférée est celle d'une application réciproque entre les Etats parties quelle que puisse être la situation des autres Etats impliqués dans le conflit.

Section 2. Le régime actuel : un fantôme de réciprocité.

Dans le droit positif, les règles conventionnelles relatives aux conflits armés internationaux sont toujours régies par la réciprocité d'obligation. Elle est toutefois étendue au-delà des seules Parties au traité (§1).

La question n'a pas reçu de réponse si nette dans le cadre des conflits armés internes (§2). Dans le cadre du droit coutumier, la tendance est à prôner un modèle d'engagement inconditionnel.

§1. La règle posée par l'article 2 de la Convention de 1949, un changement de paradigme.

La Seconde Guerre mondiale et les travaux en vue de l'adoption des Conventions de Genève de 1949 marquèrent un profond changement de paradigme. Les actes de la Conférence de Genève en attestent. Ils permirent d'introduire un nouveau régime à l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949 (I). Pourtant, le principe de réciprocité des engagements ne fut qu'amendé et non abandonné (II).

I. Le régime introduit par l'article 2 des Conventions de 1949.

Un des objectifs poursuivis en 1949, était l'extension du champ d'application des Conventions, afin d'éviter que des personnes se trouvent privées de la protection offerte par le droit humanitaire.³³⁷

Cette extension passait par la neutralisation de la portée juridique des rituels de l'entrée en guerre au profit de la prise en compte de la réalité matérielle d'une situation, en posant que les Conventions seraient applicables à tout conflit armé survenant entre les Parties contractantes.

Elle avait également conduit la Conférence de la Croix Rouge à inclure un quatrième paragraphe à l'article 2 du projet de Stockholm³³⁸ qui supprimait la distinction entre les régimes applicables aux

³³⁷ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-A, Discours d'ouverture du Président de la Conférence, Max Petitpierre, p. 9 :

« Firstly, the bearing of the Conventions and their field of applications have not yet been sufficiently clearly defined. From the humanitarian point of view, which is ours, the application of the Conventions should be as wide as possible. They should be able to exercise their influence whenever circumstances require. We should do all that lies in our power to prevent those who suffered in the last war because the Conventions of Geneva were not applicable to them from having such sufferings inflicted on them a second time. »

conflits armés internes et internationaux. Ce dernier paragraphe devait par la suite et après moult modifications se transformer en un troisième article commun dédié aux conflits armés internes.

Restait un nouvel article 2 qui portait sur le champ d'application de la convention. Il maintient la réciprocité *inter partes* (A) et innove en permettant une application volontaire des conventions entraînant une obligation réciproque automatique (B). En sus, en donnant une définition matérielle au champ d'application du droit des conflits armés, l'article 2 retire tout rôle à la réciprocité sur ce pont (C).

A. Le maintien de la réciprocité *inter partes* dans l'article 2 commun des Conventions de Genève de 1949.

C'est en général la définition précise du champ d'application matériel qui est considérée comme l'apport majeur de l'article 2 commun aux Conventions de Genève. Toutefois, les efforts pour réduire l'impact négatif de la réciprocité dans l'application du droit peuvent être également considérés comme fondamentaux.

Comme l'indique, le Commentaire de 1952 à l'article 2 commun, « *ces Conventions [...] sont considérées de moins en moins comme des contrats de réciprocité conclus en raison de l'intérêt national de chacune des parties, et de plus en plus comme des affirmations solennelles de principes respectés pour eux-mêmes ; comme une série d'engagements inconditionnels de chacun des contractants vis-à-vis des autres.* »³³⁹

Pourtant, cette évolution ne permettra pas totalement la disparition du principe de réciprocité sur le modèle du droit international des droits de l'homme.

L'article 2 commun aux Conventions de Genève dispose donc à son troisième alinéa ce qui suit :

« 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. »

³³⁸ Pour information : « In all cases of armed conflict not of an international character which may occur in the territory of one or more of the High Contracting Parties, each of the adversaries shall be bound to implement the provisions of the present Convention. The Convention shall be applicable in these circumstances, whatever the legal status of the Parties to the conflict and without prejudice thereto. »

³³⁹ Commentaires aux Conventions de Genève, 1952, Article 2.

https://www.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=0D85FE73931AC129C12563BD002BE256

La première partie de l'article est une copie de l'apport de la Convention de 1929 et correspond à ce que proposait le projet de convention soumis à délibération.³⁴⁰

Ce maintien de la réciprocité *inter partes* même s'il est accompagné par un développement intéressant démontre que la réciprocité est pour le moment indépassable. Il est possible d'en avoir une interprétation très réduite ou novatrice, d'en limiter les conséquences, mais pas de la supprimer complètement.

B. Application volontaire des conventions et réciprocité automatique.

La deuxième partie du troisième alinéa introduit une nouveauté particulièrement intéressante. Elle constitue un véritable progrès développé pour dépasser les rigidités de l'engagement formel réciproque. Plus précisément, la réciprocité positive joue ici un rôle essentiel, puisqu'elle engage l'Etat sans autre forme de procès.

Il est ainsi précisé dans la deuxième phrase du troisième alinéa de l'article 2 :

« Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et applique les dispositions. »

Les participants à la Convention ont donc créé un nouveau mécanisme permettant l'adhésion temporaire d'un Etat belligérant non-signataire.

La proposition de faire cet ajout émanait de la délégation canadienne, préoccupée par la situation qui opposerait Etats parties et Etats non-parties.³⁴¹ Plusieurs versions avaient alors été envisagées.

La version canadienne³⁴² est la plus simple puisqu'elle prescrit que dès lors que la Partie non-membre se conforme au texte concerné, celui-ci reste obligatoire pour la Puissance contractante.

³⁴⁰ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume I, p. 47 :

« If one of the Powers in conflict is not party to the present Convention, the Powers who are party thereto shall notwithstanding be bound by it in their mutual relations. »

³⁴¹ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-A, p. 13 :

« Mr. Wershof (Canada) suggested firstly, that there should be an addition to article 2 providing for a reciprocal basis in the case of international war, for the application of the Convention between a party signatory and a party which was not signatory to the Convention. »

³⁴² The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume III, Annexes, p. 26 :

« The Convention shall also apply to a Power not a Party to the present Convention so long as this Power complies therewith »

La délégation belge proposa un texte plus élaboré ajoutant une condition formelle. L'Etat belligérant non-signataire devait accepter expressément d'être lié par la Convention dans le cadre du conflit concerné.³⁴³

Enfin, la proposition du CICR adoptait une rédaction négative qui posait que tant que la Partie adverse n'avait pas soit refusé officiellement, soit clairement failli aux exigences posées par le texte, la Partie contractante restait liée.³⁴⁴ L'avantage ici était que le droit était applicable par défaut et non l'inverse.

Point intéressant ici, la délégation de la Birmanie, soulignait que dans cette rédaction négative, la forme de réciprocité proposée rappelait un peu trop le régime des représailles.³⁴⁵ Cette impression n'est pas totalement fautive dans la mesure où en effet, la cessation de l'application par la Partie contractante peut apparaître comme une forme de mesure punitive alors même que l'Etat en cause n'est pas partie à la Convention.

La formulation définitive fut finalement la proposition synthétique du Président telle que modifiée par la délégation australienne.³⁴⁶

L'article 2 commun crée donc la possibilité d'adhérer temporairement aux règles du droit humanitaire. Cet acquiescement entraîne alors le maintien des obligations de toutes les Parties contractantes. Ce mécanisme est en soi assez novateur. C'est le choix unilatéral de l'Etat non

³⁴³ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume III, Annexes, p. 27 :

« It is therefore suggested that the following text be inserted after Article 2, paragraph 3:

"They shall be under obligation to the other Parties from such time as the latter accept to be bound by the principles of the present Convention."

A variation which has the merit of being more complete would entail the substitution for Article 2, paragraph 3 of the following text:

"Should one of the Powers in conflict not be Party to the present Convention, the Powers which are Party to the latter need only be bound by it insofar as their mutual relations are concerned. However, the Powers which are Party to the Convention shall invite the Power which is not Party to it to accept the terms of the said Convention; as from the latter Power's acceptance of the Convention, all Powers concerned shall be bound by it." »

³⁴⁴ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume III, Annexes, p. 27 :

« Insert in the third paragraph of the Stockholm text the two following clauses:

"In the event of an international conflict between one of the High Contracting Parties and a Power which is not bound by the present Convention, the Contracting Party shall apply the provisions thereof. This obligation shall stand unless, after a reasonable lapse of time, the Power not bound by the present Convention states its refusal to apply it, or in fact fails to apply it." »

³⁴⁵ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-A, P. 54 :

« General OUNG (Burma) felt that the text submitted by the International committee of the Red Cross would be difficult to insert in an international Convention, the reciprocity concept contained in it sounding retaliatory. He suggested deleting the words "after a reasonable lapse of time". «

³⁴⁶ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-A, p.56 :

« Subject to the drafting alteration proposed by the Australian Delegate, the text of Article 2, third paragraph, as adopted by the Committee, would run as follows :

"If one of the Powers in conflict is not party to the present Convention, the Powers who are party thereto shall, notwithstanding, be bound by it in their mutual relations. They are, furthermore, bound by the Convention in relation to the said Power. if the latter accepts and applies the provisions thereof." »

contractant qui va entraîner l'application du droit. « *Ainsi donc, si la Partie non signataire se prononce ou agit dans un sens favorable, ses adversaires sont alors juridiquement engagés, et cela nolens volens.* »³⁴⁷

Il semble ici que l'on retrouve la réciprocité dans son aspect le plus primitif, précontractuel. Il s'agit de la réciprocité du don. Rien n'oblige la Puissance belligérante qui n'est pas formellement partie aux Conventions à accepter de les appliquer. Mais dès lors qu'elle le fait, son action peut être interprétée comme un don, aussi immatériel qu'il soit, et ce don oblige la Partie adverse à le rendre, sans qu'elle puisse s'y opposer.

Sans avoir pu complètement supprimer le principe de réciprocité comme mode d'application du droit, les rédacteurs en ont largement atténué la portée négative tout en maximisant ses effets positifs.

Ce qui s'est fait sans difficulté. En effet, dès le début des discussions au sein du comité, comme le notait, M. Bolla, délégué suisse, seul le paragraphe 4 a réellement fait l'objet de controverses.³⁴⁸ Cette acceptation générale a été confirmée par le fait qu'une fois l'alinéa 4 supprimé, l'article 2 a été adopté avec la modification proposée à l'unanimité³⁴⁹ et n'a fait depuis l'objet d'aucune réserve.³⁵⁰

C. L'abandon de l'exigence de reconnaissance de l'état de belligérance.

La réciprocité jouait également avant l'adoption de l'article 2 commun aux Conventions de Genève sur la situation prise en compte pour déclencher l'application du droit humanitaire. Faute d'une définition, il était traditionnellement admis qu'il s'appliquait au temps de guerre. Or l'existence officielle d'une guerre répondait à un certain nombre de conditions formelles. Non seulement la guerre devait être déclarée, mais l'état de belligérance devait être reconnu réciproquement.

« Il suffisait donc, théoriquement, qu'une guerre ne fût pas légalement déclarée ou que, pour une raison ou pour une autre - telle par exemple la non-reconnaissance par l'une des parties du

³⁴⁷ Pictet Jean, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, A. W. Sijthoff, Leiden et Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, p. 54.

³⁴⁸ p. 15 :

« Mr. BOLLA (Switzerland) noted that Article 2 raised interesting problems, and that only that relating to the application of the principles of the Convention to civil war was controversial. »

³⁴⁹ p. 27 :

« The new Article 2 was adopted unanimously; »

³⁵⁰ Pour l'état des Conventions de Genève voir.

https://www.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=365

Gouvernement de la partie adverse - l'état de guerre ne fût pas reconnu d'un des côtés, pour que l'applicabilité de la Convention pût être niée. »³⁵¹

Avec l'adoption d'une définition du champ d'application matériel factuel qui ne repose donc plus sur des conditions formelles et surtout plus sur l'opinion des Etats concernés en la matière, le principe de réciprocité dans ce domaine est totalement neutralisé.

II. Un changement de logique incomplet mais durable.

Chronologiquement, cette évolution entre le droit de La Haye et le droit de Genève traduit bien le changement qui s'est opéré dans le droit humanitaire, dans la mesure où le droit de Genève se caractérise par l'accent mis sur la protection alors que le droit de La Haye est traditionnellement considéré comme se focalisant sur les méthodes et moyens de combat. C'est en raison de la part croissante donnée à la protection que le principe de réciprocité a perdu de sa pertinence. S'il apparaît logique que la limitation des armements ne se fasse que réciproquement, il n'en va pas de même de la protection des soldats tombés au pouvoir de l'ennemi ou de celle de la population civile. Il s'agit moins à l'égard de ces derniers de limiter les effets néfastes de la guerre tout en conservant une forme d'égalité dans le combat, que de protéger les êtres humains desdits effets.

Cette distinction est pourtant à nuancer puisque la frontière n'est absolument pas poreuse entre les deux branches du droit des conflits armés et que l'on trouve les premiers éléments relatifs à la protection dans le droit de La Haye et des dispositions relatives aux méthodes et moyens de combat dans le droit de Genève. De plus si les Conventions de La Haye de 1907 sont toujours en vigueur, elles ont été depuis complétées par de très nombreux textes plus largement ratifiés. Or en particulier dans le domaine de l'interdiction ou de la limitation des armements, le principe de réciprocité disparaît complètement de certaines Conventions.

C'est particulièrement le cas des conventions relatives à la production de certaines armes. Les Etats s'engagent à ne pas créer, stocker ou utiliser certaines armes de manière inconditionnelle.

³⁵² En revanche deux conventions majeures maintiennent l'application du principe de réciprocité. Il

³⁵¹ Commentaire de 1952 de l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1959.

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3C1DFAABF34C395AC12563BD002C635A

³⁵² Par exemple : Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, 16 décembre 1971 (1975), Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur

s'agit de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination du 10 octobre 1980 et de la Convention sur les armes à sous-munitions du 30 mai 2008. La première maintient l'application du principe de réciprocité par renvoi à l'article 2 des Conventions de Genève dans son article 1³⁵³, confirmé par son article 7³⁵⁴. Il faut ajouter à cela que

destruction, 13 janvier 1993 (1997), Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, 18 septembre 1997 (1999).

³⁵³ Article 1, Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, 10 octobre 1980 (1983), tel qu'amendé en 2001 :

« 1. La présente Convention et les Protocoles y annexés s'appliquent dans les situations prévues par l'article 2 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatives à la protection des victimes de guerre, y compris toute situation décrite au paragraphe 4 de l'article premier du Protocole additionnel I aux Conventions.

2. La présente Convention et les Protocoles y annexés s'appliquent, outre les situations visées au paragraphe 1 du présent article, aux situations visées à l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949. La présente Convention et les Protocoles y annexés ne s'appliquent pas aux situations de tensions et de troubles intérieurs, telles qu'émeutes, actes de violence isolés et sporadiques et autres actes de caractère similaire, qui ne sont pas des conflits armés.

3. Dans le cas de conflits armés qui ne revêtent pas un caractère international et se produisent sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chaque partie au conflit est tenue d'appliquer les interdictions et restrictions prévues par la présente Convention et les Protocoles y annexés.

4. Aucune disposition de la présente Convention ou des Protocoles y annexés n'est invoquée pour porter atteinte à la souveraineté d'un État ou à la responsabilité qu'a le gouvernement, par tous les moyens légitimes, de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'État.

5. Aucune disposition de la présente Convention ou des Protocoles y annexés n'est invoquée pour justifier une intervention, directe ou indirecte, pour quelque raison que ce soit, dans le conflit armé ou dans les affaires intérieures ou extérieures de la Haute Partie contractante sur le territoire de laquelle ce conflit se produit.

6. L'application des dispositions de la présente Convention et des Protocoles y annexés à des parties à un conflit qui ne sont pas de Hautes Parties contractantes ayant accepté la présente Convention et les Protocoles y annexés ne modifie ni explicitement ni implicitement leur statut juridique ni celui d'un territoire contesté.

7. Les dispositions des paragraphes 2 à 6 du présent article ne préjugent pas du champ d'application de tous autres protocoles adoptés après le 1er janvier 2002, pour lesquels il pourra être décidé de reprendre les dispositions desdits paragraphes, de les exclure ou de les modifier. »

³⁵⁴ Ibidem, article 7 :

« 1. Si l'une des parties à un conflit n'est pas liée par un Protocole annexé à la présente Convention, les parties liées par la présente Convention et ledit Protocole y annexé restent liées par eux dans leurs relations mutuelles.

2. Une Haute Partie contractante est liée par la présente Convention et par tout protocole y annexé qui est en vigueur pour elle, dans toute situation prévue à l'article premier [Link] , vis-à-vis de tout Etat qui n'est pas partie à la présente Convention ou n'est pas lié par le protocole y annexé pertinent, si ce dernier Etat accepte et applique la présente Convention ou le protocole pertinent et le notifie au Dépositaire.

3. Le Dépositaire informe immédiatement les Hautes Parties contractantes concernées de toute notification reçue au titre du paragraphe 2 du présent article.

4. La présente Convention et les protocoles y annexés par lesquels une Haute Partie contractante est liée s'appliquent à tout conflit armé contre ladite Haute Partie contractante du type visé au paragraphe 4 de l'article premier du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de guerre :

a) Lorsque la Haute Partie contractante est aussi partie au Protocole additionnel I et qu'une autorité visée au paragraphe 3 de l'article 96 dudit protocole s'est engagée à appliquer les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I conformément au paragraphe 3 de l'article 96 [Link] dudit protocole et s'engage à appliquer en ce qui concerne ledit conflit, la présente Convention et les protocoles y annexés pertinents, ou

ces règles générales posées par la convention sont valables, à défaut d'une disposition contraire, à l'égard de ses protocoles.

Dans le cas de la Convention de 2008, on note toutefois un nouveau progrès puisqu'au premier abord la convention exclut totalement le principe de réciprocité à son article 1^{er}³⁵⁵. Il revient discrètement à son article 21³⁵⁶, mais largement limité et sous la forme d'une concession plutôt que sous celle d'une affirmation pleine et entière. Il n'est de plus pas applicable aux engagements majeurs souscrits par les Etats parties. Alors que dans le même temps, plus aucun progrès n'était fait sur ce front dans le cadre du droit de Genève.

b) Lorsque la Haute Partie contractante n'est pas partie au Protocole additionnel I et qu'une autorité du type visé à l'alinéa a) ci-dessus accepte et applique, en ce qui concerne ledit conflit, les obligations des Conventions de Genève et de la présente Convention et des protocoles y annexés pertinents. Cette acceptation et cette application ont à l'égard dudit conflit les effets suivants :

i) Les Conventions de Genève et la présente Convention et ses protocoles pertinents y annexés prennent immédiatement effet pour les parties au conflit ;

ii) Ladite autorité exerce les mêmes droits et s'acquitte des mêmes obligations qu'une Haute Partie contractante aux Conventions de Genève, à la présente Convention et aux protocoles pertinents y annexés ;

iii) Les Conventions de Genève, la présente Convention et les protocoles pertinents y annexés lient d'une manière égale toutes les parties au conflit.

La Haute Partie contractante et l'autorité peuvent aussi convenir d'accepter et appliquer sur une base réciproque les obligations énoncées dans le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève.

³⁵⁵ Article 1, Convention sur les armes à sous-munitions, 30 mai 2008 (2010) :

« 1. Chaque État partie s'engage à ne jamais, en aucune circonstance :

(a) employer d'armes à sous-munitions ;

(b) mettre au point, produire, acquérir de quelque autre manière, stocker, conserver ou transférer à quiconque, directement ou indirectement, des armes à sous-munitions ;

(c) assister, encourager ou inciter quiconque à s'engager dans toute activité interdite à un État partie en vertu de la présente Convention.

2. Le paragraphe 1 du présent article s'applique, mutatis mutandis, aux petites bombes explosives qui sont spécifiquement conçues pour être dispersées ou libérées d'un disperseur fixé à un aéronef.

3. Cette Convention ne s'applique pas aux mines. »

³⁵⁶ Article 21, Convention sur les armes à sous-munitions, 30 mai 2008 (2010) :

« 1. Chaque État partie encourage les États non parties à la présente Convention à la ratifier, l'accepter, l'approuver ou y adhérer, dans le but de susciter la participation de tous les États à la présente Convention.

2. Chaque État notifie aux gouvernements de tous les États non parties à la présente Convention mentionnés dans le paragraphe 3 du présent article ses obligations aux termes de la présente Convention, promeut les normes qu'elle établit et met tout en œuvre pour décourager les États non parties à la présente Convention d'utiliser des armes à sous-munitions.

3. Nonobstant les dispositions de l'article 1 de la présente Convention, et en conformité avec le droit international, les États parties, leur personnel militaire ou leurs ressortissants peuvent s'engager dans une coopération et des opérations militaires avec des États non parties à la présente Convention qui pourraient être engagés dans des activités interdites à un État partie.

4. Rien dans le paragraphe 3 du présent article n'autorise un État partie à :

(a) mettre au point, produire ou acquérir de quelque autre manière des armes à sous-munitions ;

(b) constituer lui-même des stocks d'armes à sous-munitions ou transférer ces armes ;

(c) employer lui-même des armes à sous-munitions ; ou

(d) expressément demander l'emploi de telles munitions dans les cas où le choix des munitions employées est sous son contrôle exclusif. »

Dans le droit de Genève, c'est encore le principe de réalité qui finit par primer et la remarque faite dans le Commentaire de 1952 demeure valable. « *L'idéal eût été évidemment que les parties au conflit fussent tenues d'appliquer la Convention en tout état de cause, c'est-à-dire même envers un adversaire non lié. Cependant, le Comité international de la Croix-Rouge n'oublia pas que les Conventions doivent être signées par les Gouvernements et que, si audacieux que l'on doive être dans un domaine qui touche à la vie des hommes, il faut tenir compte d'un certain nombre de réalités, si l'on veut voir les idées transcrites dans des textes législatifs.* »³⁵⁷

C'est sans doute ce qui explique que le Protocole I aux Conventions de Genève de 1977 se contente de reprendre l'article 2 commun des Conventions de 1949 à son article 96 sans modification aucune.³⁵⁸

En ce qui concerne les Conventions de Genève de 1949 pour ainsi dire universellement ratifiées, la discussion n'est intéressante qu'en raison de son utilité pour illustrer notre réflexion sur l'évolution de la place du principe de réciprocité dans le droit humanitaire.

Un exemple permet ici de corroborer notre raisonnement sur le maintien de la réciprocité d'engagement. Dans le cadre des relations plus que tendues entre Israël et certains pays de la péninsule arabique, plusieurs ont pris la peine d'indiquer que leur adhésion ne constituait pas une reconnaissance tacite de l'Etat d'Israël. Toutefois, le Koweït est allé plus loin. En effet, aux termes de la déclaration du Koweït du 2 septembre 1969, les Conventions de Genève n'auraient pas vocation à s'appliquer dans ses rapports avec Israël.³⁵⁹ De ce fait, Israël en appelle à la réciprocité en précisant qu'il n'appliquera pas non plus les Conventions dans ses relations avec le Koweït si ce dernier se tient à cette déclaration initiale.³⁶⁰

³⁵⁷ Commentaire de l'article 2 commun aux Conventions de Genève, 1952, https://www.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookupCOMART&articleUNID=OD85FE73931AC129C12563BD002BE256

³⁵⁸ Article 96 Protocole I :

« Si l'une des Parties au conflit n'est pas liée par le présent Protocole, les Parties au présent Protocole resteront néanmoins liées par celui-ci dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par le présent Protocole envers ladite Partie, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions. »

³⁵⁹ Déclaration du Koweït faite lors de l'adhésion aux Conventions de Genève : "La présente adhésion [...] n'implique pas la reconnaissance d'Israël ou l'établissement avec ce dernier de relations réglées par les Conventions dont il s'agit."

Source : https://www.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=B1DC7EDF7F3A4B3DC12563FF0047C507

³⁶⁰ Extrait de la Déclaration israélienne du 22 janvier 1968 : « De l'avis du Gouvernement israélien, cette déclaration est inadmissible et le Gouvernement d'Israël exprime formellement ses objections à cette déclaration et en ce qui concerne ses relations avec le Kuweït, il se réserve le droit d'agir sur la base de la stricte réciprocité en ce qui concerne les questions qui font objet de ces Conventions. »

§2. La question de la réciprocité des engagements dans le cadre des conflits armés internes.

Parce que le cadre des conflits armés internes se prête moins à l'idée d'un échange entre partenaires égaux et se rapproche plus des conditions d'application du droit international des droits de l'homme, la réciprocité n'est même jamais évoquée dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève et dans le Protocole II de 1977.

Ces deux corps de normes s'inscrivent pleinement dans la logique applicable aux droits de l'homme. Les obligations qui y sont prévues constituent des engagements inconditionnels dont la force obligatoire n'est pas fondée sur la réciprocité mais, formellement, sur la seule volonté de l'Etat. Une des conséquences en est, que les forces insurgées sont généralement considérées comme soumises à toutes les obligations qu'a pu souscrire l'Etat auquel ils s'opposent. Cependant, cette dernière affirmation qui a les vertus de la simplicité ne permet pas toujours de saisir la réalité. C'est pourquoi plusieurs théories ont été développées afin de saisir la manière dont le droit des conflits armés, un droit international, peut s'appliquer aux groupes armés dans les conflits armés internes. La question est de plus renouvelée aujourd'hui avec l'apparition de mouvements transnationaux, non-étatiques, mais composés de branches agissant sur différents territoires.

I. L'application des obligations du droit des conflits armés aux acteurs non-étatiques dans les CANI classiques.

Plusieurs fondements à la soumission des groupes rebelles au droit des conflits armés ont pu être proposés.

La première théorie pose que les groupes armés seraient liés, en tant que groupe, par le droit international humanitaire parce qu'ils restent soumis à la législation nationale de l'Etat dont ils relèvent.

La deuxième considère que tous les individus sont aujourd'hui liés par le droit international humanitaire directement puisqu'ils peuvent être poursuivis pour leurs manquements quand bien même le droit national les aurait autorisés. Les groupes se trouvent donc contraints par le droit international via leurs membres pris individuellement.

Source :

<https://www.icrc.org/applic/ihl/droit-international-humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=0BD95B51795B6A52C12563FF0047C48>
A

La troisième approche donne plus de poids aux groupes armés tout en maintenant le lien avec les obligations de l'Etat. Le droit des conflits armés leur serait applicable parce qu'ils exercent des fonctions gouvernementales *de facto* et que l'Etat qu'ils représentent alors est effectivement partie aux différents traités du droit international humanitaire et soumis à la coutume internationale. Une explication introduit l'idée que les groupes armés devraient être considérés comme des sujets du droit international et de ce fait être soumis uniquement au droit international humanitaire coutumier.

Enfin, une dernière position soutient que les groupes armés ne sont liés par le droit humanitaire que dès lors qu'ils y consentent. Aucune de ces hypothèses n'est parfaite. Elles présentent toutes des failles tant au niveau théorique que pratique. Aussi est-il difficile de trancher la question. Mais peut-être ne le faut-il pas dans la mesure où l'usage de l'une ou l'autre de ses approches permet de s'adapter au contexte et au but poursuivi. En effet, si l'objectif est d'obtenir une réelle application du droit durant le conflit armé, les trois théories qui offrent une grande place aux groupes armés eux-mêmes apporteraient sans doute de meilleurs résultats, mais plus d'incertitudes sur le contenu des règles applicables. S'il s'agit de déterminer quelles règles s'appliquaient à une personne poursuivie par la justice, les deux premières théories ont le mérite d'une certaine automaticité qui les rend aisées à utiliser.³⁶¹

Selon l'option choisie la question de la réciprocité ressurgit. En effet, dans les deux derniers cas, on peut se demander si l'Etat ne pourrait arguer que ses obligations sont conditionnées par celles applicables aux groupes armés puisque celles-ci pourraient être différentes de celles auxquelles il a adhéré. Comme nous l'avons affirmé, la réciprocité d'obligation n'a pas été complètement abandonnée. Toutefois, parce que ni l'article 3 commun, ni le Protocole de 1977 ne mentionne le principe de réciprocité, nous maintiendrons que les groupes armés doivent être considérés comme soumis aux mêmes obligations que celles de l'Etat dont il relève.

Cette affirmation doit toutefois être nuancée lorsque l'on s'intéresse au cas de conflits armés se déroulant sur le territoire d'une seule Partie contractante mais qui ne relèvent ni de l'article 3, ni du Protocole II. Il s'agit évidemment des cas prévus par l'article 1§4 tel que mis en œuvre par l'article 96.

On l'a déjà dit les conflits visés par l'article 1§4 sont matériellement des conflits armés internes et formellement des conflits armés internationaux. En raison de cette confusion des genres la question de la mise en œuvre ou pas du principe de réciprocité soulève quelques difficultés.

³⁶¹ Voir : KLEFFNER Jann K., « The applicability of international humanitarian law to organized armed groups », RICR, n°882, juin 2011, pp. 443-461

Si la règle générale est celle que nous venons de décortiquer, elle paraissait difficilement directement transposable aux belligérants non-étatiques. Dans le même temps, faire usage dans ce cas de figure de l'option retenue dans le droit commun des conflits armés internes ne s'avère guère plus satisfaisant. C'est pourquoi une trentaine de délégations ont proposé un troisième paragraphe à l'article 84 du projet de Protocole lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, créant une procédure permettant aux mouvements de libération nationale de s'engager à respecter le droit international.³⁶²

Considérés comme des Parties à un conflit international, les mouvements de libération nationale ne sont en effet pas automatiquement liés par les obligations auxquels l'Etat est astreint.³⁶³ La procédure prévue par l'article 96 fonctionne alors sur la base du même raisonnement que le paragraphe 2 en ce qui concerne les rapports entre Etats. Elle impose cependant des conditions nettement plus exigeantes.³⁶⁴ L'adoption de ce paragraphe n'a pas été sans heurts et a provoqué des débats plus vifs que ceux précédemment étudiés.³⁶⁵ Alors que certains articles ont pu être adoptés par consensus, le conflit israélo-palestinien a définitivement plané sur les discussions du troisième

³⁶² Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Volume III, p. 53.

³⁶³ Commentaire de l'article 96 du Protocole I, 1986.

https://www.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=9BC9CEF588FEA38EC12563BD002C2BD4 :

« La déclaration est constitutive de l'applicabilité des alinéas a à c: le statut reconnu aux mouvements de libération leur donne effectivement comme aux Etats le droit de se soumettre ou non au droit international humanitaire pour ce qui va au-delà du droit coutumier. »

³⁶⁴ Article 96 §3 du Protocole I de 1977 :

« L'autorité représentant un peuple engagé contre une Haute Partie contractante dans un conflit armé du caractère mentionné à l'article premier, paragraphe 4, peut s'engager à appliquer les Conventions et le présent Protocole relativement à ce conflit en adressant une déclaration unilatérale au dépositaire. Après réception par le dépositaire, cette déclaration aura, en relation avec ce conflit, les effets suivants :

a) les Conventions et le présent Protocole prennent immédiatement effet pour ladite autorité en sa qualité de Partie au conflit ;

b) ladite autorité exerce les mêmes droits et s'acquitte des mêmes obligations qu'une Haute Partie contractante aux Conventions et au présent Protocole ; et

c) les Conventions et le présent Protocole lient d'une manière égale toutes les Parties au conflit. »

³⁶⁵ On trouve ainsi plusieurs commentaires indiquant qu'une atmosphère de confusion et d'agitation régnait au moment du vote concernant ce paragraphe au sein du groupe de travail.

Par exemple : « Mr. MARTIN HERRERO (Spain) said that his delegation had been obliged to abstain for reasons both of procedure and of principle. Apart from the atmosphere of confusion in which the vote had been taken the proceedings had been irregular from the start. While work should not be held up by procedural points, neither should it ever be rushed. The function of a working group was to prepare the ground not to reach final decision. » ³⁶⁵ Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Volume IX, p. 74.

paragraphe de celui-ci. Il a donc été soumis au vote à la demande de l'Etat d'Israël. Et s'il a été adopté, il a fait l'objet de plusieurs réserves.³⁶⁶

Ce rétablissement de la réciprocité dans le cadre d'un conflit armé d'apparence interne constitue une contrainte réelle et même un risque en termes de protection des personnes puisqu'en l'absence d'une telle déclaration, l'Etat partie ne serait pas tenu de respecter lui-même les obligations posées par le Protocole I.³⁶⁷ Toutefois, ressurgit un des éléments clef de la réciprocité, la reconnaissance. A partir du moment où le Protocole I a fait le choix de reconnaître les mouvements de libération nationale comme Parties à un conflit international au même titre que les Etats, le rétablissement de la réciprocité devenait obligatoire. Selon la délégation japonaise, toute autre solution aurait été intenable car elle aurait pu dramatiquement défavoriser l'Etat partie.³⁶⁸ En cela l'article 96, comme l'affirmait le représentant de la délégation allemande, est bien plus que simplement le complément technique de l'article 1 paragraphe 4.³⁶⁹

³⁶⁶ Ainsi que nous l'avons étudié dans le détail dans la partie consacrée à la reconnaissance. Le lecteur pourra également se référer au tableau des réserves au Protocole I fourni en annexe.

³⁶⁷ Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Volume VI, intervention de la délégation allemande, p. 372:

« The Federal Republic of Germany joined in the consensus on the following understanding: Article 84, paragraph 3, of draft Protocol I constitutes the legal basis for the humanitarian protection of liberation movements since "the Conventions and this Protocol are brought into force for the said authority as a Party to the conflict with immediate effect" by the declaration envisaged in Article 84, paragraph 3 (a). As is clear from this wording, this provision is not only a technical supplement to paragraph 1 of Article 1 of this Protocol. It is of a constituent character and determines the date from which rights and obligations under Protocol I are established for the Parties to the conflict. The Federal Republic of Germany understands that during the time before such unilateral declaration is made only the provisions of Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 apply. »

³⁶⁸ Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, volume VI, p. 386 :

«The Japanese delegation abstained from voting on Article 81, paragraph 3 when it was adopted by Committee I. The view was expressed at that time by some delegations that, in the absence of the procedural stipulations contained in Article 84, paragraph 3, the Geneva Conventions and Protocol I would automatically apply, by virtue of Article 1, paragraph 4, to an armed conflict of the type referred to therein. The delegation of Japan finds this view untenable as this would mean that a High Contracting Party might be obliged to apply the Geneva Conventions and Protocol I even if the authority representing a people engaged against the High Contracting Party in the armed conflict concerned had not undertaken to apply the Conventions and the Protocol. »

³⁶⁹ Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Volume IX, p. 369 :

« Hr. PARTSCH (Federal Republic of Germany) said that his delegation deeply regretted that at the sixty-seventh meeting (CDDH/I/SR.67) it had had to abstain in the vote on the new paragraph 3 of Article 84 of draft Protocol I, for it attached the utmost importance to a provision whereby liberation movements could make unilateral declarations with a view to putting into effect the Geneva Conventions and Protocol I and to assuming thereby the same rights and obligations as those which had been assumed by a High Contracting Party. In that way a sound legal basis would be created for the humanitarian protection of liberation movements, for the new text was something more than a technical supplement to Article 1, paragraph 2, of draft Protocol I. »

II. La problématique des groupes transnationaux.

La question de l'application du droit international humanitaire à des groupes transnationaux est épineuse. La qualification des conflits auxquels ils participent est aussi un exercice difficile.

La solution offerte par le Protocole II ne permet pas d'écarter d'emblée le problème posé par un groupe comme l'Organisation de l'Etat islamique³⁷⁰³⁷¹. En effet, le Protocole II à son article 1^{er} précise bien qu'il s'applique aux conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article 1^{er} du Protocole I et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante. Dans ce cas, toutes les forces impliquées sont soumises au droit humanitaire.

Mais qu'en est-il donc d'un tel mouvement transnational, aux prétentions étatiques, qui provoque un conflit qui s'étend sur le territoire de plusieurs Etats et en implique encore d'autres ? Comment doit-on prendre un compte un mouvement qui ne se rattache pas exactement à un Etat, ce qui nuit à l'automaticité de l'engagement conventionnel ?

Dans quelle mesure ce mouvement est-il soumis au droit des conflits armés, en particulier au droit humanitaire ? Cette question peut paraître quelque peu absurde dans la mesure où par

³⁷⁰ En 1999, Abu Musab al-Zarqawi fonde un mouvement djihadiste en Afghanistan sous le nom de Jamā'at al-Tawhīd wa-al-Jihād dont le but déclaré est la mise en place d'un califat. C'est à partir de ce groupe que va émerger la formation aujourd'hui connue, notamment, sous le nom d'Etat islamique. Bien que séparé initialement d'Al Qaeda, le groupe d'al-Zarqawi va s'en rapprocher à partir de l'intervention américaine qui l'oblige à fuir vers le Kurdistan irakien. Il gagne en importance à partir de 2003 et devient officiellement en 2004, la branche irakienne d'Al Qaeda. Le groupe évolue, son fondateur décède et en 2006, c'est 'Abd Allāh Rashīd al-Baghdādī, rebaptisé en octobre 2006, Abū 'Umar al-Qurashī al-Baghdādī, qui en prend le contrôle. Le mouvement devient alors l'Etat islamique en Irak. C'est avec son intervention dans le conflit syrien que l'Organisation prend le nom d'Etat islamique en Irak et au Levant en 2013.

Enfin, 2014 marque un tournant important puisque le mouvement s'impose militairement en Syrie et en Irak déclenchant finalement la mise en place d'une coalition internationale (menée par les Etats-Unis) qui considère ses victoires comme une véritable menace terroriste. Le groupe n'est plus lié aujourd'hui à Al Qaeda dont il ne partage pas les objectifs.

Voir entre autres : Champagne Marcelle, Caillet Romain, « Entretien avec Romain Caillet – Qu'est-ce que l'Etat islamique ? », Les clés du Moyen Orient, 8 juillet 2014, <http://www.lesclesdumoyenorient.com/Entretien-avec-Romain-Caillet-Qu.html> ; Riché Pascal, « Argent, effectifs, organisation... Ce que l'on sait de l'Etat islamique » Rue 89, 25 août 2014, <http://rue89.nouvelobs.com/2014/08/25/argent-effectifs-organisation-lon-sait-letat-islamique-254352> ; Harling Peter, « Etat islamique, un monstre providentiel », Le Monde diplomatique, septembre 2014.

³⁷¹ La dénomination de ce mouvement transnational a fait couler beaucoup d'encre en raison du changement adopté par le mouvement lui-même mais également du choix entre acronyme anglais ou version française. L'organisation est ainsi dénommée Etat islamique en Irak et au Levant (EIL), Etat islamique (nouvelle dénomination choisie par le mouvement lui-même et rejetée par la plupart des commentateurs politiques et journalistes), Daesh (nom utilisé par les détracteurs du mouvement et détesté par lui, au point de l'interdire dans les zones qu'il contrôle), Islamic State of Irak and the Levant (ISIL) ou Islamic State of Irak and Syria (ISIS) ou Islamic State dans la version anglaise. Toutefois, le choix du Monde diplomatique et France 24 de parler de l'Organisation de l'Etat islamique paraît pertinent et réfléchi. Si l'on veut dénier la qualité d'Etat au mouvement tout en maintenant une relative neutralité, cette formulation est un choix aussi valable qu'un autre. C'est en tout cas celui qui sera retenu ici.

définition l'EIL rejette toutes les idées portées par le droit humanitaire et se fait au contraire une fierté de les fouler aux pieds. Il est inutile de rappeler les tristes meurtres scénarisés qui constituent leur fonds de commerce médiatique pour être convaincu qu'il n'y a pas lieu de croire qu'ils appliqueront jamais les règles du droit humanitaire.

Pourtant, la question mérite d'être posée, au moins pour déterminer le niveau d'obligation des Etats qui le combattent mais également en cas de poursuites pénales quelles règles leur sont applicables.

Eux, c'est évident, ne se considèrent pas liés par les normes d'un système qu'ils rejettent et combattent.

Or, si la suppression de la réciprocité d'application est aujourd'hui plus ou moins acquise, celle de la réciprocité d'obligation est moins évidente. J'entends par là le fait qu'un Etat n'est lié que vis-à-vis des Etats et mouvements de libération nationale qui ont eux-mêmes adhéré aux Conventions. Or dans ce cas, si on devait considérer que l'EIL ne rentre dans aucune des cases préexistantes, la question de l'étendue des obligations des uns et des autres pourrait se poser. Les Etats peuvent-ils arguer du fait que le droit des conflits armés ne s'appliquant pas à un tel mouvement, eux-mêmes n'y seraient pas soumis ?

Il semble cependant que l'on puisse étendre ici trois des raisonnements retenus au sujet des conflits se déroulant sur le territoire d'une seule Partie contractante.

On laissera de côté la théorie de la législation nationale et celle du consentement dans la mesure où elles conduiraient sans doute à conclure que le droit des conflits armés n'est pas applicable à l'Organisation Etat Islamique.

En revanche, si l'on adopte le point de vue que les groupes armés sont liés par le droit international humanitaire parce que les individus qui les composent le sont. L'organisation Etat islamique est donc nécessairement soumise au droit des conflits armés. Toutefois, dans le cadre d'un mouvement comptant des membres venus du monde entier, l'identification précise des normes applicables à chacun tiendrait toutefois d'un véritable casse-tête.

Si on préfère à cette première approche, la position de Jean PICTET³⁷² confortée par l'article 10 du projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite³⁷³, c'est

³⁷² Commentaire de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1958 :

« On a exprimé le doute, à la Conférence diplomatique, que des « insurgés » pussent être valablement liés par une convention qu'ils n'auraient pas eux-mêmes signée. Pour peu que l'autorité responsable qui est à leur tête exerce une souveraineté effective, sa prétention même de représenter le pays, ou même une partie de celui-ci, la lie. »

justement parce que l'organisation Etat islamique se veut être un Etat qu'il doit être soumis au droit international humanitaire. Là encore, la difficulté tient alors plutôt à la question de savoir à quelles règles exactement lui sont opposables puisqu'il ne se rattache à aucun Etat en particulier.

Enfin, on peut également considérer un tel groupe armé comme un sujet du droit international.

Sous cet angle et pour les trois cas de figures, seule la coutume permet d'envisager une réponse satisfaisante. Par sa flexibilité, il est possible de considérer que l'ensemble des règles coutumières du droit humanitaire ne s'applique pas tant aux Etats qu'à chaque individu ou chaque groupe impliqué dans un conflit armé quelle que soit la réalité de ses attaches juridiques.

Puisque l'on a avancé le fait que depuis plusieurs dizaines d'années maintenant, l'individu avait acquis dans un certain sens le statut de sujet du droit international, on peut estimer qu'il est lié par la coutume internationale beaucoup plus facilement que par le droit conventionnel (même si c'est évidemment le cas) et qu'il est lié de manière inconditionnelle. Il en va de même pour un groupe armé considéré comme un sujet du droit international.

https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=A7B6647A0FDB9CE4C12563BD002CF031

³⁷³ Article 10 du Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, CDI, 2001, « Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre » :

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international.
2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international.
3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 4 à 9.

CHAPITRE II : La consécration difficile de l'absence de réciprocité d'application.

Ce qui est visé dans cette partie est essentiellement le bannissement de toute forme de réciprocité négative dans l'application du droit humanitaire. Par-là, nous entendons à la fois la suppression du droit de suspension ou de terminaison d'un traité en cas de violation par l'une des parties au traité et l'interdiction des représailles.

L'utilisation de l'expression de réciprocité négative pour couvrir ces deux éléments peut légitimement être critiquée. En effet, si la réciprocité positive tient en la soumission à une obligation réciproque, la réciprocité négative ne devrait concerner que la disparition de cette obligation. Toutefois, l'usage lie souvent ces deux aspects dans cette seule expression de réciprocité négative.

Nous devons cependant ici distinguer la stricte réciprocité négative de ce que l'on appellera pour les besoins de l'analyse, la réciprocité punitive. Bien que là encore, ce choix terminologique soit critiquable puisque, du moins en théorie, représailles et rétorsions ne sont pas des punitions mais des mesures incitatives.

Section 1. Des engagements unilatéraux pris par voie conventionnelle ?

La suppression de la réciprocité d'application n'apparaît jamais précisément dans les textes des Conventions de Genève. Elle se déduit de certaines de ces dispositions, mais on pourrait juger l'affirmation discutable si l'on devait, aujourd'hui encore, se fier aux seuls textes du droit international humanitaire.

Bien que l'on considère aujourd'hui que la disparition du principe de réciprocité dans le cadre du droit international humanitaire soit la conséquence immédiate de l'article 1^{er} commun des Conventions, elle n'a été consacrée en tant que telle que vingt-ans plus tard dans le cadre de la réflexion sur le droit des traités. Elle a ainsi pris corps dans la Convention de Vienne de 1969 à son article 60 paragraphe 5, et finalement a acquis par la suite valeur coutumière.

§1. L'article 60 paragraphe 5 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

Bien qu'on lui donne souvent comme conséquence, la disparition complète du principe de réciprocité dans le cadre du droit humanitaire comme de celui des droits de l'homme, l'article 60 paragraphe 5 ne porte réellement que sur la réciprocité négative, donc la réciprocité d'application et non celle d'obligation. Autant cette distinction n'est que de peu d'importance dans le cadre des traités relatifs aux droits de l'homme, autant elle mérite d'être mentionnée à l'égard du droit humanitaire.

Le rejet du principe de réciprocité dans cette disposition ne concerne donc que les cas de terminaison du traité et non la question de la formation de l'obligation. L'article 60 dans sa globalité, nous l'avons vu, traite de la possibilité pour un Etat de se considérer comme délié de ses obligations conventionnelles, dès lors qu'un autre Etat partie, a lui-même violé ses engagements.

Le paragraphe 5 de l'article précise que cette possibilité n'est pas ouverte dans le cas de dispositions concernant la protection de la personne humaine.

Il est rédigé ainsi :

« Les paragraphes 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. »

Le paragraphe 5 est un ajout de la conférence des Etats par rapport au projet de la Commission du droit international.³⁷⁴ Celle-ci n'avait pas envisagé de remettre en question la traditionnelle réciprocité négative qui ne présentait aucun aspect novateur.

En effet, comme le fait remarquer Stanislaw Nahlik, si la partie V de la Convention de Vienne est celle qui a donné lieu aux débats les plus houleux et aux discussions les plus vives mettant en péril son succès³⁷⁵, les dispositions, les règles posées par l'article 60 *« jouissent depuis des générations de la sanction du droit coutumier. »*³⁷⁶

Le paragraphe 5 constitue toutefois une innovation. Il a été proposé par un amendement oral de la délégation suisse représentée par M. Bindschedler.

³⁷⁴ CDI, Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, Annuaire de la Commission du droit international, volume II, 1966, (disponible sur le site de la CDI) p. 276, article 57.

³⁷⁵ Nahlik Stanislaw, « La Conférence de Vienne sur le droit des traités. Une vue d'ensemble », AFDI, vol. 15, 1969, p. 42 :

« La partie V de la Convention provoqua tant de discussions qu'il ne serait pas possible de les évoquer ici toutes. A l'issue des longs débats, on parvint d'ailleurs à s'entendre sur la totalité ou presque, des problèmes substantiels. La seule grande divergence d'opinions qui persista jusqu'à la fin de la Conférence concernait la procédure. »

Et p. 50 :

« Bien des délégations votèrent finalement pour la proposition exposée par M. Elias afin de sauver la Conférence, ne fût-ce qu'à la dernière heure, d'un échec qui aurait réduit à néant les résultats de travaux aussi longs et ardu. »

³⁷⁶ Ibidem p. 46.

Et CDI, Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires, Annuaire de la Commission du droit international, volume II, 1966, (disponible sur le site de la CDI) p. 276, article 57 :

« La grande majorité des juristes reconnaît qu'une violation d'un traité par l'une des parties peut donner à l'autre partie le droit d'abroger le traité ou de suspendre l'exécution des obligations qui, aux termes du traité, lui incombent. La violation d'une obligation née d'un traité, comme de toute autre obligation, peut conférer à l'autre partie le droit d'user de représailles pacifiques et il est clair que ces représailles peuvent à juste titre, porter sur les droits qu'a, aux termes du traité, la partie en défaut. »

Celui-ci faisait valoir que certains accords internationaux par leur nature devaient pouvoir échapper à la règle de *l'inadimplenti non est adimplendum*. Il insistait sur le fait que l'application de l'article 60 ne devait pas avoir pour conséquence la mise en danger de la vie humaine.³⁷⁷

La proposition était la suivante :

« *The foregoing rules do not apply to humanitarian conventions concluded with or between States not bound by multilateral conventions for the protection of the human person which prohibit reprisals against individuals. Agreements of this kind must be observed in all circumstances.* »³⁷⁸

Cet amendement qui fait écho à des réserves émises par la représentation finlandaise³⁷⁹ trouve son origine directement dans le souci de maintenir la protection de la personne humaine lorsque les conventions relatives au droit humanitaire sont violées. Un des premiers arguments de la délégation suisse tient justement au fait que bien que les Conventions de Genève prohibent les représailles contre les personnes protégées, leur suppression fait toujours débat et l'objet de plusieurs réserves³⁸⁰. Or dans ce cas, selon l'interprétation que les Etats voudront bien en retenir l'article 57 (futur 60) en l'état pouvait faciliter la remise en cause de la protection des personnes en toutes circonstances.

L'extension de cette proposition à d'autres conventions relevant plutôt du droit international des droits de l'homme apparaît comme, sinon secondaire, du moins comme un bénéfice supplémentaire. Mark E. Villiger remet même en question son applicabilité aux conventions relatives au droit international des droits de l'homme. Même si, comme il le souligne, cela n'a pas d'importance réelle

³⁷⁷ Official records of the United Nations conference on the Law of Treaties, First session, Vienna, 26 March – 24 May 1968, 61e meeting, « Consideration of the question of the law of treaties in accordance with resolution 2166 (XXI) adopted by the General Assembly on 5 December 1966 », Article 57, p. 354 :

« Such agreements should not be exposed to termination or suspension that would endanger human life. »

³⁷⁸ Ibidem, p. 354-355.

Traduction personnelle : « Les règles précédentes ne s'appliquent pas aux conventions humanitaires conclues avec ou entre Etats non liés par les conventions multilatérales relative à la protection de la personnes humaines qui prohibent les représailles contre les individus. De tels accords doivent être respectés en toutes circonstances. »

³⁷⁹ Ibidem p. 352. Ces préoccupations ne donnèrent toutefois pas lieu à un amendement.

« His delegation also considered that the sanctions provided for in paragraph 2, particularly that of the termination of the treaty as between all the parties, seemed unduly rigorous in the case of treaties of general interest, such as those for the protection of human rights. Sir Gerald Fitzmaurice, an earlier Special Rapporteur on the la of treaties, had mentioned other treaties which should be maintained in force even if they were violated materially by a party to the treaty. [...] the Finnish delegation had decided not to prepare a list of exceptions or to propose a new wording to paragraph 2.»

³⁸⁰ Ibidem p. 355 :

« For humanitarian reasons, it was anxious that the rule stated in article 57 should not disturb a whole series of conventions relating to protection of the human person. The Geneva Conventions for the protection of war victims prohibited reprisals against the protected persons and were virtually universal, but they were still the subject of some doubts and reservations. »

puisque cette pratique a été définitivement adoptée à l'égard des dites conventions³⁸¹, finalement plus sûrement qu'à l'égard des conventions humanitaires.

L'idée de supprimer la réciprocité négative dans le champ du droit humanitaire était donc centrale dans la proposition suisse.

Lors de sa présentation, la proposition suisse ne souleva pas de débats majeurs et emporta l'adhésion morale de la majeure partie des délégations présentes. Toutes n'étaient pas toutefois convaincues de la nécessité d'en faire un amendement, soit que la précision leur semblait inutile, soit que la détermination des traités concernés apparaissait comme trop compliquée.³⁸²

C'était le cas, par exemple de la délégation ukrainienne qui jugea l'amendement suisse inutile parce que déjà couvert selon elle par le paragraphe 4 qui établissait que les dispositions de l'article ne soient pas applicables si les traités prévoyaient déjà des règles relatives à la sanction des violations unilatérales du texte. Ce qui est le cas des Conventions de Genève de 1949.³⁸³

En revanche, les délégations italiennes et danoises soulignèrent l'importance d'une telle limite et y apportèrent pleinement leur soutien.³⁸⁴

Une difficulté juridique fut soulevée par sir Humphrey Waldock, intervenant à titre d'expert. Il soulignait que l'introduction d'une telle règle serait, sinon en contradiction, au moins en porte à faux, avec certaines dispositions des textes visés, notamment celles relatives à la dénonciation. Il insista sur le fait que la question des manquements aux conventions humanitaires soulevait des problèmes juridiques et moraux très délicats. Et que c'est pour y répondre que la CDI avait inclus l'article 40 du projet relatif aux obligations imposées par le droit international indépendamment d'un traité.³⁸⁵

³⁸¹ Villiger Mark E., « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties : 40 Years After », RCDAL 344. Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 155.

³⁸² C'était là la position de la Finlande, on l'a vu, mais également du Royaume-Uni.

³⁸³ Ibidem, p. 356.

« The amendment just proposed orally by the Swiss representative seemed unnecessary. Many treaties prohibited denunciation even in the event of a breach. Furthermore, article 57, paragraph 4, reserved the right of the parties under any provision in the treaty applicable in the event of a breach. »

³⁸⁴ Ibidem, p. 358 :

Italie : « The amendment which deserved the most careful attention and came closest to the Italian delegation's viewpoint was that submitted orally by the Swiss representative. There were conventions to which the general principle he had mentioned at the beginning of his remarks could not be applied, and they must be observed by the parties even if another party failed to observe them. The Geneva Conventions and the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations were examples. He hoped therefore that the oral amendment proposed by Switzerland could be taken into consideration. »

Danemark : « her delegation fully supported the oral amendment proposed by the Swiss representative, which would add to article 57 a new paragraph 5 concerning humanitarian conventions.

Some speakers had maintained that the inclusion of such a provision was not absolutely necessary from the legal point of view. But even if that was so, the Danish delegation believed that the principle was of such fundamental importance that it should be stated in article 57 in any case.

³⁸⁵ Ibidem p. 359.

Faute de disposer d'un amendement écrit, la discussion fut renvoyée à la deuxième session de la Convention de Vienne au cours de laquelle les Etats prirent plus largement partie pour son adjonction aux paragraphes préexistants.³⁸⁶

Le fait que l'amendement concerne plus particulièrement les Conventions de Genève a été confirmé par la délégation grecque.³⁸⁷

Quelques rares Etats se sont montrés réservés quant aux conséquences d'une telle disposition. La Tanzanie craignait par exemple qu'elle encourage les violations sachant qu'aucune sanction ne serait à craindre.³⁸⁸

Le principe de l'amendement fut adopté à quatre-vingt-sept voix pour et neuf abstentions, aucun Etat n'ayant voté contre. Cela signale une belle unanimité sur ce point, d'autant que les Etats qui ont émis des réserves au sujet de l'amendement n'ont que rarement critiqué l'idée de fond.

Après la reformulation de l'amendement par le Comité de rédaction, le paragraphe 5 fut considéré comme adopté sans renouvellement du vote du fait de l'absence d'opposition exprimée³⁸⁹.

L'article 60 n'a de plus fait l'objet d'aucune réserve alors que c'est le cas de bon nombre d'articles de la Partie V de la Convention. Certes les premiers paragraphes ne concernent que des règles déjà admises par le droit coutumier, mais le paragraphe 5 ne l'était pas forcément en 1969. L'adhésion générale à son principe est un signe que les Etats sont globalement favorables, du moins sur le papier, à l'abandon de la réciprocité négative dans le cadre des conventions relatives au droit humanitaire.

On notera quand même le fait que ni les Etats-Unis, ni la France, ni Israël ne sont parties à la Convention. Or ces trois Etats ont une position pour le moins ambivalente en matière de représailles. La France a été le seul Etat à voter contre la Convention, mais les raisons avancées pour ne pas le faire ne concernent en rien l'article 60 paragraphe 5.³⁹⁰

³⁸⁶ Official records of the United Nations conference on the Law of Treaties, Second session, 9 April – 22 May 1969, Twenty-first plenary meeting, p. 111 et s.

A titre d'exemple, la délégation finlandaise qui n'avait pas jugé nécessaire l'introduction d'une telle précision lors de la première discussion de l'article s'est décidée en sa faveur en 1969 : « Mr. Castren (Finland) associated his delegations with those which had supported the United Kingdom amendment and the Swiss amendment. The latter was especially important for the reasons explained by the representative of Switzerland. »

³⁸⁷ Ibidem, p. 113-114 :

« In the first place, he recalled the proviso in article 40 of the convention reserving the general rules of international law; since many of the provisions of conventions of a humanitarian character formed part of general international law, article 40 already safeguarded a number of those conventions. But the conventions in question, particularly the Geneva Conventions, went further and it was precisely in their case that the Swiss amendment was sound and necessary. »

³⁸⁸ Ibidem, p. 114.

³⁸⁹ Ibidem, p. 167.

³⁹⁰ Ibidem, p. 203 et s. Sur ce thème voir également : Deleau Olivier, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », AFDI, volume 15, 1969. pp. 7-23.

Les Etats-Unis et Israël³⁹¹ bien qu'ayant voté en faveur de la Convention ne l'ont jamais ratifiée.

Plusieurs points importants restent à soulever.

Même s'il est entendu que l'article 60 paragraphe 5 prohibe toute forme de réciprocité négative en matière de dispositions d'ordre humanitaire, il est spécifié que ce n'est le cas que dans le silence du traité.

De plus la Convention de Vienne de 1969 n'est pas rétroactive. Il est évident que les dispositions issues de la codification de la coutume ne sont pas visées par cette non-rétroactivité, mais ce n'est pas le cas des dispositions nouvelles. La question de la nature coutumière du paragraphe 5 se pose donc.

Sur cette dernière interrogation, la CIJ s'est prononcée en 1971 dans son avis relatif à la Namibie.³⁹² La Cour saisie par la résolution du Conseil de sécurité, 284, du 29 juillet 1970, devait répondre à la question de savoir quelles étaient les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie. L'Afrique du Sud s'était vue donner mandat sur le Sud-Ouest africain par la Société des Nations en 1920. A la suite des évolutions de la société internationale, l'Organisation des Nations Unies prenant la suite de la Société des Nations, l'Assemblée générale avait le 27 octobre 1966 décidé de mettre fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest Africain (future Namibie). Cette résolution n'avait toutefois pas été suivie d'effet et l'Afrique du Sud avait refusé d'abandonner le contrôle du pays. Afin de venir à bout de cette situation, l'Assemblée générale s'en était référée au Conseil de sécurité qui avait confirmé la fin du mandat et exigé de l'Afrique du Sud qu'elle cesse son occupation illégale du territoire namibien.³⁹³ Faute de parvenir à ses fins, le Conseil de sécurité décida d'interroger la CIJ afin de déterminer quelle serait la conduite à tenir.³⁹⁴

La Cour pour répondre à la demande du Conseil de sécurité commença par étudier le système des mandats.

Le système des mandats avaient été conçus pour permettre le développement des territoires et populations placés sous mandat international dans le cadre d'une "mission sacrée de civilisation". Le mandataire, selon la Cour, était alors soumis à des obligations juridiquement contraignantes, visant à

³⁹¹ En ce qui concerne Israël, l'information n'est pas claire. Les Travaux préparatoires attestent du vote positif, mais la Base de données des traités des Nations Unies ne le liste pas comme Etat signataire, tout en mentionnant leur objection aux réserves syrienne et marocaine.

³⁹² CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, « Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité ».

³⁹³ Conseil de sécurité, résolution 276 (1970), 30 janvier 1970, « La situation en Namibie ».

³⁹⁴ Conseil de sécurité, résolution 284 (1970), 29 juillet 1970, « La situation en Namibie ».

atteindre l'objectif civilisateur, dont le respect était placé sous la surveillance du Conseil de la Société des Nations. La thèse de l'Afrique du Sud, consistait à soutenir que son mandat revenait, peu ou prou, à une annexion du territoire de la Namibie. La Cour, à la lumière des évolutions postérieures à la fin de la SDN et à l'avènement des Nations Unies, affirma alors que le but ultime de tous les mandats³⁹⁵ était de permettre l'autodétermination des peuples placés sous tutelle.

La disparition de la SDN avait soulevé la question de savoir dans quelle mesure le système des mandats avaient été maintenus. Ce à quoi la Cour avait répondu en 1950 par l'affirmative et rappelé que des dispositions avaient été prises pour transférer le contrôle du système à l'Organisation des Nations Unies.³⁹⁶ Elle avait également ajouté que le nouveau système des tutelles faisant suite au système des mandats avait maintenu les obligations des Etats mandataires.

L'Afrique du Sud selon la Cour était donc toujours soumise à des obligations contraignantes contrôlée par l'Assemblée Générale des Nations Unies. Obligations qu'elle a violées en refusant obstinément de placer la Namibie sous le nouveau régime des tutelles puis de lui permettre d'accéder à l'indépendance. Ces manquements ont entraîné le prononcement de la fin du mandat.

Ce que remettait en question l'Afrique du Sud. La Cour rappelle donc à cet égard que « l'un des principes fondamentaux régissant le rapport ainsi établi sur le plan international est qu'une partie qui renie ou ne remplit pas ses propres obligations ne saurait être considérée comme conservant les droits qu'elle prétend tirer de ce rapport. »³⁹⁷

Elle va alors déclarer que :

« Les règles de la convention de Vienne sur le droit des traités concernant la cessation d'un traité violé (qui ont été adoptées sans opposition), peuvent, à bien des égards, être considérées comme une codification du droit coutumier existant dans ce domaine. D'après ces règles, l'extinction d'un traité n'est justifiée qu'en cas de violation substantielle, définie comme étant constituée par:

a) un rejet du traité non autorisé par la présente Convention; ou

³⁹⁵ Il existait trois types de mandats A, B et C. Le mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie était un mandat C. Un des arguments de celle-ci était que le mandat C n'était pas soumis aux mêmes règles que les deux premiers mandats en matière de droit à l'auto-détermination des peuples. Cette argumentation a naturellement été rejetée par la Cour.

³⁹⁶ CIJ, avis consultatif, 11 juillet 1950, « Statut du Sud-Ouest africain ». p. 133 et 134 :

« Ces obligations représentent l'essence même de la mission sacrée de civilisation. A tous égards leur raison d'être et leur objet primitif demeurent. Comme leur exécution ne dépendait pas de l'existence de la Société des Nations, ces obligations ne pouvaient devenir caduques pour la seule raison que cet organe de surveillance avait cessé d'exister. Le droit de la population de voir le Territoire administré conformément à ces règles ne pouvait pas non plus en dépendre.

Cette manière de voir est confirmée par l'article 80, paragraphe premier, de la Charte, qui maintient les droits des États et des peuples et les dispositions des actes internationaux en vigueur jusqu'à ce que les territoires dont il s'agit soient placés sous le Régime de Tutelle. »

³⁹⁷ CIJ, avis consultatif, 21 juin 1971, « Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité ». §91.

b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du Traité »

Cette seule déclaration pouvait toutefois laisser planer un doute sur la nature coutumière du paragraphe 5 de l'article 60. En effet, il est question ici d'un manquement à des obligations internationales qui n'étaient pas précisément de nature humanitaire. De plus, le but de l'Assemblée Générale des Nations Unies était justement de faire cesser les atteintes aux droits des Namibiens perpétrées par l'Afrique du Sud, dirigée par un régime d'apartheid.

Le paragraphe 96 apporte quelques lumières sans cependant être malheureusement indiscutable.

Il précise ainsi :

« Pour que cette objection soit valable, il faudrait montrer que le système des mandats établi par la Société des nations excluait l'application du principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaines contenues dans des traités de caractère humanitaire (convention de Vienne, art. 60, par. 5). Le silence d'un traité à ce sujet ne saurait être interprété comme impliquant l'exclusion d'un droit dont la source se trouve en dehors du traité, dans le droit international général, et qui dépend de circonstances que l'on envisage normalement pas au moment de conclure le traité. »³⁹⁸

Si on peut regretter que la Cour n'ait pas affirmé plus clairement la valeur coutumière de l'ensemble de l'article, on peut en revanche tirer de la mention expresse de l'article 60 paragraphe 5, la volonté d'inclure cette règle au droit international général auquel elle fait référence. Il n'y avait pas en effet de nécessité de citer ce paragraphe puisqu'il n'est pas ici question de la violation d'un traité de caractère humanitaire.

Qui plus est, le débat beaucoup plus central autour de la nature du mandat et de l'applicabilité du droit des traités à un tel acte, nous indique que la Cour estime que les normes visées disposent d'un champ d'application relativement large et ne se limitent pas aux seuls textes formellement identifiables comme des traités internationaux.

Sean Watts remet en question la nature coutumière du paragraphe 5. Il estime que la proposition suisse constituait un apport complètement nouveau. Il cite ainsi au soutien de cette thèse plusieurs

³⁹⁸ Ibidem.

auteurs écrivant postérieurement à la convention de Vienne sur la nature fondamentalement réciproque du droit de la guerre.³⁹⁹

Il est rejoint sur ce point par Mark E. Villiger qui expose que certes le principe de base posé dans l'article 1 faisait partie en 1969 du droit coutumier, mais que les détails eux ne l'étaient pas et ne le sont toujours pas. Il insiste particulièrement sur les paragraphes 2 et 3 de l'article et avance quand même qu'ils constituent la base d'un nouveau développement coutumier mais que faute d'une pratique claire, ce n'est pas une certitude.

Même s'il ignore le paragraphe 5 dans cette explication, on peut légitimement se demander si le même raisonnement ne tiendrait pas en ce cas.⁴⁰⁰

§2. Les remparts à la réciprocité dans les grands textes du droit international humanitaire.

Comme nous l'avons précisé dans l'introduction de ce chapitre, les textes des traités de droit humanitaire ne précisent pas exactement que le principe de réciprocité cesse d'être applicable dans les relations interétatiques qu'ils gouvernent. Ce n'est d'ailleurs pas tout à fait le cas comme nous le verrons par la suite. Seule la réciprocité d'application est aujourd'hui exclue du droit des conflits armés et non la réciprocité d'obligation. Cependant, la lecture de plusieurs articles des Conventions de Vienne mais également des Protocoles additionnels de 1977 permet de conclure indépendamment de la Convention de Vienne de 1969, que l'idée était déjà là.

³⁹⁹ Watts Sean, « Reciprocity and the Law of War », Harvard International Law Journal, Summer 2009, Volume 50 :

« Yet the customary status of paragraph 5 is dubious. For instance, the circumstances leading to the inclusion of paragraph 5 in the Vienna Convention do not suggest an intent to codify existing custom. None of the three major drafting efforts that led to the Convention explored a humanitarian exception to the reciprocity regime ultimately codified in Article 60. Neither the exhaustive survey of treaty law conducted by the Harvard Project nor the decades of preparatory work conducted by the International Law Commission noted an exception to general rules of negative reciprocity for humanitarian instruments or norms. Rather, the preparatory work for the Convention conveys the impression that the Swiss amendment was an innovation intended to remedy a normative oversight in existing law.

The contemporaneous works of prominent commentators also fail to support the existence of a customary humanitarian law exception to the general reciprocity regime. »

⁴⁰⁰ Villiger Mark E., « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties : 40 Years After », RCDAl 344. Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 158 :

« In sum, it is doubtful whether Article 60 as a whole is declaratory of customary law. Only paragraph 1 on bilateral treaties presents a clear and well-established picture. With regard to paragraphs 2 and 3, the ILC had some difficulties in arriving at a generally suitable compromise. Since 1969, States and courts have repeatedly affirmed the declaratory nature of Article 60, but practice concerning multilateral treaties is sparse and not always convincing. The relationship between Article 60 and Articles 65-68 remains unsettled. As a result, it appears that the 1968-1969 Vienna conference may well have stimulated the generation of new customary rules embodied in paragraphs 2 and 3. Yet State practice must still accumulate and become more consistent before these rules can be regarded as settled. »

I. La fin de la réciprocité négative dans les Conventions de Genève.

Lorsqu'il est question d'identifier la ou les dispositions qui mettent fin à l'usage du principe de réciprocité dans les Conventions de Genève, on se réfère essentiellement à l'article 1^{er} commun aux quatre Conventions. Parce qu'elle constitue une convention « en miniature » qui ne repose pas non plus sur le principe de réciprocité, il nous a semblé pertinent d'y adjoindre l'article 3 commun.

A. Article 1^{er} commun : la consécration de l'engagement moral unilatéral des Etats.

L'origine d'un nouveau principe de non-réciprocité se trouve selon les commentateurs⁴⁰¹ essentiellement dans l'article 1^{er} commun aux Conventions de Genève. Celui-ci dispose très simplement :

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

Cette formulation est apparue pour la première fois dans les Conventions de Genève du 27 juillet 1929.⁴⁰² A la différence de l'article 1^{er} commun, la disposition se situe dans ces Conventions dans le chapitre relatif à l'application et à l'exécution de la Convention. Elle se lit comme suit :

« Les dispositions de la présente Convention seront respectées par les Hautes Parties Contractantes en toutes circonstances.

Au cas où, en temps de guerre, un belligérant ne serait pas partie à la Convention, ses dispositions demeureront néanmoins obligatoires entre tous les belligérants qui y participent. »

Cette disposition n'avait pas pour but en 1929 de supprimer toute forme de réciprocité d'application mais de mettre un terme à la *clausula si omnes* qui emportait des conséquences par trop dramatiques⁴⁰³. Toutefois, la deuxième phrase seule aurait pu suffire à cette fin. La première pose une forme d'obligation générale qui a d'abord pour but de souligner l'importance morale du

⁴⁰¹ Voir par exemple parmi des très nombreux autres : Commentaire de l'article 1^{er} commun aux Conventions de Genève de 1952,

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=529DFC9392F5F8EFC12563BD002C6309 ; DAVID Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 642.

⁴⁰² Article 25 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne et article 82 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre.

⁴⁰³ Voir Partie I, Titre I, Chapitre, Section : Les origines de la réciprocité d'obligation : De la *clausula si omnes* au maintien de l'application inter partes.

droit international humanitaire. Il faut sur ce point tomber d'accord avec le commentaire de l'article 1er rédigé en 2016⁴⁰⁴ qui estime qu'en scindant la disposition ainsi, les rédacteurs du texte ont permis que la première phrase gagne une signification indépendante et finalement bien plus importante.

Ainsi, dès 1929, les Etats consacrent l'idée d'une valeur supérieure des règles du droit des conflits armés face aux excuses que des Parties au conflit pourraient chercher afin d'en éviter l'application et introduisent l'idée qu'il est peut-être temps d'abandonner le principe de réciprocité.

Vingt ans plus tard, il fut décidé de ne plus retenir que cette première phrase et de la placer en exergue, au début du texte et non perdue au sein des dispositions techniques de fin de traité. Il faut noter en plus que, la consécration de la règle introduite en 1929 s'est faite pour ainsi dire sans débat⁴⁰⁵. Les Etats l'ont adopté à l'unanimité sans changer le texte de Stockholm prouvant ainsi que ce nouveau principe était, du moins au plan théorique, complètement accepté.

Il faut encore souligner que la reformulation dont la règle a fait l'objet. De passive, la phrase devient active, accentuant la nature impérative des Conventions et l'impression de responsabilité des Etats.⁴⁰⁶ De plus, l'introduction de l'obligation de faire respecter, en sus de celle de respecter, accroît la force morale globale des Conventions. En effet, il apparaît alors que les règles posées par les Conventions de Genève sont si essentielles que tous les Etats sont moralement responsables de leur respect par tous et non plus seulement par eux seuls. Le dépassement du seul cadre contractuel est ainsi consommé.

Toutefois, la formulation est si générale et si absolue qu'il n'est pas, en réalité, aisé de saisir les obligations exactes que recouvre cet article 1er commun.

⁴⁰⁴ «As noted earlier, in the course of the drafting process the obligation to ensure respect in all circumstances and the obligation to apply the Conventions in relation to other Contracting Parties, even if not all belligerents are party to the Conventions, were separated into two different paragraphs, whereby the former acquired an independent meaning. The latter is now explicitly provided for in common Article 2(3), namely that even where not all Parties to an armed conflict are party to the Conventions, those who are party remain bound by the Conventions in their mutual relations » CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève, 2016*, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=9FDA19119E4EB59AC1257F7D005ED435

⁴⁰⁵ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-B, p.54

⁴⁰⁶ Commentaire des Conventions de Genève de 1952 : « Compte tenu de ce qui précède et du fait que les dispositions relatives à la répression des violations sont considérablement renforcées, on doit bien constater que l'article premier, loin d'être une simple clause de style, a été volontairement revêtu d'un caractère impératif. Il doit être pris à la lettre. »

Elles sont aujourd'hui fort nombreuses. Le commentaire de 2016 de l'article 1er précise que les obligations suivantes en découlent :

- Respecter les conventions : naturellement, en application du principe « *pacta sunt servanda* », cette obligation découle d'abord et avant tout de l'adhésion à un traité. Son renforcement ici souligne le caractère presque impératif des normes en question.
- Faire respecter les conventions : c'est aujourd'hui le sujet qui fait couler le plus d'encre. Que sont supposés faire les Etats, qu'est-ce que cette obligation les autorise à faire ?
- Les Etats sont obligés en temps de paix comme en temps de guerre.
- Les causes du conflit ne peuvent avoir une influence sur l'application des règles posées par les Conventions. L'article 1 officialise donc le principe de séparation du *jus in bello* et du *jus ad bellum*.
- L'inégalité des Parties que ce soit sur un plan géographique, démographique, économique etc. ne saurait pas non plus affecter les obligations respectives des Parties au conflit.
- Enfin, les Conventions ne sont pas soumises au principe de réciprocité.⁴⁰⁷

La suppression du principe de réciprocité se déduit essentiellement de l'expression « *en toutes circonstances* ». De fait, le caractère général et absolu de cette formulation devrait impliquer que rien ne peut justifier l'inexécution de la Convention, et donc, par force, que les manquements d'une des Parties au conflit ne libèrent pas les autres Etats impliqués de leurs obligations.

Il faut ici tomber d'accord avec le commentaire de Jean PICTET de 1952 et admettre que « *[l]e motif de la Convention est tellement supérieur, il est si universellement reconnu comme un impératif de la civilisation, qu'on éprouve le besoin de le proclamer, autant et même plus pour le respect qu'on lui porte que pour celui que l'on attend de l'adversaire.* »⁴⁰⁸ La réciprocité devient alors facultative, puisqu'on respecte le droit humanitaire pour ce qu'il est et non comme termes d'un échange.

On retrouve ici l'idée partagée par le droit international des droits de l'homme d'un engagement unilatéral et non d'un engagement contractuel. Cet aspect est particulièrement évident dans le cadre de l'introduction de l'article 3 commun aux Conventions de Genève.

⁴⁰⁷ Voir : CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève*, 2016.

[https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit international humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=9FDA19119E4EB59AC1257F7D005ED435](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit%20international%20humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=9FDA19119E4EB59AC1257F7D005ED435)

⁴⁰⁸ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève*, 1952.

B. Article 3 commun, une convention miniature révolutionnaire.

L'article 3 commun, lu et compris en accord avec l'article 1^{er}, se présente, en effet, comme une révolution puisque l'Etat s'engage pour lui-même et par lui-même. Le rôle du co-contractant devient plus accessoire puisque l'article 3 commun ne régit pas les relations entre Etats mais bien les obligations d'un Etat donné sur son territoire vis-à-vis de personnes placées sous son autorité. Certes l'article étend ses obligations aux parties non-étatiques du conflit, mais le contrat n'a pas ici sa place.

Comme l'explique le commentaire des conventions de Genève de 1952, l'article 3 commun doit être considéré comme une « *convention miniature* » qui forme un tout indépendant de son contenant. Assurément, l'article 3 commun vise une situation tout à fait différente de celle sur laquelle porte les Conventions de Genève dans leur ensemble. Pour la première fois, il introduit l'idée que dans les conflits internes également les Etats ne peuvent pas rester incontrôlés sous le prétexte qu'il s'agit de leurs affaires internes.

Il est d'autant plus facile de comprendre la suppression du principe de réciprocité dans le cadre de l'article 3 commun, qu'il n'y a en fait, de toute évidence pas du tout sa place. Et pour cause, l'article 3 commun sur bien des aspects correspond aux traités relatifs au droit international des droits de l'homme qui, nous l'avons dit, n'ont jamais été régi par le principe de réciprocité, au risque sinon, de sombrer dans l'absurde juridique et humain.

Peut-être plus encore que dans le reste des conventions perçoit-on ici le fait que le droit humanitaire vise à protéger les êtres humains en raison de leur humanité même et non en raison de leur statut dans le cadre d'un conflit armé ou à l'égard d'un Etat. Or cette protection n'est pas conçue comme une faveur des Etats faite aux individus, mais la reconnaissance d'un droit naturel préexistant. Un droit absolument indérogeable.

C'est d'ailleurs, très exactement pour cette raison que le noyau dur des droits de l'homme et les dispositions contenues dans l'article 3 commun se recourent.

Enfin, dans sa formulation même, l'article 3 commun suggère au même titre que l'article 1^{er} commun la fin de la réciprocité d'application, et ce dès sa première phrase. On retrouve une sorte de symétrie entre grandes et petite conventions.

L'article, comme chacun sait, commence ainsi :

« En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes⁴⁰⁹ (...). »

Il n'est pas question ici de laisser place aux débats, aux excuses ou à de fallacieux prétextes justifiant l'inexécution du droit. Les Parties seront tenues, point. Elles y sont contraintes quelle que soient les circonstances, quels que puissent être le comportement de la Partie adverse au cours du conflit⁴¹⁰.

De plus, si les Etats après maintes discussions ont finalement accepté l'inclusion d'un article relatif aux conflits armés internes, c'est essentiellement parce qu'au contraire du projet de Stockholm qui prévoyait l'application de l'ensemble des conventions, l'article finalement adopté, limite à quelques dispositions fondamentales le champ d'application *ratione materiae* de l'article. Or comme l'explique les commentaires de 1952, « [i]l n'existe certainement pas d'Etat où l'autorité gouvernementale réclame le ' droit ' d'utiliser comme armes, contre ses ennemis, la torture ou les autres actes contraires à l'humanité, prohibés par la Convention. »⁴¹¹ Ainsi, le principe de réciprocité⁴¹² ne devrait donc pas être nécessaire et c'est pour cette raison qu'il n'a pas été inclus. Il faut malheureusement sur ce dernier point reconnaître que certains Etats peuvent « réclamer » le droit de faire usage de méthodes qu'ils n'appellent peut-être pas torture mais qui n'en relèvent pas moins. La guerre contre le terrorisme a, depuis bientôt vingt ans, réveillé dans la plupart des Etats concernés, l'idée que la nécessité peut justifier des actes qu'ont croyaient devenus impensables.

⁴⁰⁹ Nous soulignons.

⁴¹⁰ Commentaire de l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1952 : « L'obligation est, pour chacune d'elles, inconditionnelle et unilatérale. C'est à dessein que la clause de réciprocité [p.55] n'a pas été prévue. » https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humainitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=AD8165599B069BF2C12563BD002C6440

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² Aucune des deux formes de réciprocité, d'application ou d'obligation n'a été retenue dans le cadre de l'article 3 commun. Nous revenons sur la réciprocité d'obligation dans le cadre de l'article 3 commun par la suite. La séparation ici est certainement un peu artificielle, mais le traitement différencié nous paraît justifié au regard de notre argumentation générale.

C. L'article 2 §3 commun : la réintroduction de la réciprocité négative dans un seul cas de figure.

L'article 2, étudié dans le détail dans le chapitre I, réintroduit la réciprocité négative dans un seul cas prévu à son paragraphe 3 :

« 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. »

Dans l'hypothèse envisagée ici, l'une des Parties au conflit n'est pas partie aux Conventions de Genève, mais accepte dans le cadre de ce conflit, précis de se considérée comme liée par elles. Ici, ce seul engagement initial ne suffit pas. Il faut encore que la Partie en question applique effectivement les dispositions des Conventions. Dans le cas contraire, les Parties contractantes pourraient dans leurs relations avec cette Partie uniquement appliquer le principe de réciprocité et suspendre l'application des conventions tant que cette dernière ne les respecte pas.

Cette règle peut être lue sous différents angles. D'une part, on peut tout de même considérer qu'elle invalide l'idée d'un engagement véritablement unilatéral des Parties contractantes et donc presque contredire l'article 1, dans la mesure où l'abandon de la réciprocité négative ne vaut que dans les relations *inter partes*.

D'autre part, en rétablissant l'élément contractuel dans sa pleine force dans le cadre des relations extra-conventionnelle, elle peut aussi être interprétée comme confirmant le fait que les conventions ont bel et bien dépassé le stade du seul contrat mais que cela ne vaut que pour les Etats Parties. Tout se passe comme si ces derniers en adhérant aux conventions avaient démontré leur volonté d'appartenir à un nouveau système reconnaissant la supériorité morale de certaines normes. Dans ce cas les Etats réfractaires en resteraient exclus.

Quoiqu'il en soit, cette concession au principe de réciprocité, fait sans doute surtout figure de chant du cygne de la réciprocité négative dans le cadre du droit international humanitaire. Et ce d'autant plus que l'hypothèse est essentiellement académique en ce qui concerne les Conventions universellement ratifiées. Elle reste cependant valable dans le cas du Protocole I de 1977.

II. La confirmation dans les autres textes du droit international humanitaire.

Cette partie pourrait paraître inutile dans la mesure où la Convention de Vienne de 1969 étant intervenue entre temps, il n'était plus nécessaire de rechercher l'absence de réciprocité dans les dispositions des traités relatifs aux conflits armés eux-mêmes.

Toutefois, il nous a tout de même semblé intéressant d'aborder la question.

A. Les garanties fondamentales du Protocole I et du Protocole II de 1977

L'article 75 du Protocole I et l'article 4 du Protocole II font tous les deux office de « *voiture balai* » en matière de protection des personnes tombées au pouvoir de l'ennemi.

Et l'on retrouve dans les deux articles une formulation de la règle qui rappelle celle de l'article 1^{er} commun aux Conventions de Genève.

Ainsi l'article 75 précise que « *les personnes qui sont au pouvoir d'une Partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable [...] seront traitées avec humanité en toutes circonstances* » et l'article 4 qu'elles « *seront en toutes circonstances traitées avec humanité*⁴¹³ ».

Cet usage réitéré de « *en toutes circonstances* » doit, nous semble-t-il, être interprété de la même manière que dans l'article 1^{er} commun aux Conventions de Genève.

Cette absence de réciprocité négative est d'autant plus logique que les deux articles traitent du traitement humain et que celui-ci ne peut en aucun cas faire l'objet d'une quelconque dérogation.

Cet aspect est souligné par la suite de la même manière dans les deux articles. Ils précisent que les actes énumérés dans chacun d'eux « *sont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu* ». Cette formulation est quelque peu étonnante dans la mesure où les Protocoles sont soumis à des conditions d'application.

Ils ne sont applicables qu'aux périodes de conflits armés. D'ailleurs l'article premier du Protocole II précise bien à cette fin qu'il ne s'applique pas aux situations de tensions internes et de troubles intérieurs. Le Protocole I ne s'applique que dans les circonstances prévues par l'article 2 commun aux Conventions de Genève et par son article 1^{er} paragraphe 4.

Quant à une application illimitée dans l'espace, en général, les traités ne font pas référence à un champ d'application *ratione loci* puisque celui-ci découle logiquement de l'implication des parties dans le conflit. En général, il est considéré que les Conventions et Protocoles s'appliquent sur

⁴¹³ Nous soulignons.

l'ensemble du territoire des Parties au conflit et sur tous les territoires sur lesquelles elles exercent un contrôle suffisant⁴¹⁴.

Le choix des mots « *en tout temps et en tout lieu* » n'a donc pas pour objectif d'étendre l'application des Protocoles au temps de paix et à toute la planète. En revanche, elle signifie que les interdictions consacrées par les articles 4 et 75 sont absolues. Or très précisément, comme le rappelle le commentaire de 1987, une obligation absolue est selon la Commission du droit international, une « *obligation d'une partie quelconque qui ne dépend, ni juridiquement, ni dans la pratique, d'une exécution correspondante par les autres parties. L'obligation a un caractère absolu et non un caractère de réciprocité* ». ⁴¹⁵

Le fait d'ailleurs que les Etats aient adopté la même logique dans les deux Protocoles alors que ceux-ci visent des situations de conflit différentes démontrent bien qu'il s'agit de dispositions auxquelles tous les Etats sont liés unilatéralement.

B. L'exclusion de la réciprocité d'application dans le cadre du Protocole II.

De manière générale, le Protocole II comme l'article 3 commun régit une situation dans laquelle l'application traditionnelle du principe de réciprocité est compliquée par l'inégalité des Parties au conflit et leurs différences de statut.

Son article 1^{er} qui définit le champ matériel du Protocole, précise que celui-ci s'applique au conflit armés « *qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole* ». Ce qui nous intéresse ici, c'est que le Protocole n'exige pas pour prendre effet que la Partie non-étatique au conflit ait expressément accepté de l'appliquer, ni même ne l'applique effectivement. Elle doit simplement être capable de le faire.

L'article sort très clairement ici de toute idée de volontarisme et l'Etat Partie sera tenu d'appliquer les dispositions du Protocole II que les autres Parties au conflit le fassent ou non. Il ne pourra pas non

⁴¹⁴ Pour plus de détails voir par exemple : DAVID Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, 3^e édition, Bruxelles, 2002, pp. 230-231 ; BETTATI Mario, Droit humanitaire, Dalloz, 1^{ère} édition, Paris, 2012, pp. 92-93.

⁴¹⁵ Commentaire du Protocole additionnel II de 1977, article 4.

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=A372C601C6AFAA2CC12563BD002DF4D5

plus utiliser le principe de réciprocité pour suspendre l'application du droit humanitaire sous prétexte que ses adversaires commettent eux-mêmes des violations.

C. Le cas des accords relatifs aux armes.

Les déclarations, conventions ou accord relatif à l'interdiction de telle ou telle arme, ont tendu à exclure, au même titre d'ailleurs que les conventions relatives aux droits de l'homme toute forme de réciprocité en posant des obligations absolues et ce depuis la fin du XIXe siècle.

Ainsi la première phrase de la déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiant ou délétères de 29 juillet 1899⁴¹⁶ présente toutes les caractéristiques d'un engagement unilatéral en faveur d'une interdiction absolue.⁴¹⁷

« Les Puissances contractantes s'interdisent l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères. »

Naturellement, cette première phrase est largement tempérée par l'introduction de la *clausula si omnes*⁴¹⁸ mais il n'est pas fait référence à la suspension ou à la terminaison de l'obligation en cas de non-application par une autre Partie contractante. Cependant, à la fin du XIXe siècle, il est possible que cela ait été une évidence.

On notera quand même le fait que les Etats s'interdisent à eux-mêmes et non les uns aux autres.

On retrouve ce type de formulation impérative dans la plupart des textes relatifs à l'interdiction des armes toutefois, certains renvoient dans leurs dispositions générales soit aux Conventions de Genève ou de La Haye soit réintroduisent des éléments de réciprocité le plus souvent de manière très limitée et essentiellement relative à la réciprocité des engagements.

⁴¹⁶ https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=9C426A988354E9D7C12563BD002B9BAC

⁴¹⁷ Cette rédaction se retrouve dans toutes les déclarations associées à la Convention de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 29 juillet 1899.

Par exemple dans la déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que les balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvrirait pas entièrement le noyau ou serait pourvue d'incisions. La Haye, 29 juillet 1899 : « Les Puissances contractantes s'interdisent l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que les balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvrirait pas entièrement le noyau ou serait pourvue d'incisions. »

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=2B27280DB9C9DA79C12563BD002B9BD5

⁴¹⁸ Extrait de la déclaration : « Elle cessera d'être obligatoire du moment où dans une guerre entre des Puissances contractantes, une Puissance non contractante se joindrait à l'un des belligérants. »

Les conventions les plus récentes sont également les plus intéressantes. Dans la mesure où les Etats s'engagent à non seulement ne pas utiliser certaines armes mais également à détruire leur stock et à ne plus en produire⁴¹⁹. La question de la réciprocité négative devient nécessairement vide de sens dans la mesure où il ne sera tout simplement plus possible à un Etat victime d'une violation de l'interdiction de telle ou telle arme de décider d'y recourir lui-même.

Section 2. Au stade opérationnel : l'interdiction des représailles.

L'interdiction des représailles est naturellement issue des dispositions des Conventions 1949 et du Protocole additionnel I de 1977. Mais il est vrai qu'à la différence des articles étudiés plus haut,

⁴¹⁹ Ainsi l'article 1^{er} de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, du 10 avril 1972

« Chaque Etat partie à la présente Convention s'engage à ne jamais, et en aucune circonstance, mettre au point, fabriquer, stocker, ni acquérir d'une manière ou d'une autre ni conserver :

1) Des agents microbiologiques ou autres agents biologiques, ainsi que des toxines quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types et en quantités qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques;

2) Des armes, de l'équipement ou des vecteurs destinés à l'emploi de tels agents ou toxines à des fins hostiles ou dans des conflits armés.

Et l'article 1^{er} de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, Paris le 13 janvier 1993 :

« 1. Chaque Etat partie à la présente Convention s'engage à ne jamais, en aucune circonstance :

a) Mettre au point, fabriquer, acquérir d'une autre manière, stocker ou conserver d'armes chimiques, ou transférer, directement ou indirectement, d'armes chimiques à qui que ce soit ;

b) Employer d'armes chimiques ;

c) Entreprendre de préparatifs militaires quels qu'ils soient en vue d'un emploi d'armes chimiques ;

d) Aider, encourager ou inciter quiconque, de quelque manière que ce soit, à entreprendre quelque activité que ce soit qui est interdite à un Etat partie en vertu de la présente Convention.

2. Chaque Etat partie s'engage à détruire les armes chimiques dont il est le propriétaire ou le détenteur, ou qui se trouvent en des lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle, conformément aux dispositions de la présente Convention.

3. Chaque Etat partie s'engage à détruire toutes les armes chimiques qu'il a abandonnées sur le territoire d'un autre Etat partie, conformément aux dispositions de la présente Convention.

4. Chaque Etat partie s'engage à détruire toute installation de fabrication d'armes chimiques dont il est le propriétaire ou le détenteur, ou qui se trouve en un lieu placé sous sa juridiction ou son contrôle, conformément aux dispositions de la présente Convention.

5. Chaque Etat partie s'engage à ne pas employer d'agents de lutte antiémeute en tant que moyens de guerre. »

Ou encore l'article 1^{er} de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, 18 septembre 1997 :

« 1. Chaque Etat partie s'engage à ne jamais, en aucune circonstance :

a) employer de mines antipersonnel;

b) mettre au point, produire, acquérir de quelque autre manière, stocker, conserver ou transférer à quiconque, directement ou indirectement, de mines antipersonnel;

c) assister, encourager ou inciter, de quelque manière, quiconque à s'engager dans toute activité interdite à un Etat partie en vertu de la présente Convention.

2. Chaque Etat partie s'engage à détruire toutes les mines antipersonnel, ou à veiller à leur destruction, conformément aux dispositions de la présente Convention. »

qui conjuguent des exceptions à la grammaire du droit international public et du droit des traités classiques, leur usage et leur interdiction relèvent des méthodes de combat.

Bien que l'article 1^{er} commun aux Conventions de Genève soit considéré comme consacrant un principe de non-réciprocité, il n'a jamais été considéré comme mettant un terme définitif et général aux représailles.⁴²⁰

On trouve les premières interdictions des représailles aux articles 46, 47, 13 et 33 des Conventions I, II, III et IV de Genève de 1949.

Mais c'est dans le Protocole I de 1977 que l'on a consacré leur suppression généralisée, au prix d'ailleurs de la non-adhésion de plusieurs Etats. Plusieurs dispositions dans le Protocole s'assurent qu'il ne devrait plus être possible d'avoir recours aux représailles. Il s'agit des articles 20 et 51 paragraphe 6, 52, 53, 54 paragraphe 4, 55 et 56 paragraphe 4 du Protocole I de 1977.

§1. Interdiction des représailles, une évolution récente du droit international humanitaire.

Durant longtemps, les représailles apparaissaient comme un moyen légitime de faire respecter le droit lorsque celui-ci avait été violé. Elles étaient justifiées dans la mesure où elle n'était qu'une réponse à une infraction originelle et par le but qu'elle poursuivait. Malheureusement, de par leur nature même, les représailles causent des souffrances que l'on a de manière générale jugé bon d'interdire, et elles ne les causent pas nécessairement aux personnes responsables de la violation originelle. Aussi, ont-elles progressivement fait l'objet de critiques toujours plus importantes qui ont conduit à leur interdiction.

I. Définition des représailles.

Dans le cadre du droit international public général, les représailles ont une définition légèrement plus large que dans le cadre du droit international humanitaire.

L'Institut du droit international en a donné une définition en 1934 dans une résolution relative au régime des représailles en temps de paix. Elles sont définies comme « *des mesures de contrainte, dérogatoires aux règles ordinaires du Droit des Gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites* ».

⁴²⁰ CICR, Commentaire de la Première convention de Genève, 2016, article 1^{er}, extraits : « On the other hand, respect 'in all circumstances' does not seem to imply, by itself, an absolute prohibition on reprisals beyond those prohibitions specifically provided for in the Conventions" ».

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=D491030A9BB6E16EC12563140043A96A

*commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit. »*⁴²¹

Il faut aussi noter que l'Institut exclut des représailles les mesures de rétorsion, les mesures applicables dans le cadre d'obligations licites, les mesures de contraintes décidées par une autorité internationale légitime et enfin la légitime défense.⁴²²

Certes cette définition n'a pas vocation à s'appliquer aux représailles en période de conflit armé, mais en réalité les deux se rejoignent.⁴²³

Selon le commentaire de l'article 33 de la quatrième Convention de Genève de 1949, les représailles *« sont des mesures contraires au droit, mais qui, prises par un Etat à l'égard d'un autre Etat pour faire cesser certains actes ou en obtenir réparation, sont considérées comme licites dans les conditions particulières où elles s'exercent. »*⁴²⁴

Alors que les mesures de rétorsion s'analysent comme des actes qui restent conformes au droit tout en poursuivant le même objectif que les représailles.

De manière schématique, on peut donc considérer que les représailles fonctionnent sur le principe de la loi du Talion quand les mesures de rétorsion éviteront d'utiliser les mêmes moyens que l'attaque initiale.

L'Etude sur le droit coutumier du CICR définit les représailles ainsi :

« On entend par représailles un acte qui, dans d'autres circonstances, serait illégal, mais qui, dans des cas exceptionnels, est considéré légitime en droit international lorsqu'il est accompli pour faire respecter le droit en réaction à des actes illicites de l'adversaire. »

II. Régime juridique des représailles : L'évolution dans le temps.

La question des représailles se pose essentiellement dans le cadre des conflits armés internationaux. Elle n'a pas vraiment sa place dans les conflits armés internes du fait de l'abandon initial de la réciprocité dans ce cadre. De plus, il est difficilement imaginable qu'un Etat puisse exiger

⁴²¹ Résolution de l'Institut du droit international, Session de Paris, 1934, Régime des représailles en temps de paix, article 1^{er}.

⁴²² Ibidem, article 2.

⁴²³ A ceci près naturellement, que ce régime des représailles fait des représailles armées des mesures relevant du domaine du maintien de la Paix. L'article 4 de la résolution renvoie à l'interdiction du recours à la force armée. Les représailles armées étant soumise au régime général du recours à la guerre. Cela a malheureusement tendance parfois à rendre peu claire la frontière entre représailles et légitime défense. En effet, la conclusion la plus logique est que seules les représailles armées relevant de la légitime défense sont admissibles.

⁴²⁴ Commentaire du CICR de 1956 disponible sur le site internet du CICR.

le droit de recourir à des représailles contre sa propre population, ses propres installations et son propre environnement. Les représailles ne seraient alors envisageables qu'à l'encontre des membres des forces rebelles faits prisonnier. Mais cette option n'a jamais été retenue. Selon l'étude sur le droit international humanitaire coutumier, « *les éléments de preuve sont insuffisants pour dire que le concept même de représailles licites dans un conflit armé non international se soit jamais matérialisé en droit international. Toute la pratique décrivant le recours aux représailles et les conditions pour ce recours concerne des relations entre États et a son origine dans la pratique du XIXe et du début du XXe siècle.* »⁴²⁵

A la fin du XIXe siècle, le recours aux représailles était un moyen normal de mettre un terme aux violations graves du droit de la guerre. Le Manuel des lois de la guerre sur terre d'Oxford du 9 septembre 1880 rédigé par Gustave Moynier prévoit ainsi leur utilisation à ses articles 84, 85 et 86.

L'article 84 dispose ainsi que :

« Les violeurs des lois de la guerre sont passibles des châtements spécifiés dans la loi pénale.

Mais ce mode de répression n'est applicable que lorsqu'on peut atteindre le coupable. Dans le cas contraire, la loi pénale est impuissante, et, si la partie lésée juge le méfait assez grave pour qu'il soit urgent de rappeler l'ennemi au respect du droit, il ne lui reste d'autre ressource que d'user de représailles à son égard.

Les représailles sont une exception douloureuse au principe général d'équité d'après lequel un innocent ne doit pas souffrir pour un coupable, et à celui qui veut que chaque belligérant se conforme aux lois de la guerre, même sans réciprocité de la part de l'ennemi. Mais cette dure nécessité est tempérée par les restrictions suivantes. »

Déjà, si Moynier accepte le principe des représailles, il souligne que la mesure doit rester exceptionnelle. Dans les articles suivants, il rappelle les conditions de mise en œuvre des représailles et notamment l'obligation de proportionnalité.

Dans les conventions régissant le droit de la guerre du XIXe siècle et du début du XXe siècle, la question des représailles n'est pas systématiquement abordée mais cela ne signifie pas que la

⁴²⁵ CICR, Etude sur le droit international humanitaire coutumier, volume I, règle 148, p. 695

méthode soit complètement rejetée, au contraire.⁴²⁶ Et les Etats font largement usage des représailles dans le cadre du premier conflit mondial.

Cependant, à partir de la fin de la guerre, l'idée de les prohiber commence à progresser dans les esprits. Cela se traduit en 1929, par l'interdiction d'exercer des représailles à l'égard des prisonniers de guerre dans la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre.⁴²⁷

Il faut attendre les Conventions de Genève de 1949 pour que les restrictions au recours aux représailles se généralisent. Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction de cette section, chacune des quatre conventions introduit une disposition qui interdit les représailles contre les personnes protégées dans chacune des conventions.

Ainsi l'article 46 de la Convention I dispose que : « *Les mesures de représailles contre les blessés, les malades, le personnel, les bâtiments ou le matériel protégés par la Convention sont interdites* ».

L'article 47 de la Convention II précise à son tour que : « *Les mesures de représailles contre les blessés, les malades, les naufragés, le personnel, les navires ou le matériel protégés par la Convention sont interdites* ».

L'article 13 de la Convention III interdit les représailles à l'égard des prisonniers de guerre et l'article 33 à l'égard des personnes et des biens civils.

Malgré ces premières interdictions qui paraissent avoir sensiblement réduit le champ des représailles, les rédacteurs du Protocole I de 1977 estiment qu'il faut encore aller plus loin afin d'obtenir leurs interdiction générale.

Cependant, il n'y a toujours pas dans le Protocole I d'interdiction générale qui aurait pu être incluse dans le titre I relatif aux dispositions générales. Il procède de la même manière que les Conventions de 1949 par des interdictions successives, catégorielles. Celles-ci paraissent couvrir tout le spectre des représailles possibles⁴²⁸, mais on peut regretter que les Etats ne soient pas parvenus à franchir ce dernier pas.⁴²⁹

⁴²⁶ Il faut rappeler ici l'arrêt du Lotus du 7 septembre 1927 de la Cour permanente de Justice internationale qui rappelle que « les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument [...] pas ». (Publications de la CPJI, Série A, n°10, p.18)

⁴²⁷ Voir le Commentaire de 1952 à la Première Convention de Genève de 1949, article 46.

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=AA44AFEB1F92799EC12563BD002C828E

⁴²⁸ Article 20 Protocole I :

« Les représailles contre les personnes et les biens protégés par le présent Titre sont interdites ».

Article 51 §6 Protocole I :

« Sont interdites les attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles. »

Depuis, il n'a pas été possible de conclure définitivement à l'interdiction générale des représailles même si c'est en ce sens que tend le droit et notamment la coutume.

L'étude sur le droit coutumier menée par le CICR admet en effet, qu'au moins de manière résiduelle, les représailles peuvent encore être considérées comme licites dès lors qu'elles sont strictement encadrées.⁴³⁰

L'étude précise le cadre très strict dans lequel les représailles demeurent autorisées.

Les représailles ne pourront être considérées comme licites si elles ne remplissent pas cinq conditions issues selon l'étude de la pratique des Etats tant au niveau interne qu'international.

La première condition tient à l'acte auquel viennent répondre les représailles. Il s'agit nécessairement d'une violation grave du droit qu'il s'agit de faire cesser.

La deuxième condition fait des représailles, une mesure de dernier recours. En effet, il n'est pas question de les utiliser directement avant de tenter d'obtenir le respect du droit d'une manière complètement licite.

Naturellement, les mesures de représailles doivent être proportionnelles à l'acte internationalement illicite qui les motive.

Quatrième condition, la décision de mettre en œuvre des représailles ne peut être prise qu'au plus haut niveau de l'Etat.

Enfin dernière condition, les mesures de représailles doivent cesser dès lors que la violation du droit international a cessé.

Ces cinq conditions largement acceptées démontrent qu'en effet, le recours aux représailles n'est plus que marginalement toléré par la communauté internationale.

Mais dans le même temps, face à la nécessité de les faire interdire complètement, on perçoit qu'il subsiste une certaine réticence.

Article 52 §1 Protocole I :

Les biens de caractère civil ne doivent pas être l'objet ni d'attaques ni de représailles. »

Article 53 Protocole I :

« [...] il est interdit : [...] c) de faire de ces biens [biens culturels et lieux de culte] l'objet de représailles »

Article 54 §4 Protocole I :

« Ces biens [biens indispensables à la survie de la population] ne devront pas faire l'objet de représailles. »

Article 55 Protocole I :

« Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites. »

Article 56 §4 Protocole I :

« Il est interdit de faire de l'un des ouvrages, de l'une des installations ou de l'un des objectifs militaires mentionnés au paragraphe 1 l'objet de représailles. »

⁴²⁹ En réalité, s'ils ne l'ont pas fait, c'est qu'un certain nombre d'Etats et non des moindres restent attachés à la possibilité d'agir en représailles ainsi que nous le détaillons dans le paragraphe 2 de cette section.

⁴³⁰ Règles 145, 146 et 147 de l'Etude sur le Droit International humanitaire coutumier, volume I.

L'étude des réserves et déclarations faites par les Etats au Protocole I de 1977 démontre que les Etats dans la mesure du possible sans s'opposer nécessairement à l'interdiction des représailles souhaitent maintenir une certaine logique de réciprocité dans le cadre du conflit armé et d'éventuelles violations du droit humanitaire.

§2. La réciprocité négative, dernière réminiscence indépassable de la réciprocité.

Si cette résistance à l'interdiction des représailles n'est pas généralisée, elle n'en demeure pas moins problématique dans la mesure où les Etats concernés ne sont pas les moins belliqueux et que des exemples de représailles peuvent être constatés encore récemment. Elles jouent un rôle psychologique très important et peuvent être largement instrumentalisée dans la propagande de guerre.

L'abondance d'articles interdisant les représailles ainsi que leur condamnation par l'opinion publique auraient dû conduire à ce qu'elles soient aujourd'hui complètement prohibées. Cependant certains Etats n'ont cessé de maintenir qu'ils ne souhaitent pas renoncer entièrement à la possibilité d'y avoir recours.

I. La résistance à l'abandon des représailles.

Le premier cas est celui de l'absence de ratification du Protocole I par les Etats-Unis d'Amérique. En effet, ceux-ci ont finalement refusé d'adhérer à ce Protocole.

La doctrine américaine est celle qui a le plus développé la remise en cause de la non-réciprocité du droit humanitaire, mais il ne faut pas pour autant en conclure qu'elle est la seule à le faire.

En effet à l'occasion de la ratification du Protocole II, le Président américain Ronald Reagan adresse un message en décembre 1986, au département d'Etat afin que soit soumis à ratification le Protocole II mais non le Protocole I.

Il y déclare que le Protocole I « *restreint aussi de manière excessive les attaques contre certains objets traditionnellement considérés comme des objectifs militaires légitimes. Il n'améliore pas notablement les mécanismes assurant le respect et permettant la vérification des Conventions de Genève de 1949 et il élimine une sanction importante contre les violations de ces Conventions.* »⁴³¹

L'interdiction des représailles n'est pas nommément désignée mais on peut la reconnaître dans ces deux phrases.

⁴³¹ Message du Président des Etats-Unis concernant le Protocole II additionnel aux Conventions de Genève de 1949 (...) au département d'Etat, du 13 décembre 1986. Document fourni et traduit dans SASSOLI Marco, BOUVIER Antoine A., Un droit dans la guerre ? Volume 2, Cas et documents, p. 799.

Par ailleurs Mark J. Osiel confirme que « *the United States has also « persistently objected » to the development of customary rule prohibiting « reprisals against civilians, and so America is not bound by such an emergent rule. »*⁴³²

Le deuxième cas est celui de la réserve faite par le Royaume-Uni lors de la ratification du Protocole I. Réserve par laquelle celui-ci rejette expressément l'interdiction des représailles.⁴³³

Le Royaume-Uni a formulé une réserve aux articles 51 à 55 du Protocole qui portent sur la protection de la population et des biens civils. Dans sa lettre de réserve, le Royaume-Uni indique ce qui suit :

« Les obligations découlant des articles 51 et 55 sont acceptées à condition que toute partie adverse contre laquelle le Royaume-Uni est engagé les observe elle-même scrupuleusement. Si une partie adverse lance des attaques sérieuses et délibérées, en violation de l'article 51 ou de l'article 52, contre la population civile, des civils ou des biens civils ou, en violation des articles 53, 54 et 55, contre des biens protégés par lesdits articles, le Royaume-Uni estime être en droit de prendre des mesures par ailleurs interdites par les articles en question, dans la mesure où il les juge nécessaires aux seules fins de contraindre la partie adverse à cesser de violer ces articles. »

Il faut cependant noter que le Royaume-Uni entend rester dans une certaine forme de légalité en indiquant désirer respecter les conditions traditionnelles de mise en œuvre des représailles.

« Lesdites mesures ne seront prises qu'après qu'un avertissement officiel demandant à la partie adverse de mettre fin aux violations aura été ignoré, et seulement après qu'une décision aura été prise au plus haut niveau du gouvernement. Les mesures ainsi prises par le Royaume-Uni ne seront pas disproportionnées au regard des violations les ayant provoquées, ne comprendront pas d'action interdite par les Conventions de Genève de 1949 et ne seront pas poursuivies une fois que les violations auront cessé. »

De plus, il exclut toute mesure qui serait contraire aux Conventions de Genève de 1949 ce qui limite nettement leur champ d'action.

Ce qui transparaît donc finalement de cette réserve tient plus à la volonté de se ménager un recours exceptionnel à des mesures par ailleurs illégales. La position du Royaume-Uni traduit ainsi non pas un

⁴³² OSIEL Mark J., *The End of reciprocity*, Cambridge University Press, New-York, 2009, p. 2.

⁴³³ Texte complet de la réserve disponible ici : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=BEFB567C3CA41A7BC12563FF0047E495

rejet brutal et complet de l'interdiction des représailles mais plutôt l'idée qu'en cas de péril exceptionnel certaines mesures devront pouvoir être prises.

Cette analyse est confirmée par le fait que les représailles sont interdites par le manuel d'instruction militaire britannique, renforçant l'idée de mesures exceptionnelles ne pouvant pas être prises par les seules autorités militaires.

A côté de ces prises de position relativement tranchées et qui ont sans doute conduit le CICR à ne pas inclure l'interdiction des représailles dans son identification d'une règle coutumière absolue, on peut percevoir dans certaines réserves émises par d'autres Etats la réticence de ces derniers à renoncer à toute forme de réciprocité négative dans le cadre des conflits armés.

Ainsi, l'Allemagne indique-t-elle dans une réserve⁴³⁴ au même traité qu'elle « *réagira à toute violation grave et systématique des obligations découlant du Protocole additionnel I et en particulier de ses articles 51 et 52 par tous les moyens admissibles en vertu du droit international en vue de prévenir toute nouvelle violation.* »

Même si l'Allemagne pose le principe qu'elle respectera le droit international, il apparaît clairement qu'elle ne considère pas comme envisageable de tolérer un acte qui serait lui-même contraire au droit humanitaire.

Dans le même sens, l'Egypte dans une déclaration interprétative du 9 octobre 1992⁴³⁵, « *réaffirme, conformément au principe de réciprocité, son attachement au droit d'utiliser tous les moyens autorisés par le droit international pour réagir contre toute violation de ces lois par une partie quelconque, et prévenir ainsi toute autre infraction.* »

L'Italie de son côté « *réagira aux violations graves et systématiques par un ennemi des obligations découlant du Protocole additionnel I, notamment de ses articles 51 et 52, par tous les moyens admissibles en vertu du droit international en vue de prévenir toute nouvelle violation.* »⁴³⁶

La réserve française⁴³⁷ bien qu'un peu obscure en ce qu'elle associe droit humanitaire et droit de légitime défense tend vers la même idée.

⁴³⁴ Texte de la déclaration allemande ici : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=A45CB9E1EB1B67A3C12563FF0047E0C6

⁴³⁵ Texte complet ici : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=733359980C6F2BD1C12563FF0047E229

⁴³⁶ Texte complet ici : https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=4258D623A40EEF4FC12563FF0047E2FE

Elle précise donc dans un premier temps que « *les dispositions du protocole I de 1977 ne font pas obstacle à l'exercice, par la France, de son droit naturel de légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte des Nations unies* » ; et dans un second temps que « *le gouvernement de la République française déclare qu'il appliquera les dispositions du paragraphe 8 de l'article 51 dans la mesure où l'interprétation de celles-ci ne fait pas obstacle à l'emploi, conformément au droit international, des moyens qu'il estimerait indispensables pour protéger sa population civile de violations graves, manifestes et délibérées des Conventions de Genève et du Protocole par l'ennemi.* »

II. La question plus générale du respect du droit humanitaire dans le cadre de la réciprocité négative, licite en droit international, la légitime défense.

Si l'on veut bien associer ponctuellement représailles et légitime défense dans le cadre de la réciprocité négative une question portée à l'attention de la CIJ apporte un éclairage supplémentaire à cette réflexion.

Dans l'absolu la question de la légitime défense sort du domaine du droit humanitaire et donc de cette thèse. Toutefois, les méthodes de mise en œuvre de ladite légitime défense entrent elles dans le cadre du droit des conflits armés. La distinction peut ainsi apparaître parfois difficile à mettre en lumière.

Le cas le plus intéressant est celui de l'usage de l'arme nucléaire et l'avis qui a été rendu par la CIJ en cette matière.⁴³⁸

Si cet usage apparaît nécessairement ou presque incompatible avec les exigences du droit humanitaire en matière de méthodes et moyens de combat, il est pour autant difficile de nier l'attachement des Etats détenteurs de l'arme nucléaire, à la possibilité d'y avoir recours en cas d'agression armée commise à leur encontre ou à l'encontre de leurs alliés.⁴³⁹

⁴³⁷ Texte complet ici :

[https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit international humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=DD316843AC252366C1256A3400487E4C](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit%20international%20humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=DD316843AC252366C1256A3400487E4C)

⁴³⁸ CIJ, Avis consultatif, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, 8 juillet 1996, en réponse à une question posée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 19 décembre 1994, dans la résolution 49/75 K.

⁴³⁹ La France a, par exemple, pris soin de spécifier dans une déclaration interprétative, du 9 juin 2000, au Statut de Rome de 1998, entré en vigueur en 2000 que :

« Les dispositions de l'article 8 du Statut, en particulier celles du paragraphe 2 b), concernent exclusivement les armements classiques et ne sauraient ni réglementer ni interdire l'emploi éventuel de l'arme nucléaire ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres armes, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense, à moins que l'arme nucléaire ou ces autres armes ne fassent l'objet dans l'avenir d'une interdiction générale et ne soient inscrites dans une annexe au Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123. »

Elle a aussi au moment de son adhésion au Protocole I de 1977 en 2001, réitéré sa position.

La CIJ a donc été sollicitée afin de rendre un avis sur la licéité de cet usage.

Dans cet avis la Cour répond à plusieurs questions tant dans le cadre du droit de légitime défense que dans celui du droit des conflits armés. Elle répond d'abord à celle de savoir s'il existait une règle autorisant ou interdisant l'usage de l'arme nucléaire.

Elle conclut par la négative dans les deux cas. Pour elle, il n'existe pas de règle particulière et précise qui exprimerait telle ou telle position à l'égard de l'arme nucléaire. Elle est obligée de constater que le droit se trouve pour le moment encore dans une situation de tension entre une volonté grandissante d'interdire de manière absolue l'usage de l'arme nucléaire et l'attachement des Etats au principe de dissuasion et au sentiment de sécurité apporté par cet ultime recours. La Cour précise ainsi que « *l'apparition, en tant que lex lata, d'une règle coutumière prohibant spécifiquement l'emploi des armes nucléaires en tant que telles se heurte aux tensions qui subsistent entre, d'une part, une opinio juris naissante et, d'autre part, une adhésion encore forte à la pratique de la dissuasion.* »⁴⁴⁰

Cependant elle estime aussi qu'on ne se trouve pas non plus devant un vide juridique puisque les règles du droit humanitaire doivent pouvoir s'appliquer aux armes nucléaires. Ce qui semble logique.⁴⁴¹

La Cour, bien que divisée sur cette question, affirme que l'usage de l'arme nucléaire est contraire aux exigences du droit international humanitaire.⁴⁴²

Elle rappelle alors que les règles relatives à la conduite des hostilités obligent tous les Etats. En effet, selon les termes de la Cour, il s'agit de « *principes intransgressibles du droit international*

De même le Royaume-Uni dans une déclaration relative au Statut de Rome renvoie à sa réserve du 2 juillet 2002, formulée à l'égard du Protocole additionnel I de 1977 dans laquelle il exclut l'application des règles du droit humanitaire en matière d'usage de l'arme nucléaire.

Les autres Etats détenteurs de l'arme nucléaire se sont en général abstenus de ratifier le Protocole I de 1977 ou d'adhérer au Statut de Rome. Si la Russie, Israël ou la Corée du Nord ont ratifié sans émettre de réserve le Protocole I, Israël ayant aussi adhéré au Statut de Rome, on les imagine mal exclure le possible recours à l'arme nucléaire.

⁴⁴⁰ CIJ, Avis consultatif, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, 8 juillet 1996, § 37 à 74, particulièrement le §73 et les réponses précises données par la Cour « Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires; » « Ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en tant que telles ».

⁴⁴¹ Ibidem, §75 à 87 et la réponse précise de la Cour : « La menace ou l'emploi d'armes nucléaires devrait aussi être compatible avec les exigences du droit international applicable dans les conflits armés, spécialement celles des principes et des règles du droit international humanitaire, ainsi qu'avec les obligations particulières en vertu des traités et autres engagements qui ont spécialement trait aux armes nucléaires ».

⁴⁴² Alors que la réponse à la question de savoir si le droit humanitaire s'appliquait à l'usage de l'arme nucléaire avait été unanime, la réponse à cette dernière question l'est beaucoup moins. En effet, les juges sont divisés par moitié, sept juges dont le Président, estimant que de manière générale l'arme nucléaire était contraire au droit international humanitaire et sept autres juges opposés à cette position.

coutumier ». ⁴⁴³ Les deux principes fondamentaux auxquels tout usage de l'arme nucléaire doit se conformer sont donc les suivants : le principe de discrimination entre les combattants et les non-combattants et le principe interdisant de causer des maux superflus aux combattants.

Par définition l'arme nucléaire permet difficilement d'organiser une attaque discriminante et proportionnée (une attaque nucléaire ne pouvant finalement n'être proportionnée qu'à une autre attaque nucléaire). Par ailleurs, là encore dans son essence, l'arme nucléaire entraîne des effets destructeurs sur le long terme qui ne peuvent qu'être considérés comme excessifs.

Comme l'affirme la Cour, « *Eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires auxquelles la Cour s'est référée ci-dessus, l'utilisation de ces armes n'apparaît effectivement guère conciliable avec le respect de telles exigences.* » ⁴⁴⁴

En ce qui concerne précisément les représailles, la Cour estime que la question n'est pas différente de celle posée par l'usage de l'arme nucléaire dans le cadre de la légitime défense. Les représailles en temps de conflit armé sont réglementées par les mêmes principes que toutes les autres attaques. ⁴⁴⁵

Malgré tout la Cour ne pourra conclure à une illicéité absolue, le critère de la nécessité emportant son avis que l'usage de l'arme nucléaire serait licite si l'existence même de l'Etat était mise en cause. ⁴⁴⁶

Il s'ensuit qu'il nous faudra bien conclure que dans des circonstances exceptionnelles, il apparaît possible et légitime de violer les obligations posées par le droit international humanitaire. La Cour ne l'admet ici que dans des circonstances exceptionnelles et il est difficile de dire si les représailles peuvent s'inscrire dans une logique de survie même de l'Etat. Mais cela reste sans doute envisageable.

⁴⁴³ Ibidem, §.79

⁴⁴⁴ Ibidem, §90 à 98, et particulièrement §95 et la réponse précise de la Cour « Il ressort des exigences susmentionnées que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire; »

⁴⁴⁵ Ibidem, §46 : « Certains Etats ont soutenu que l'emploi d'armes nucléaires à titre de représailles serait licite. La Cour n'a pas à se pencher, dans ce contexte, sur la question des représailles armées en temps de paix, qui sont considérées comme illicites. Elle n'a pas davantage à se prononcer sur la question des représailles en temps de conflit armé, sinon pour observer qu'en tout état de cause tout droit de recourir à de telles représailles serait, comme le droit de légitime défense, régi, notamment, par le principe de proportionnalité. »

⁴⁴⁶ Ibidem, §95 à 97 et la réponse de la Cour « Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause. »

PARTIE II. UNE ANALYSE PLURIDISCIPLINAIRE DES FACTEURS DE RESISTANCE AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET DES STRATEGIES DE MISE EN ŒUVRE

Il n'est sans doute pas de règles qui ne soit jamais enfreinte, mais il est vrai que le droit international humanitaire appartient sans doute à celles qui le sont le plus souvent, à l'instar du droit pénal interne.

Et comme le droit pénal interne, les explications sont le plus souvent sociales, culturelles, individuelles et jamais juridiques. C'est ce qui a expliqué qu'on ait créé en interne une science de l'étude des causes tant de l'acte criminel individuel que du phénomène criminel en général ainsi que des processus de réaction de la société au crime : la criminologie.

Cette science se situe à la croisée de plusieurs disciplines : sociologie, psychologie, médecine, histoire et droit. Elles sont toutes indispensables pour comprendre les phénomènes à l'œuvre et trouver des réponses pour y remédier.

C'est finalement sans doute ce qui manque à l'étude du droit international humanitaire, une criminologie humanitaire entièrement dédiée à l'étude des violations commises dans les conflits armés et qui invite à analyser le droit et ses violations au travers du prisme d'autres disciplines.

Aussi avons-nous tenté d'expliquer, aussi bien que possible, quelques facteurs de non-respect du droit international humanitaire par d'autres disciplines que le droit : l'anthropologie, la philosophie et la sociologie dans le Titre I. Et dans le Titre II, en nous fondant sur ces mêmes apports extérieurs au droit, nous avons cherché à illustrer les remèdes envisageables.

TITRE I. LA LOGIQUE INTERNE DES RESISTANCES.

Comme l'indique le titre de cette thèse, l'objet premier de notre travail est de comprendre ce qui entrave la bonne application du droit international humanitaire alors qu'il semble que toutes les barrières d'ordre juridique aient été plus ou moins levées.

Comme l'explique Eric David :

« 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 les commentent... Le problème du non-respect des règles ne semble d'ailleurs pas résider dans leur ignorance, et la question lancinante surgit alors : « Pourquoi ? » ou « Comment peut-on ? » »⁴⁴⁷

Les facteurs de violations sont nombreux, fondés sur d'aussi nombreuses raisons. Ils sont de nature collective ou individuelle. En effet, les violations peuvent trouver leur origine dans la politique d'un Etat ou d'un belligérant, mais elles peuvent aussi être le fait spontané des individus.

Nous n'avons pas tenté ici de mener une étude exhaustive de ces facteurs mais simplement d'offrir une petite contribution à une réflexion d'ensemble menée par de nombreux chercheurs universitaires et praticiens.

Nous avons axé notre réflexion sur l'influence encore importante de la réciprocité dans le cadre des conflits armés qui s'explique par sa place essentielle dans les sociétés humaines (Chapitre I) et sur la rhétorique de la juste cause comme fondement du mépris du droit (Chapitre 2).

⁴⁴⁷ DAVID Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 976.

CHAPITRE I : Le refus de renoncer à l'indestructible réciprocité⁴⁴⁸ expliqué par la place fondamentale de ce principe dans la société et dans le droit.

La formule est de René Girard. La notion de réciprocité apparaît comme irriguant une bonne part des sciences humaines et sociales. Elle est essentielle dans de nombreuses théories développées par les anthropologues qui nous expliquent son rôle dans l'avènement de la société. Mais la réciprocité est également familière à tout juriste spécialisé en le droit international où la règle joue un rôle encore prépondérant. Il s'agit d'une notion aux multiples facettes qui s'expriment sous différentes formes, toutes ayant leur pertinence pour notre étude. Elles irriguent la société et le droit (Section 1) ce qui explique qu'il soit si compliqué d'y renoncer entièrement dans le cadre d'une situation conflictuelle. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, la vengeance, réciprocité négative, apparaît comme un facteur récurrent de non-respect du droit international humanitaire (Section 2).

Section 1. La Réciprocité en tant que ressort de la société et du droit.

Les développements qui vont suivre peuvent sembler décentrer par rapport à notre sujet. Néanmoins en réalité, ils y contribuent selon le schéma régressif suivant : les aspects de non-réciprocité attachés au droit international humanitaire⁴⁴⁹ font exception à la logique générale du droit international et même du droit dans la plupart de ses aspects. Or, le droit est « *règle du jeu social* »⁴⁵⁰. Quant à la société, elle rassemble des individus auxquels – selon les anthropologues et les philosophes – la réciprocité confère leur identité.

C'est donc à partir de son rôle dans la production d'identité que nous allons commencer cet exposé sur la réciprocité (§1), avant d'envisager le rôle qu'elle joue dans la société (§2).

§1. Réciprocité et production d'identité.

La définition de l'identité n'est pas chose facile notamment parce qu'elle peut désigner des réalités presque opposées. On utilisera ainsi l'identité, au sens de l'identique, c'est-à-dire comme désignant des êtres ou des choses multiples présentant les mêmes caractéristiques. Ce qui permet par exemple d'identifier des groupes humains ou pour ceux-ci de s'auto-identifier. Dans le même temps, l'identité peut ne viser que l'individu seul, son identité personnelle, qui en fait un être unique parmi les autres hommes. Ainsi les informations administratives relatives à notre identité sont celles

⁴⁴⁸ Girard René, « *Pourquoi la violence ?* », in Dumouchel Paul (dir.), *Comprendre pour agir : Violence, victimes et vengeances*, Actes du colloque du 6 décembre, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 19.

⁴⁴⁹ Cf. Partie I, Titre II.

⁴⁵⁰ DOMESTICI-MET Marie-José, *Le droit humanitaire en schéma*, Ellipses, Paris, à paraître

qui permettent de nous identifier avec un degré de certitude satisfaisant, en nous distinguant de tous les autres individus.

C'est ce qui explique que les réflexions sur l'identité se basent toujours ou presque sur cet aller-retour permanent entre le personnel et le collectif.⁴⁵¹

Au niveau individuel, il est possible de retenir la définition de Charles Taylor qui entend l'identité comme « *la perception que les gens ont d'eux-mêmes et des caractéristiques fondamentales qui les définissent comme êtres humains.* »⁴⁵² Cette définition peut être étendue aux groupes en retenant cette fois les caractéristiques qui permettent de déterminer un groupe d'appartenance.

Il faut également préciser que l'identité a toujours une dimension culturelle dans la mesure où « *les caractéristiques fondamentales qui les définissent comme êtres humains* » sont à la fois biologiques et culturelles.⁴⁵³ C'est pourquoi Jay Rothman et Michal Alberstein définissent l'identité comme la perception de soi au travers de l'inévitable prisme de la culture.

Ils distinguent également trois niveaux d'expression de l'identité : le niveau individuel, le niveau du groupe d'appartenance et un niveau intergroupes. Chaque niveau est influencé par l'autre et les identités se redéfinissent ainsi sans cesse.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Voir en ce sens : Cohn-Scali Valérie et Moliner Pascal, « Représentations sociales et identité : des relations complexes et multiples », *L'orientation scolaire et professionnelle*, 37/4 | 2008, 465-482. :

« Dès l'origine, la réflexion psychosociale sur l'identité s'est organisée autour d'une question centrale qui a consisté à décrire et à expliquer la dichotomie et la dialectique entre identité sociale et identité personnelle. »

⁴⁵² Taylor Charles, « La politique de reconnaissance », in *Multiculturalisme, Différence et Démocratie*, Flammarion, Paris, 2002 (Première édition en français 1994), p. 41.

⁴⁵³ En effet, par exemple, l'identification des dites caractéristiques sont plus le fait de la culture que de la nature même si la biologie fait de nous une espèce. Même ancienne (1550), la controverse de Valladolid est sur ce point assez éclairante. Au cours de la conquête de l'Amérique, les Conquistadors organisent l'esclavage de la population indigène provoquant alors la critique de l'Eglise mais aussi de l'empereur Charles Quint. Celui-ci décide alors d'organiser en accord avec l'Eglise ce qu'on appelle aujourd'hui la controverse de Valladolid réunissant plusieurs théologiens afin de déterminer si les Indiens sont des Hommes comme les Européens. Les critères pris en considération pour répondre sont multiples et loin d'être strictement biologiques : métaphysiques, théologiques et anthropologiques selon Michel Fabre. Fabre Michel, « La controverse de Valladolid ou la problématique de l'altérité », *Le Télémaque* 1/ 2006 (n° 29), p. 7-16

⁴⁵⁴ Rothman Jay, Alberstein Michal, « Individuals, groups and intergroups : theorizing about the role of identity in conflict and its creative engagement », *Ohio State Journal on Dispute resolution*, 2013, 631, www.westlaw.com. :

« As we define it, identity is a self-perception filled by a cultural formula. According to this definition, identity can most usefully be described by and conceptually organized into three main categories : Individual Identity (I am because I am), Group (I am because we are) and Intergroup (I am because We Are Linked with Each Other as both Individuals and Groups). »

Sur le lien entre identité, culture et reconnaissance, Charlotte de Parseval écrit : « (...) cette reconnaissance est obtenue par le biais d'un langage qui véhicule des valeurs culturelles particulières. Dès lors, l'identité personnelle dépend pour se maintenir, de son interaction avec la communauté culturelle dans laquelle elle s'est formée. », Parseval Charlotte de, entrée « Reconnaissance », in *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Larousse, Paris, 2013 (Première édition 2006), p. 700

Les individus ont donc une identité personnelle et sociale⁴⁵⁵ qui leur permet de s'insérer au sein de groupes.⁴⁵⁶

Cette approche du concept ne saurait être complète sans insister pour finir sur l'aspect évolutif de l'identité qui n'est jamais vraiment figée.

L'identité se construit, elle est une dynamique. Elle se construit dans un rapport au monde et aux autres, tant au niveau individuel qu'au niveau collectif.

La réciprocité n'est sans doute pas seule à intervenir dans cette construction identitaire, mais elle y participe assurément.

La relation réciproque permet aux individus d'affirmer leur existence. Cette dimension identitaire de la réciprocité prend un sens encore plus vif dans le cadre de la réciprocité négative et souligne combien il peut être vital de rendre le mal qui a été causé.

Il s'agira ici essentiellement d'étudier des mécanismes de réciprocité positive. Il faut entendre par là, celle reposant sur une démarche constructive, c'est-à-dire celle qui est constituée par l'apport mutuel de l'un à l'autre (I) et de la reconnaissance réciproque (II).

I. Exister par mon rapport à l'autre.

L'hypothèse ici développée est que l'homme ne peut exister par lui-même ou plus exactement qu'il n'existe en tant qu'homme qu'au travers de sa relation aux autres hommes. Cette approche a été longuement développée par les anthropologues (A) mais également par les philosophes de l'intersubjectivité (B).

A. La fabrication de l'homme par l'homme en anthropologie.

Dans le cadre de l'anthropologie, le lien entre identité et réciprocité n'est pas toujours évident et plus difficile à trouver qu'en philosophie. Toutefois, l'idée que *« l'homme n'est homme que parmi les hommes »* y est également présente.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ « L'identité sociale est en effet définie par Tajfel comme « la connaissance qu'on a d'appartenir à certains groupes sociaux et la signification émotionnelle et évaluative qui résulte de cette appartenance » (1972, p. 296). » Cité par Cohn-Scali Valérie et Moliner Pascal, « Représentations sociales et identité : des relations complexes et multiples », L'orientation scolaire et professionnelle, 37/4 | 2008, 465-482.

⁴⁵⁶ Un individu appartient le plus souvent à plusieurs groupes, la hiérarchisation dans ces appartenances variant en fonction du contexte dans lequel il se trouve.

⁴⁵⁷ Cette citation de Johann Gottlieb Fichte, résume bien l'idée que nous souhaitons développer dans son ouvrage *Fondement du droit naturel*, publié pour la première fois en 1796.

Comme l'explique Philippe Laburthe-Tolra, « *les groupes distinguent donc la naissance physique, commune à tous les vivants, de la naissance sociale ou anthropogénèse propre à l'homme, renaissance fictive, purement culturelle, dont les modalités concrètes, rites et paroles, constituent l'anthropopoiesis, c'est-à-dire la fabrication de l'homme par l'homme.* »⁴⁵⁸

Dans ses observations d'anthropologue, il constate que c'est dans la construction sociale que l'individu s'identifie en tant qu'homme. Il ne le fait donc pas seul mais au sein de son groupe qui lui permet de se définir, de même qu'il définira par la suite l'identité des autres membres du groupe. Il cite d'ailleurs un élément assez caractéristique et souvent rapporté comme illustration de ce phénomène. Dans la plupart des groupes, le nom qui les désigne signifie bien souvent « *hommes* ». ⁴⁵⁹ Chez les anthropologues la question de l'identité s'éloigne assez souvent de la réciprocité parce qu'ils intègrent, à juste titre, d'autres éléments⁴⁶⁰ qui ne reposent pas toujours sur l'échange réciproque. Cependant celle-ci peut en découler. Même si l'institution des dons et contre-dons sera étudiée de manière plus approfondie par la suite dans la partie consacrée au fondement de la société, il est possible d'y discerner des éléments propres à la construction identitaire.

En anthropologie, le travail sur la réciprocité est né chez Marcel Mauss dans son Essai sur le don, publié en 1925 et considéré aujourd'hui par nombre d'anthropologues, comme l'ouvrage « *le plus célèbre de toute l'anthropologie sociale mais aussi le plus obscur* ». ⁴⁶¹

Le processus réciproque des dons et contre-dons est assez traditionnellement illustré par l'institution du Potlatch⁴⁶² des Indiens de l'Alaska et de la région de Vancouver. Ces cérémonies permettent que soit opérée une succession de dons réciproques d'une valeur très importante, ces dons ont des fonctions variées qui vont jusqu'à la définition du statut des acteurs du don.

⁴⁵⁸ Laburthe-Tolra Philippe, « Le fondement des problèmes d'identité en anthropologie sociale », *Journal des africanistes*, 2007, n°77-2, mis en ligne le 13 avril 2010, consulté le 02 juin 2014. URL : <http://africanistes.revues.org/2131>

⁴⁵⁹ C'est le cas des Inuits, mais également de bon nombre de groupes appartenant aux peuples San d'Afrique australe, le terme de Roms signifie également « homme », en hindi, langue dont il provient.

⁴⁶⁰ Par exemple une dimension sacrée.

⁴⁶¹ Weber Florence, « Vers une ethnographie des prestations sans marché », Présentation de Mauss Marcel, *Essai sur le don*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2012, p. 1

Dans le même sens : Tarot Camille, « Un inconnu céléberrime : Marcel Mauss », *Revue du MAUSS*, 2010/2 n° 36 :

« [...] le très fameux *Essai sur le don*, dont l'intérêt et l'importance sont universellement reconnus par les ethnologues et les sociologues (...) » p.21

« L'œuvre de Mauss est immense et difficilement saisissable parce que ventilée en une quantité de courts textes, dont des centaines de recensions, résumés de cours, interventions. Mais elle est fondamentale dans le domaine de l'ethnologie et de l'ethnographie. » p. 23

⁴⁶² Weber Florence, « Vers une ethnographie des prestations sans marché », Présentation de Mauss Marcel, *Essai sur le don*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2012, p. 13 :

« Un potlach est une immense fête qui rassemble toute une tribu, voire plusieurs, pour des échanges de cadeaux qui vont jusqu'à la destruction somptuaire des richesses (certains indigènes parlent de « tuer » la richesse), et dont le principe est la rivalité et la lutte entre les chefs. Le but poursuivi au cours de cette lutte de générosité est d'établir la hiérarchie entre différents groupes et leurs représentants : le plus fort sera celui qui aura offert, y compris en les détruisant, le plus de richesses. »

L'étude du Potlach démontre que le don permet à l'individu d'assoir son identité au sein du groupe. En effet, il s'agit d'être le plus généreux possible pour apparaître le plus prestigieux. L'enjeu ici au niveau individuel est l'honneur de la personne, son prestige personnel.

De même dans son étude sur les échanges de dons chez les Maoris, en rapportant le principe que le hau⁴⁶³ est l'esprit dans la chose obligeant au retour du don, Mauss identifie ce que Mireille Chabal et Dominique Temple dénomment un « *lien d'âme* ». ⁴⁶⁴ Ils vont jusqu'à établir que « *la réciprocité entre les hommes engendre une valeur hors nature [...]. C'est pour être que l'homme met en jeu dans la réciprocité et sa vie et sa mort. La réciprocité est le berceau de l'être social, de la conscience et du langage* ». ⁴⁶⁵

Pour eux la réciprocité est une matrice d'humanité. ⁴⁶⁶ C'est donc par la relation réciproque que naît le sentiment d'humanité, le sentiment d'être humain.

En termes de construction identitaire, Mireille Chabal et Dominique Temple rapportent une pratique fondée sur la réciprocité négative qui participe directement à la constitution de la personnalité des individus chez les Jivaros. Il s'agit de la pratique des meurtres réciproques. ⁴⁶⁷

Dans cette société, au moins avant le développement de l'influence chrétienne, la vie spirituelle des individus est rythmée par le meurtre de membres de clans ennemis et les meurtres réciproques qui s'ensuivent. Ces meurtres ont pour objectif l'acquisition d'une âme de meurtre indispensable à tout guerrier. L'obtention de cette âme de meurtre se fait par le biais de rites d'initiation qui se déroulent en forêt. L'âme de meurtre est l'âme d'un ancêtre assassiné par l'ennemi. Par définition, il faut donc que des ancêtres aient été assassinés. Comme l'indiquent les auteurs, « *il ne suffit pas de mourir pour vivre. Il faut l'intervention d'un ennemi qui libère les âmes que le guerrier pourra acquérir. Sans la réciprocité du meurtre la forêt demeurerait vide d'âmes. L'autre est donc impliqué dans la genèse du*

⁴⁶³ Il n'y a pas de traduction exacte du terme de « hau ». Introduit par Tamati Ranapiri, informateur maori de l'ethnologue Elsdon Best, il a été retenu par Marcel Mauss comme désignant un élément spirituel, l'esprit de la chose donnée qui obligerait donc au retour du don. Cette interprétation a été critiquée par d'autres auteurs notamment par Marshall Sahlins qui y voyait plus simplement « l'intérêt, au sens de prêt à intérêt » ou par Alain Testart qui estime que le terme devrait simplement être traduit par contrepartie. Voir : Iteanu André, « Le hau entre rituel et échange. », *Revue du MAUSS* 1/2004 (n° 23), p. 334-352 et Weber Florence, « Vers une ethnographie des prestations sans marché », Présentation de Mauss Marcel, Essai sur le don, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2012, pp. 27-30.

⁴⁶⁴ Temple Dominique, Chabal Mireille, *La réciprocité et la naissance des valeurs humaines*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 75 :

« La réciprocité des dons est comme l'aiguille qui tisse le toit du monde. Le Tiers est un lien d'âmes. La réciprocité est sa matrice, le principe de sa genèse. D'elle naît le sens, le mana et le nom de l'homme, le grand Fils des Kanak, ou le tohunga des Maori ; le nom du Père, le Nande Ru des Guarani, le Yahvé des Hébreux ; le Yompôr des Amuesha, le Nguenechen des Mapuché. »

⁴⁶⁵ Ibidem p. 250.

⁴⁶⁶ Ibidem p.8.

⁴⁶⁷ Temple Dominique, Chabal Mireille, *La réciprocité et la naissance des valeurs humaines*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 82 et s.

soi et chacun joue pour l'autre un rôle symétrique. »⁴⁶⁸ Le plus étonnant se situe donc dans le fait que la réciprocité des meurtres est attendue et même voulue parce qu'elle participe à un cycle de mort qui apparaît indispensable à la vie et à la construction de l'être chez les Jivaros. Cette pratique, somme toute particulière, permet de percevoir que la réciprocité n'a pas à être positive pour participer à la construction de l'identité ou de la société.

Cette conception que l'homme n'est homme que dans sa relation aux autres hommes qui apparaît dans plusieurs travaux d'anthropologues fait écho aux réflexions d'un certain nombre de philosophes en particulier les tenants de l'intersubjectivité ou chez certains existentialistes. C'est pourquoi, une modeste analyse de quelques exemples tirés de la philosophie s'impose également. On y trouve une réflexion sur les relations réciproques et le rôle qu'elles prennent dans la formation de la conscience du soi, puis du monde.

B. La naissance du soi par la relation à autrui dans la philosophie.

L'idée que nous ne naissons à nous-même et au monde qu'au travers de notre relation à autrui est présente dans différents courants philosophiques. Cependant notre manque d'expertise en cette matière nous empêche d'en dresser un tableau complet et exhaustif. Il ne peut s'agir ici que d'un très bref survol de ces théories. Et ce afin de conforter notre exposé sur l'importance de la réciprocité dans la construction de l'identité. Il sera donc essentiellement question d'intersubjectivité et de philosophie dialogale dans les œuvres de Martin Buber (1) et de Maurice Merleau-Ponty (2) dont les réflexions sur ce point sont assez proches.

1. Martin Buber, philosophe de la Réciprocité

Martin Buber est un philosophe israélien d'origine autrichienne dont l'œuvre riche est empreinte d'éclectisme touchant à la mystique juive, à la philosophie sociale, aux études bibliques, à la phénoménologie de la religion ou encore à l'éducation ou à la politique.⁴⁶⁹

Son œuvre majeure, et celle qui nous intéresse, est son Je et Tu, publié pour la première fois en 1923. Cet essai est considéré comme le fondement de la philosophie dialogale.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 92.

⁴⁶⁹ Pour une présentation plus complète de l'auteur voir par exemple :

Zank Michael et Braiterman Zachary, Entrée « Martin Buber », Stanford Encyclopedia of Philosophy, 4/12/2014, <http://plato.stanford.edu/entries/buber/>

Hayoun Maurice-Ruben, Hommage à Martin Buber, Le Huffington Post, 15/06/2015, http://www.huffingtonpost.fr/mauriceruben-hayoun/hommage-a-martin-buber_b_7582884.html

Un des points essentiels de la pensée de Martin Buber dans *Je et Tu* réside dans la création d'identité au travers de la rencontre avec l'autre. Cette théorie est développée principalement dans la première partie de l'ouvrage.

Ainsi que l'indique Robert Misrahi, « [l]a réalisation bubérienne est l'effective constitution du sujet lui-même par l'instauration du Je-Tu, c'est-à-dire d'une relation personnelle et réciproque entre deux consciences qui, par là même, se construisent ensemble. »⁴⁷⁰ C'est la relation du « Je » avec le « Tu » qui permet au premier de trouver une existence. Et dans un rapport inversé, le « Tu » devient « Je » et n'existe que par son rapport au « Je » devenu « Tu ». « Je le crée en tant que personne dans le temps même où il me crée en tant que personne. »⁴⁷¹

Dans la pensée bubérienne, le « Je », le « Tu » et le « Cela », sont ce qu'il appelle des mots-principes qui forment des couples à la base du langage.⁴⁷² De ce fait, le « Je » ne peut fonctionner seul, il est nécessairement lié au « Tu », puis au « Cela ».

Ces couples sont à la fois à la base du langage, mais aussi à la base de la pensée humaine.

En construisant la thèse que ces mots-principes ne sauraient être séparés ni dans la pensée, ni dans la langue, Buber indique dès les premières pages de l'ouvrage que le « Je » et le « Tu » n'existent que dans un monde relationnel. « Le mot fondamental Je-Tu fonde le monde de la relation »⁴⁷³.

Il développe donc une thématique de la rencontre et du dialogue entre deux êtres qui aboutit à leur naissance réciproque. « Je m'accomplis au contact du Tu, je deviens Je en disant Tu. Toute vie véritable est rencontre. »⁴⁷⁴

Comme il l'écrit explicitement : « L'homme devient un Je au contact du Tu. Le partenaire paraît et s'efface, les phénomènes de relation se condensent ou se dissipent, et c'est dans cette alternance que s'éclaircit et croît de proche en proche la conscience du Je. »⁴⁷⁵

De ce premier constat que la vie est relation, que la vie est dialogue, il tirera qu'elle est aussi réciprocité, parce qu'il n'y a pas de relation sans réciprocité. « Relation est réciprocité. Mon Tu agit en moi comme j'agis en lui. »⁴⁷⁶ Il introduit même la notion de don réciproque, ce qui n'est pas sans rappeler l'Essai sur le don de Mauss, paru à la même période.

⁴⁷⁰ Misrahi Robert, « Martin Buber, philosophe de la relation », Nouvelle présentation, in Buber Martin, Je et Tu, Aubier Philosophie, Paris, 2012, p. 21.

⁴⁷¹ Bachelard Gaston, Préface de Buber Martin, Je et Tu, Aubier Philosophie, Paris, 2012, p. 29.

⁴⁷² Ne sera étudié ici que le couple Je-Tu, dans la mesure où le Je-Cela est un rapport à l'objet et non une relation entre deux sujets.

⁴⁷³ Buber Martin, Je et Tu, Aubier Philosophie, Paris, 2012, p. 28

⁴⁷⁴ Buber Martin, Je et Tu, Aubier Philosophie, Paris, 2012, p. 44

⁴⁷⁵ Buber Martin, Je et Tu, Aubier Philosophie, Paris, 2012, p. 61

⁴⁷⁶ Buber Martin, Je et Tu, Aubier Philosophie, Paris, 2012, p. 48

En effet, pour lui dans cette rencontre avec l'autre, il y a forcément un échange, échange immatériel fondé sur l'idée d'une réciprocité de la relation. « *Entre lui et toi il y a réciprocité de dons ; tu lui dis Tu et tu te donnes à lui ; il te dit Tu et il se donne à toi.* »⁴⁷⁷

On retrouve donc dans la pensée de Martin Buber ce que nous avons pu étudier précédemment. A savoir que l'identité naît de la relation réciproque, et nuire à cette réciprocité emporte des conséquences importantes sur l'être. Il nous est donc difficile de nous en détacher totalement.

2. Intersubjectivité et réciprocité dans la pensée de Maurice Merleau-Ponty.

La notion de réciprocité apparaît dans la pensée des philosophes de l'intersubjectivité comme une clef de compréhension de la construction de l'identité humaine.

S'opposant au courant cartésien, ils ont soutenu l'idée « *[qu'] autrui est toujours déjà là et c'est la relation à autrui qui est fondamentale. Aucune connaissance, pas même la connaissance de soi, ne se développe indépendamment du rapport à autrui.* »⁴⁷⁸

Maurice Merleau-Ponty, dans sa Phénoménologie de la perception, vient affirmer l'évidence⁴⁷⁹ de cette autre conscience qui me permet de préciser et définir la mienne. Autrui apparaît comme un reflet que je ne peux comprendre qu'en référence à moi-même et qui est une clef de ma propre nature. « *Il y a là un être à deux, et autrui n'est plus ici pour moi un simple comportement dans mon champ transcendantal, ni d'ailleurs moi dans le sien, nous sommes l'un pour l'autre collaborateurs dans une réciprocité parfaite, nos perspectives glissent l'une dans l'autre, nous coexistons à travers un même monde.* »⁴⁸⁰

Merleau-Ponty précise que la réciprocité du rapport est indispensable puisque « *sans réciprocité, il n'y a pas d'alter Ego, puisque le monde de l'un enveloppe alors celui de l'autre.* »⁴⁸¹

La relation à autrui participe donc à la définition de ce que je suis de même que par force je définis ce qu'il est pour moi et pour lui.

Cette définition, cette construction positive de la conscience ne peut donc se faire que dans un rapport réciproque. Parce que dans le cas contraire, l'individu perd sa qualité de sujet et devient

⁴⁷⁷ Ibidem p. 65

⁴⁷⁸ Maryvonne Longeart, La notion d'intersubjectivité,
http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/logphil/notions/autrui/esp_prof/synthese/intersub.htm

⁴⁷⁹ Evidence parce que la présence d'autrui est indiscutable.

⁴⁸⁰ Merleau-Ponty Maurice, Phénoménologie de la perception, Gallimard, Paris, 1995 (Première édition 1945), p.407

⁴⁸¹ Ibidem, p. 410

objet et cette objectivation conduit à une déshumanisation.⁴⁸² « Pour le philosophe, si autrui me transforme en objet et me nie ou vice-versa, c'est cette humanité commune qui est refusée. »⁴⁸³

Il s'ensuit que cette construction est fondée sur l'échange fructueux avec autrui. Dans cet échange joue un mécanisme que certains penseurs vont identifier comme indispensable à la constitution de l'identité : la reconnaissance.

Je reconnais l'autre et participe ainsi à son existence mais en échange j'attends qu'il me reconnaisse faute de quoi, il me prive de mon humanité.⁴⁸⁴

II. La reconnaissance réciproque.

Cette question de la reconnaissance a fait l'objet d'une réflexion contemporaine particulièrement intéressante menée, entre autres, par Charles Taylor et Axel Honneth.⁴⁸⁵

Dans le cadre d'une étude sur le multiculturalisme, ses fondations théoriques et ses enjeux⁴⁸⁶, Charles Taylor a repris le concept philosophique de reconnaissance en en faisant une des clefs de l'identité humaine. Il estime que ce concept commence à véritablement être développé chez Jean-Jacques Rousseau pour trouver une vraie consécration dans les travaux de Hegel sur la lutte pour la reconnaissance. Dans son essai, publié en 1992, La Politique de reconnaissance, il s'inscrit pleinement dans le courant intersubjectif en expliquant que l'individu ne peut devenir pleinement humain, que dans une perspective dialogique au travers de sa communication avec les autres membres de son espèce. Il indique ainsi dès les premières pages de son essai que : « *La*

⁴⁸² Ibidem, p. 414 :

« Autrui ou moi, il faut choisir dit-on. Mais on choisit l'un contre l'autre, et ainsi on affirme les deux. Autrui me transforme en objet et me nie, je transforme autrui en objet et le nie, dit-on. En réalité, le regard d'autrui ne me transforme en objet, que si l'un et l'autre nous nous retirons dans le fond de notre nature pensant, si nous nous faisons l'un et l'autre regard inhumain, si chacun sent ses actions, non pas reprises et comprises, mais observées comme celles d'un insecte. »

⁴⁸³ Ayouch Thamy, « Autrui, fondement du sujet », in *Penser l'Homme*, Le Point Hors-série n°17, avril-mai 2008, p. 58

⁴⁸⁴ Ainsi, une « fois posé autrui, une fois que le regard d'autrui sur moi, en m'insérant dans son champ m'a dépouillé d'une part de mon être, on comprend bien que je ne puisse le récupérer qu'en nouant des relations avec autrui, en me faisant reconnaître librement par lui (...) ». Merleau-Ponty Maurice, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, Paris, 1995 (Première édition 1945), p. 410

⁴⁸⁵ Voir en ce sens : Parseval Charlotte de, entrée « Reconnaissance », in *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Larousse, Paris, 2013 (Première édition 2006), p. 700 :

« Au XXe siècle, les sciences humaines ont montré que la relation à l'autre médiatisée par le langage précède la subjectivité entendue comme conscience de soi [...] Le Canadien Charles Taylor et l'Allemand Axel Honneth établissent un lien constitutif entre reconnaissance et identité. »

⁴⁸⁶ Taylor Charles, « La politique de reconnaissance », in *Multiculturalisme, Différence et Démocratie*, Flammarion, Paris, 2002 (Première édition en français 1994), pp. 41-99.

*reconnaissance n'est pas simplement une politesse que l'on fait aux gens : c'est un besoin humain vital. »*⁴⁸⁷

L'objet de son travail étant une réflexion sur le multiculturalisme, l'universalisme et le relativisme, il note que la notion de reconnaissance, selon le point de vue adopté, peut être universaliste aussi bien que relativiste. Cependant, il mène une réflexion essentiellement concentrée sur les droits fondamentaux et la liberté, en s'interrogeant sur l'aspect totalitaire de l'approche universaliste de la reconnaissance strictement égalitaire.

Ce n'est pas là un point dont nous souhaitons débattre à ce stade. Nous retiendrons donc essentiellement que les mécanismes de reconnaissance, au sens où nous tirons au moins une partie de notre identité de notre rapport avec les autres et des autres avec nous, sont essentiels à la fois dans la construction de l'identité individuelle mais également collective. Il développe en effet longuement l'exemple du Québec et de l'identité francophone au Canada qui est à la fois individuelle et collective. Par ailleurs, cette reconnaissance égalitaire, ou non, s'inscrit dans une logique de réciprocité. Décrivant la pensée rousseauiste, il fait référence à la reconnaissance égalitaire comme « *une réciprocité parfaitement équilibrée* ». Toutefois, si l'on admet l'existence d'une réciprocité déséquilibrée, on doit encore conclure qu'elle participe de notre définition. Ainsi le maître et l'esclave : « *Si c'était simplement une question de pouvoir brut, on pourrait penser que le maître est libre au détriment de l'esclave ; mais la déférence des classes inférieures est essentielle* ». ⁴⁸⁸ L'identité de l'esclave passe par celle du maître et réciproquement. On imagine assez bien que celui qui se refuse à considérer l'autre comme maître ne se verra pas comme esclave, au sens où il considérerait le joug du maître comme légitime et licite. ⁴⁸⁹

Axel Honneth, de son côté, en s'appuyant sur les travaux de Hegel, a publié en 1992, La lutte pour la reconnaissance⁴⁹⁰, ouvrage considéré aujourd'hui comme un classique de la philosophie sociale et politique contemporaine. D'une part, il y élabore sa théorie de la reconnaissance et développe d'autre part le rôle de celle-ci dans les conflits sociaux.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 42.

⁴⁸⁸ Ibidem p. 66.

⁴⁸⁹ La lecture d'Un Turbulent silence d'André Brinks permet tout à fait de saisir cette importance du lien d'identité entre maître et esclave. Les maîtres ne sont maîtres que parce que les esclaves les reconnaissent comme tels. Il n'y a alors pas de remise en cause de leur statut. Mais dès que la possibilité d'être autre apparaît du fait de l'intervention des Anglais, contre l'esclavage, cette relation se disloque et conduit à l'affrontement.

⁴⁹⁰ Honneth Axel, La lutte pour la reconnaissance, Editions du Cerf, Paris, 2002, 232p.

Sa réflexion sur la lutte pour la reconnaissance, lui permet de souligner également combien les processus de reconnaissance sont indispensables au développement de la personnalité et à la création de l'identité.⁴⁹¹

Il fait appel aux travaux de George Herbert Mead⁴⁹² qui a justement développé « *l'idée que les sujets humains doivent leur identité à l'expérience d'une reconnaissance intersubjective* ». ⁴⁹³ ⁴⁹⁴ Honneth affirme qu'il y a trois niveaux de reconnaissance qui participent tous à la construction de la personnalité des individus. Le premier niveau est immédiat. Il apparaît dès la naissance et a trait aux relations primaires que sont l'amour et l'amitié. Le second, prend place au sein de ce qu'il appelle les relations juridiques, il s'agit là de la reconnaissance de la personne juridique et enfin le troisième niveau se base sur l'estime et la reconnaissance sociale.⁴⁹⁵

Cette reconnaissance joue donc un rôle essentiel dans la détermination de l'identité d'un individu. Il va même plus loin en expliquant que l'absence de reconnaissance peut conduire dans une hypothèse extrême à « *l'invisibilité* » de l'individu qui ne serait pas reconnu. Par invisibilité naturellement, il faut considérer que l'individu n'existe pas aux yeux de ceux qui ne le reconnaissent pas, n'existe pas du moins, en tant qu'être humain.

Il utilise par exemple pour démontrer ce phénomène l'attitude des nobles, mais qui peut certainement se retrouver aujourd'hui dans certaines strates de la société, vis-à-vis de leur domestiques. Certains de leurs comportements, comme se dévêtir en leur présence, traduisent le

⁴⁹¹ Bien que les avis divergent sur le lien entre reconnaissance et identité (Voir notamment : Ikäheimo Heikki. Un besoin humain vital. La reconnaissance comme accès au statut de personne In : Reconnaissance, identité et intégration sociale, Presses universitaires de Paris Ouest, Nanterre, 2009 (généré le 18 mai 2014). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/pupo/736>>. ISBN : 9782821826908), il faut tout de même constater que dans son ouvrage phare sur ce thème, La lutte pour la reconnaissance, il y fait référence plusieurs fois p. 35, 96 de La lutte pour la reconnaissance, Editions du Cerf, Paris, 2002. On retrouve cette idée d'autres ses autres publications sur thème. Par exemple : « La théorie de la reconnaissance, une esquisse », Revue du MAUSS, 2004/1 no 23, p. 133-136., mais également « Visibilité et invisibilité. Sur l'épistémologie de la « reconnaissance » », Revue du MAUSS, 2004/1 no 23, p. 137-151.

⁴⁹² George Herbert Mead est un des fondateurs de la psychologie sociale, une discipline qui étudie le comportement des individus au sein même du processus social. Ses théories externalisent au moins pour une part la psychologie. « Mead considère qu'il n'y a ni soi, ni conscience de soi, ni communication en dehors de la société, c'est-à-dire en dehors d'une structure qui s'établit à travers un processus dynamique d'actes sociaux communicatifs, à travers des échanges entre des personnes qui sont mutuellement orientées les unes vers les autres. En d'autres termes, la société est définie par des actes sociaux, par ce qui se passe entre deux ou plusieurs personnes ; la conscience de soi naît de cette interaction. », Daniel DERIVRY, « MEAD GEORGE HERBERT - - (1863-1931) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 20 mai 2014. <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/george-herbert-mead/>

⁴⁹³ Honneth Axel, La lutte pour la reconnaissance, Editions du Cerf, Paris, 2002, p. 87

⁴⁹⁴ Par reconnaissance intersubjective, il faut entendre reconnaissance réciproque.

⁴⁹⁵ Bien que l'intérêt de ces travaux soit indéniable, notamment parce qu'ils éclaircissent la place de la reconnaissance réciproque dans la construction de l'identité individuelle, une observation doit être faite. Les développements d'Axel Honneth en particulier quant aux deuxième et troisième niveaux sont très marqués culturellement et font exclusivement référence à la société occidentale, sans toutefois la nommer.

fait que d'une certaine manière, faute d'une reconnaissance appropriée, le personnel n'existe pas pour eux, en tout cas pas plus que le mobilier.

Comme Honneth détermine trois niveaux de reconnaissance, il y associe trois types de non-reconnaissance sous la forme d'atteintes à l'intégrité physique (amour, amitié), à l'intégrité sociale (droit) et à l'honneur ou à la dignité (estime). Il désigne de manière générale ce refus de reconnaissance sous le vocable de mépris et pose que ce « *mépris constitue une atteinte qui menace de ruiner l'identité de la personne toute entière* ». ⁴⁹⁶ Il souligne la gravité particulière des atteintes à l'intégrité physique en cette matière, en affirmant que « *l'expérience de la torture ou du viol provoque toujours un effondrement dramatique de la confiance de l'individu relativement au monde social et donc de sa propre sécurité.* » ⁴⁹⁷

Ce déni de reconnaissance joue donc aussi dans la sphère juridique et conduit le plus souvent à la négation de certains droits mais aussi éventuellement à la négation même du statut de personne juridique. ⁴⁹⁸

Ce mécanisme de relation réciproque, qu'est la reconnaissance, peut donc être considéré comme un des fondements de l'identité. L'absence de reconnaissance, ou l'absence d'une reconnaissance égalitaire, est considéré par Axel Honneth comme pouvant conduire à des conflits sociaux, voire des guerres. Ce concept offre clairement une grille de lecture intéressante des conflits identitaires et des problèmes de déshumanisation qui conduisent trop souvent à la commission d'atrocités, constitutives de violations du droit international.

Non seulement, la réciprocité est productrice d'identité mais encore la reconnaissance de l'autre est naturellement l'étape initiale de tout lien social.

§2. Réciprocité et société.

La réciprocité a été identifiée relativement tôt par la philosophie politique comme une des bases des sociétés humaines (I). Cette logique a pu également s'observer à propos de la société internationale, bien qu'elle ne soit pas constituée d'individus, elle est souvent comparée à une société primitive dans laquelle on retrouve les mêmes mécanismes relationnels (II).

⁴⁹⁶ Honneth Axel, *La lutte pour la reconnaissance*, Editions du Cerf, Paris, 2002, p. 161

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 163

⁴⁹⁸ Toujours sous la plume d'André Brinks dans le même roman *l'histoire de l'esclave Galant* démontre combien il peut être difficile sinon impossible de trouver son identité sans être reconnu comme être humain à part entière. Pour Galant, être libre c'est oser être soi-même. A contrario, l'absence de liberté, qui s'analyse au travers de la grille de lecture donnée par Honneth comme un refus de reconnaissance juridique, entrave la capacité du sujet à se définir.

I. La réciprocité « une institution ancêtre » de toute société.

C'est Rodolfo Sacco qui désigne la réciprocité sous le très juste et très symbolique terme d' « *institution ancêtre* ». Ce vocable illustre parfaitement sa place particulière aux origines de la société et le fait qu'elle doit pouvoir être dépassée en tout cas dans sa forme strictement bilatérale.

Dans le même ordre d'idée, René Girard estime de son côté que « *la réciprocité est déjà là au départ de toute culture et elle est toujours là après.* »⁴⁹⁹ Il en fait un universel humain. D'abord pensée dans la philosophie politique (A), la réciprocité a également été retenue comme fondement de la société dans l'anthropologie (B).

A. Ses origines dans la philosophie politique.

D'après Emmanuel Decaux, la notion précise de réciprocité apparaît d'abord dans le cadre de la philosophie politique. Il illustre son idée par la présentation des théories sur la réciprocité d'Aristote, Montesquieu et Kant.⁵⁰⁰ On la trouve également chez les théoriciens du contrat social et ses héritiers comme John Rawls. La notion a donc été étudiée et analysée de l'antiquité (1) à la période moderne (2).

1. Une institution antique.

Un des premiers à avoir identifié la réciprocité comme un des éléments d'existence de la société est Aristote dans l'*Ethique à Nicomaque*. Il y traite de la place de la réciprocité dans le cadre de la notion de justice comme vertu. Il en fait non pas le synonyme de justice mais une des bases de la construction de la cité.

« Dans les relations d'échanges, le juste sous sa forme de réciprocité est ce qui assure la cohésion des hommes entre eux, réciprocité toutefois basée sur une proportion et non sur une stricte égalité. C'est cette réciprocité-là qui fait subsister la cité : car les hommes cherchent soit à répondre au mal par le mal, faute de quoi ils se considèrent en état d'esclavage, soit à répondre au bien par le bien, — sans quoi aucun échange n'a lieu, alors que c'est pourtant l'échange qui fait la cohésion des citoyens. Et c'est pourquoi un temple des Chantes se dresse sur la place publique : on veut rappeler l'idée de reconnaissance, qui est effectivement un caractère propre de la grâce, puisque c'est un

⁴⁹⁹ Girard René, « Pourquoi la violence ? », in Dumouchel Paul (dir.), *Comprendre pour agir : Violence, victimes et vengeances*, Actes du colloque du 6 décembre, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 23.

⁵⁰⁰ Decaux Emmanuel, *La réciprocité en droit international*, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit international, Paris, 1980, p. 2 à 4

devoir non seulement de rendre service pour service à celui qui s'est montré aimable envers nous, mais encore à notre tour de prendre l'initiative d'être aimable »⁵⁰¹.

Il explique d'ailleurs que c'est ce besoin de réciprocité proportionnelle qui va conduire à l'invention de la monnaie puisqu'elle seule permet la mesure adéquate des différents biens et services susceptibles de faire l'objet d'échanges. Il précise qu'elle permet justement de mettre en œuvre des échanges égaux. Il affirme qu'il n'y a « *ni communauté d'intérêts sans échange, ni échange sans égalité* »⁵⁰².

De la même manière, il va lier égalité et réciprocité dans le cadre d'une autre vertu essentielle, *la philia*, qui est amitié parfaite. Selon Christophe Perrin, « *La philia, au sens le plus courant du terme, se définit dès lors comme cet échange de services qui présuppose l'acceptation d'un devoir de réciprocité.* »⁵⁰³

Dominique Temple et Mireille Chabal concluent alors à ce sujet que « *l'échange peut donc avoir deux finalités : « vivre » [...] ou « vivre bien ». Vivre seulement, pour ceux qui placent leur objectif dans l'obtention de biens matériels, ou vivre bien, c'est-à-dire selon les règles de la réciprocité et de l'éthique* »⁵⁰⁴.

La réciprocité est en ce sens tout à la fois ciment de la société et éthique fondamentale.

Cette relation entre égalité et réciprocité chez Aristote évoque immédiatement les relations internationales entre égalité souveraine des Etats, reconnaissance et obligations réciproques. Le parallèle est évident et nous y reviendrons par la suite.

D'un point de vue pratique, Koenraad Verboven a identifié dans la réciprocité un des systèmes normatifs propres, selon ses termes,⁵⁰⁵ au monde romain. Elle y explique qu'à côté de l'idéologie de la cité, la réciprocité occupe une place centrale dans la culture romaine.⁵⁰⁶

Elle décrit dans un article consacré à l'économie romaine⁵⁰⁷, le rôle prépondérant de la réciprocité dans la construction des réseaux familiaux, amicaux et professionnels.

⁵⁰¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, Chapitre 8, traduction Jules Tricot,

⁵⁰² Ibidem.

⁵⁰³ Perrin Christophe, « Egalité et réciprocité : les clés de la *philia* aristotélicienne », *Le Philosophoire*, 2007/2 n° 29, p. 261.

⁵⁰⁴ Chabal Mireille, Temple Dominique, *La réciprocité et la naissance des valeurs humaines*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 224

⁵⁰⁵ Il faut entendre « système normatif » ici dans un sens plus large que le sens juridique habituel. En effet, l'article porte sur les éléments culturels régissant les relations entre citoyens, les institutions et l'organisation de la Cité romaine. Il fait donc référence aux règles de vie en société qui sont considérées comme obligatoires par les individus qui y sont soumis qu'elles se traduisent ou non en normes juridiquement sanctionnées.

⁵⁰⁶ Verboven Koenraad, « Cité et réciprocité » *Le rôle des croyances culturelles dans l'économie romaine*, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2012/4 67e année, p. 914

⁵⁰⁷ Ibidem

Elle explique que la réciprocité dans le monde romain « reposait sur trois normes sociales qui mettaient l'honneur en jeu : la *benignitas* (obligeance), la *gratia* (reconnaissance) et la *fides* (loyauté, crédibilité) ». ⁵⁰⁸ Le respect de ces normes était à la fois indispensable au bon fonctionnement de la cité mais également, parce que l'honneur était en jeu, un élément lié à l'identité des personnes concernées.

Cette importance sociale de la norme culturelle de réciprocité se traduisait évidemment dans le droit, notamment dans le cadre du monde des affaires et du droit des obligations.

La réciprocité est donc pour la première fois conceptualisée dans le monde antique. Elle ne cessera depuis de revenir dans la pensée politique.

2. Une institution centrale.

Alors même qu'il rompt avec la conception antique de l'Homme en rejetant le bonheur comme fin de l'Homme, Kant n'en maintient pas moins le rôle de la réciprocité, mais cette fois dans un but moral.

Il estime que la réciprocité est à la naissance même du droit, elle est « *le principe universel du droit* ». ⁵⁰⁹

On retrouve cette idée de réciprocité chez Montesquieu qui explique que : « S'il y avait des êtres intelligents qui eussent reçu quelque bienfait d'un autre être, ils devraient en avoir reconnaissance [...] ; un être intelligent qui a fait du mal à un être intelligent mérite de recevoir le même mal » ⁵¹⁰.

Locke établira aussi que la loi de nature « *enseigne à tous les hommes, s'ils veulent bien la consulter, qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à un autre (...)* » et « *que tout pouvoir et toute juridiction est réciproque, un homme n'en ayant pas plus qu'un autre* » ⁵¹¹. Il s'agit ici de ce qu'on appelle l'éthique de la réciprocité qui sera étudiée un peu plus loin.

Ce rôle de la réciprocité est également souligné plus récemment par John Rawls dans sa Théorie de la justice, écrite en 1971. Figure majeure de la philosophie morale et politique américaine, John Rawls influencera une bonne part des sciences sociales. Dans La Théorie de la Justice, considérée par certains comme « *l'acte fondateur du renouveau contemporain de la réflexion*

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 928.

⁵⁰⁹ Kant Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, Doctrine du Droit, J. Vrin, Paris, 1971, p. 104.

⁵¹⁰ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, édition numérique, Edition Kindle, emplacement 99.

⁵¹¹ Locke John, *Traité du gouvernement civil*, GF-Flammarion, 1992, p.143

sur l'éthique économique et sociale »⁵¹², il dresse le portrait d'une société juste et défend la démocratie libérale moderne. Comme le souligne Philippe Adair⁵¹³, « [l]a démarche de Rawls procède d'une interrogation éthique et non d'une analyse positive ; il s'agit donc d'une théorie normative de la justice. La réflexion de Rawls s'inscrit dans la tradition de la philosophie des droits naturels et du contrat social [...]. »⁵¹⁴

Il décrit dans cette œuvre une position originelle qui précède la société et correspond à l'état de nature rousseauiste ou hobbesien. Par la réflexion sur une origine, qu'il admet comme hypothétique, il établit les principes sur lesquels doit reposer une société équilibrée et viable.

Ces principes émergent à l'issue d'une négociation entre les différents individus qui formeront la société. Au nombre de deux, Rawls affirme qu'ils sont les seuls à pouvoir être logiquement choisis dans cette position originelle. En effet, il pose que les personnes dans cette situation ignorent leurs propres capacités et le statut dont elles bénéficieront dans la future société. Ainsi leur choix ne peut que se porter sur des principes de nature à bénéficier à tous les membres de ladite société et non seulement à une minorité d'entre eux, faute de savoir s'ils en feront partie.⁵¹⁵ Ce voile d'ignorance associé au critère *du maximin*⁵¹⁶ conduit, d'une manière présentée comme inévitable, à l'identification de deux principes.

⁵¹² Maréchal Jean-Paul, « L'éthique économique de John Rawls », *L'Économie politique* 1/2003 (n° 17), p. 94-112

URL : www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2003-1-page-94.htm.

⁵¹³ Adair Philippe, « La Théorie de la justice de John Rawls », *Contrat social versus utilitarisme*, Revue française de science politique, 41e année, n°1, 1991. pp. 81-96, disponible sur Persée.

⁵¹⁴ Rawls John, *Théorie de la Justice*, Editions Points, Paris, 2009, première édition, 1971, Préface, p. 20 : « J'ai tenté de généraliser et de porter à un plus haut degré d'abstraction la théorie traditionnelle du contrat social, telle qu'elle se trouve chez Locke, Rousseau et Kant. [...] Parmi toutes les conceptions traditionnelles, je crois que c'est celle du contrat qui se rapproche le mieux de nos jugements bien pesés sur la justice et qui constitue la base morale qui convient le mieux à une société démocratique. »

⁵¹⁵ Ibidem, p. 168 : « Nous devons d'une façon ou d'une autre, invalider les effets des contingences particulières qui opposent les hommes les uns aux autres et leur inspirent la tentation d'utiliser les circonstances sociales et naturelles à leur avantage personnel. C'est pourquoi je pose que les partenaires sont situés derrière un voile d'ignorance. Ils ne savent pas comment les différentes possibilités affecteront leur propre cas particulier et ils sont obligés de juger les principes sur la seule base de considérations générales. »

⁵¹⁶ Le maximin est un critère de choix rationnel appartenant à la théorie des jeux servant à déterminer quelle décision sera prise dans une situation dont l'issue est incertaine, indépendamment des probabilités de réalisation de tel ou tel scénario. Ce n'est pas le seul, y sont également identifiés le maximum et le minimax. Ils sont considérés comme dépendants de la personnalité de l'agent. Le maximin consiste à prendre la décision qui permettra d'éviter dans tous les cas, le pire scénario envisageable. Il est considéré comme révélant une personnalité pessimiste.

Rawls définit la règle du maximin en ces termes : « La règle du « maximin » nous dit de hiérarchiser les solutions possibles en fonction de leur plus mauvais résultat possible : nous devons choisir la solution dont le plus mauvais résultat est supérieur à chacun des plus mauvais résultats des autres. » Rawls John, *Théorie de la Justice*, Editions Points, Paris, 2009, première édition, 1971, p. 185.

Ce choix du maximin comme critère de décision obligatoire par John Rawls a fait l'objet de vives critiques. Voir : Maréchal Jean-Paul, « L'éthique économique de John Rawls », *L'Économie politique* 1/2003 (n° 17), p. 94-112
URL : www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2003-1-page-94.htm. Il reconnaît lui-même que « la règle du

Il s'agit du principe de liberté et du principe de différence qu'il définit ainsi :

« En premier lieu [principe de liberté] : chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres.

En second lieu [principe de différence] : les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois, (a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et (b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous. »⁵¹⁷

Ces deux principes sont hiérarchisés en ordre lexical, c'est-à-dire que le premier prime sur le second.

De ces deux principes, celui qui nous intéresse est le principe de différence. En effet, Rawls indique que « le principe de différence exprime une idée de réciprocité. C'est un principe qui vise l'avantage mutuel ». ⁵¹⁸ Cela signifie, par conséquent, que placés dans une situation originelle, ignorants du contexte, les individus choisiraient de fonder la société sur une base réciproque.

Par défaut, la réciprocité fait ainsi office de principe moral initial.

Rawls ne consacre aucun développement spécifique à la réciprocité. Toutefois il l'évoque régulièrement en soulignant son rôle fondateur, la faisant presque apparaître comme une évidence qui s'imposerait d'elle-même. Il insiste sur le fait qu'en l'absence de réciprocité, aucune coopération sociale ne paraît envisageable sur le long terme et que par conséquent une société stable doit reposer sur une base réciproque. ⁵¹⁹

Pour lui, la réciprocité est directement issue de notre nature humaine, c'est elle qui fait de nous un animal sociable.

« L'idée de base est celle de la réciprocité, la tendance à rendre la pareille. Or cette tendance est un fait psychologique important. Sans elle, notre nature serait très différente et une coopération sociale fructueuse serait fragile, pour ne pas dire impossible. »⁵²⁰ Il parle d'une « condition de la sociabilité humaine ». ⁵²¹ Elle forme une règle morale qui permet l'instauration d'un lien de confiance entre les différents membres de la société. L'existence et le respect des obligations sont possibles en raison de

maximin n'est pas en général un guide qui convient pour des choix dans l'incertain. Elle vaut seulement dans des situations caractérisées par certains traits bien particuliers. » (p.185) En l'occurrence, la situation des personnes placées dans la position originelle.

⁵¹⁷ Rawls John, Théorie de la Justice, Editions Points, Paris, 2009, première édition, 1971, p.91

⁵¹⁸ Ibidem, p. 133.

Egalement dès la préface de l'édition française, dans la présente édition à la page 14 : « En effet, il s'agit d'un principe de réciprocité ou de mutualité, pour une société conçue comme un système équitable de coopération entre des citoyens libres et égaux d'une génération à l'autre. »

⁵¹⁹ Ibidem p. 501 : « La condition indispensable d'une telle société [juste] est que tous aient de la considération pour les autres sur la base de principes de réciprocité mutuellement acceptables. »

⁵²⁰ Ibidem p. 534.

⁵²¹ Ibidem p. 534.

la conviction de chacun que, par effet de réciprocité, si l'un assume ses obligations, l'autre fera de même. Le contrat social semble, du moins en partie, être fondé sur cette réciprocité.⁵²²

Certes Rawls tente seulement de démontrer quels sont les fondements d'une société juste et non de toute société.⁵²³ Par ailleurs, en réponse à certaines critiques qui lui ont été faites, il abandonne dans des travaux plus récents, toute prétention à l'universalisme⁵²⁴ pour affirmer que sa réflexion vise essentiellement les sociétés libérales modernes.⁵²⁵ De plus, son principe de différence, dénommé par Philippe Adair « *principe de fraternité* »⁵²⁶, est vivement critiqué parce qu'il implique une forme de justice distributive. En effet, dans l'esprit de Rawls une société juste est une société qui profite à tous et en particulier aux plus défavorisés. Or cette approche relève moins de la conclusion rationnelle que du positionnement moral pour nombre de critiques.⁵²⁷

Mais, il n'en demeure pas moins que la réciprocité apparaît comme un principe permettant la création du lien social puisqu'il vise à un avantage mutuel. Pourquoi s'associer si seuls certains sont bénéficiaires.

C'est en partie en raison de cette conviction profonde que Rawls s'oppose aux utilitaristes⁵²⁸ dont il récuse les théories de maximisation du bien commun qui selon lui peuvent conduire à l'admission de situations individuelles intolérables, comme l'esclavage. La réciprocité offre elle, dans cette approche, une barrière efficace contre de telles dérives. C'est son absence ou son délitement qui conduisent à la discrimination, à l'exploitation et au conflit.

⁵²² Ibidem p. 388-389 : « [...] quand ses membres font une promesse, ils reconnaissent réciproquement leur intention de s'imposer une obligation et ils partagent la croyance rationnelle que cette obligation sera respectée. C'est cette reconnaissance réciproque et ce savoir commun qui permettent l'instauration d'une organisation ainsi que son maintien. »

⁵²³ Ibidem, Préface à l'édition française, en date de 1986, p. 10 : « Le premier objectif de la théorie de la justice comme équité était donc de fournir une analyse convaincante des droits et des libertés de base ainsi que de leur priorité. Le second objectif était de compléter cette analyse par une conception de l'égalité démocratique, ce qui m'a conduit au principe de la juste égalité des chances et au principe de différence. »

⁵²⁴ Ibidem, Préface à l'édition française, date de 1986, p. 10 : « Ce qui compte pour moi, ce sont les idées et les objectifs centraux de la théorie de la justice comme équité qui en font une conception philosophique destinée à une démocratie constitutionnelle. J'espère qu'elle apparaîtra raisonnable et utile à une large fraction de l'opinion politique, comme expression d'une dimension essentielle au cœur de la tradition démocratique, même si elle n'est pas totalement convaincante. »

⁵²⁵ Kukathas Chandran, entrée John Rawls, in *Canto-Sperber Monique (dir.)*, Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, tome 2, 4e édition revue et augmentée, Paris, PUF, coll. "Quadrige/Dicos poche", 2004. Reproduit ici : http://www.puf.com/Auteur:John_Rawls

⁵²⁶ Adair Philippe, « La Théorie de la justice de John Rawls », *Contrat social versus utilitarisme*, Revue française de science politique, 41e année, n°1, 1991. pp. 81-96, disponible sur Persée.

⁵²⁷ Voir en ce sens : Adair Philippe, « La Théorie de la justice de John Rawls », *Contrat social versus utilitarisme*, Revue française de science politique, 41e année, n°1, 1991. pp. 81-96, disponible sur Persée.

⁵²⁸ Rawls John, *Théorie de la Justice*, Editions Points, Paris, 2009, première édition, 1971, p. 41 : « C'est pourquoi semble-t-il, le principe d'utilité est incompatible avec une conception de la coopération sociale entre des personnes égales en vue de leur avantage mutuel. Ce principe est en contradiction avec l'idée de réciprocité implicite dans le concept d'une société bien ordonnée. »

Le point commun à ces approches philosophiques est qu'elles situent toutes la réciprocité à l'origine du lien social et de la construction sociale. Elle apparaît comme une règle de conduite naturelle et individuelle qui se transpose dans le cadre de la société.

B. La réciprocité, comme fondement de la société dans les études anthropologiques.

La réciprocité comme fondement de la société est d'abord dessinée par Marcel Mauss dans ses travaux relatifs aux dons et contre-dons (1). Mais c'est Claude Lévi-Strauss qui en fait une institution à l'origine de la culture (2).

1. Les dons et contre-dons ou la construction de la société.

On l'a vu précédemment, le jeu des dons et contre-dons tient une place importante dans la construction de l'identité de chacun. Toutefois, la réflexion initiée par Mauss permettra surtout de souligner le rôle de la réciprocité dans la création de la société elle-même. Mauss n'évoque pas précisément, comme le fera Lévi-Strauss, la réciprocité⁵²⁹ et son rôle dans la construction de la société, mais elle se laisse deviner dans les pratiques forcément réciproques qu'il décrit.

Cette réserve soulignée par Marcel Hénaff⁵³⁰ peut être attribuée selon lui à la volonté de Mauss de dégager sa réflexion de l'influence des théories relatives au contrat.⁵³¹ Ainsi il démontre que la réciprocité du contrat n'est qu'une forme de la réciprocité, fait social total.

Ce que les commentateurs décrivent comme l'apport principal de Mauss dans cet ouvrage c'est la découverte du fonctionnement des dons et son rôle fondamental en tant que fait social total dans différentes sociétés. Il explique ainsi que les dons sont « *en théorie volontaires, en réalité obligatoirement faits et rendus* ». ⁵³²

S'il situe et constate l'existence de ce système dans les sociétés primitives ou anciennes il affirme que cet usage n'a pas disparu dans les sociétés contemporaines. « *Une partie considérable de notre morale et de notre vie elle-même stationne toujours dans cette même atmosphère du don, de*

⁵²⁹ De manière assez anecdotique, c'est un constat assez surprenant quand mes recherches ayant conduit à étudier l'œuvre de Mauss portaient précisément sur la réciprocité. Ce n'est que dans des travaux suivants et chez d'autres auteurs que l'utilisation de la notion de réciprocité se généralise.

⁵³⁰ Hénaff Marcel, « Mauss et l'invention de la réciprocité », Revue du MAUSS, 2010/2 n° 36, p. 71

⁵³¹ Marcel Hénaff, grâce aux outils informatiques modernes, a confirmé ce dont tout lecteur s'aperçoit. Mauss n'utilise le terme de réciprocité qu'une seule fois dans l'ensemble de l'Essai sur le don. Il note aussi que le terme « réciproque » n'apparaît lui-même que quatre fois.

⁵³² Mauss Marcel, Essai sur le don, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2012, p. 64

*l'obligation et de la liberté mêlés [...] Le don non rendu rend encore inférieur celui qui l'a accepté, surtout quand il est reçu sans esprit de retour. »*⁵³³

Il fait de cette règle de vie et d'interactions sociales sinon un universel absolu, un élément largement répandu, tant dans les sociétés polynésiennes, mélanésiennes où elles ont été initialement observées que dans le Nord-Ouest Américain, dans la Grèce et la Rome Antique, dans le droit hindou classique mais aussi dans les droits germanique, celtique et chinois.

Dans sa lecture des travaux de Mauss, Marcel Hénaff critique l'incapacité de Mauss à expliquer clairement la notion de réciprocité différée. Il paraît souhaitable de s'attarder sur son analyse. Elle permet en effet, comme on le verra plus tard, d'expliquer le passage de la vengeance à la justice et le maintien de la réciprocité, en acceptant qu'elle soit différée.

Marcel Hénaff revient sur le hau des Maoris⁵³⁴ en expliquant qu'il ne s'agit pas ici d'une réciprocité immédiate, mais différée qui a pour particularité de rendre non pas à celui qui a donné mais à une tierce personne. Et c'est ce décalage à la fois dans le temps et dans les acteurs qui encore plus que la simple réciprocité directe permet la construction sociale. En effet, la réciprocité différée implique un lien de confiance qui s'étend dans le temps et va finalement lier plus que deux entités.

Il évoque et explique aussi le cas de la réciprocité intergénérationnelle qui repose sur le principe de rendre à celui qui n'a pas encore donné. Par cette réciprocité sans cesse différée, la cohésion fragile qui est celle des dons/contre-dons simultanés se transforme en lien fort qui capte, enrôle ou enroule la durée dans sa logique. Par ce stratagème le temps devient un allié ; il oblige à la confiance ; il requiert de parier sur le ne-pas-encore. »⁵³⁵

Plus encore que la simple réciprocité bilatérale, cette réciprocité différée explique les engagements en faveur de l'environnement ou des droits de l'homme. La concession opérée par l'Etat ne se fait

⁵³³ Ibidem p. 213

⁵³⁴ Selon Marcel Mauss, « le mot hau désigne, comme le latin spiritus, à la fois le vent et l'âme, plus précisément, au moins dans certains cas, l'âme et le pouvoir des choses inanimées et végétales, le mot de mana étant réservé aux hommes et aux esprits et s'appliquant aux choses moins souvent qu'en mélanésien ». in Mauss Marcel, Essai sur le don, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2012, note 3 p. 79

Il cite aussi les propos de Tamati Ranaipiri recueillis par R. Elsdon Best « Je vais vous parler du hau... Le hau n'est pas le vent qui souffle. Pas du tout. Supposez que vous possédez un article déterminé (taonga) et que vous me donnez cet article ; vous me le donnez sans prix fixé. Nous ne faisons pas de marché à ce propos. Or, je donne cet article à une troisième personne qui, après qu'un certain temps s'est écoulé décide de rendre quelque chose en paiement (utu), il me fait présent de quelque chose (taonga). Or, ce taonga qu'il me donne est l'esprit (hau) du taonga que j'ai reçu de vous et que je lui ai donné à lui. Les taonga que j'ai reçus pour ces taonga (venus de vous) il faut que je vous les rende. Il ne serait pas juste (tika) de ma part de garder ces taonga pour moi, qu'ils soient désirables (rawe), ou désagréables (kino). Je dois vous les donner car ils sont un hau du taonga que vous m'avez donné. Si je conservais ce deuxième taonga pour moi, il pourrait m'en venir du mal, sérieusement, même la mort. Tel est le hau, le hau de la propriété personnelle, le hau des taonga, le hau de la forêt. Kati ena. (Assez sur ce sujet). » Ibidem, p. 78-79

⁵³⁵ Hénaff Marcel, « Mauss et l'invention de la réciprocité », Revue du MAUSS, 2010/2 n° 36, p. 85

pas dans l'attente d'un retour immédiat mais dans l'attente d'une évolution future qui sera favorable.

2. Une institution à l'origine de la culture.

Rebecca Taibleson développe une approche intéressante de la réciprocité négative dans le cadre du droit.⁵³⁶ Sa définition de la réciprocité négative est quelque peu restrictive mais son étude illustre de façon particulièrement pertinente l'enracinement de la réciprocité, y compris négative, dans les usages humains. L'auteur définit la réciprocité négative comme le fait de répondre à une action injuste en la "*punissant*", et ce même si cela signifie le faire à son propre détriment, surtout en fait, à son propre détriment. Certaines approches de la réciprocité négative sont plus larges et admettent simplement l'idée qu'un comportement destructeur appelle en retour un autre comportement destructeur. La réciprocité est un jeu de miroir.

Quoi qu'il en soit la réflexion de Rebecca Taibleson se fonde sur des analyses des comportements des individus dans le cadre d'une situation dite *d'ultimatum game*.⁵³⁷ Elle démontre que dans ce cadre, une attitude considérée comme injuste, sera sanctionnée même si la sanction entraîne des conséquences négatives pour les deux parties et non seulement pour l'individu qui aura eu un comportement jugé inapproprié. C'est ce qu'elle identifie comme la réciprocité négative.

Selon elle, la neurobiologie⁵³⁸, de même que la psychologie évolutionniste⁵³⁹ sont venues appuyer l'idée que la réciprocité négative est particulièrement naturelle et spontanée.⁵⁴⁰

⁵³⁶ TAIBLESON Rebecca, « Negative reciprocity and Law », Law & Psychology, University of Alabama, 2011, www.westlaw.com

⁵³⁷ L'ultimatum game est un jeu expérimental développé notamment dans le domaine économique et de la théorie des jeux afin de démontrer que les théories économiques rationalistes classiques ne permettaient pas de prévoir le comportement des individus et que d'autres facteurs que la rationalité pure ou en tout cas la rationalité immédiate jouaient un rôle non-négligeable dans les décisions prises par les individus.

L'ultimatum game se présente sous la forme d'un scénario auquel sont soumises deux personnes. L'une se voit attribuer une somme d'argent, à charge pour elle de proposer à la seconde un partage de cette somme. Si la seconde accepte le montant proposé, la somme sera divisée et distribuée aux deux personnes selon le partage choisi. Si la deuxième refuse le montant proposé, les deux ne reçoivent rien. Le comportement le plus rationnel, pour la deuxième personne serait donc d'accepter n'importe quelle somme même très faible puisque son refus signifierait l'absence totale de gain. Cependant, cette expérience largement utilisée à travers le monde prouve qu'il n'en est rien. D'une part les individus qui se voient proposer un partage par trop inéquitable le refusent en général, d'autre part, les propositions véritablement déséquilibrées sont rares. (Cf. par exemple : Güth Werner, Marchand Nadège, Rullière Jean-Louis, « Equilibration et dépendance du contexte. Une évaluation expérimentale du jeu de négociation sous ultimatum », Revue économique, Vol. 49, n°3, 1998, pp. 785-794, et Kahneman, D., Knetsch, J., & Thaler, R. « Fairness and the assumptions of economics », Journal of Business, vol. 59, n°4, 1986, pp. 285-300)

⁵³⁸ « Recent neuroimaging studies suggest that responders derive intrinsic satisfaction from punishing deviations from these fairness norms. [...] These neuroimaging studies support the behavioral evidence for bounded self-interest, suggesting that most people value fairness intrinsically, sometimes more than they value money. » TAIBLESON Rebecca, « Negative reciprocity and Law », Law & Psychology, University of Alabama,

« Widely-shared human behavior across diverse cultures likely has evolutionary roots. Crosscultural studies suggest that “an intrinsic sense of fairness, albeit quantitatively tuned by cultural norms, is part of our evolutionary heritage.” [...]Negative reciprocity in particular was likely evolutionarily advantageous. The first humans who paid to punish may simply have derived a sense of satisfaction from reciprocal punishment, outweighing its economic cost. These humans subsequently developed reputations that discouraged others from treating them unfairly in the future and increased their chances of survival and reproduction. In addition, negative reciprocal tendencies may have contributed to group survival by maintaining group discipline and cooperation. As a result, humans have an evolved tendency to punish others who behave unfairly in pooling or distributing resources, even if punishment is costly. »⁵⁴¹

Cette théorie soutient ainsi que non seulement la réciprocité positive a été indispensable pour créer nos sociétés mais que la réciprocité négative tient aussi un rôle fondamental dans le contrôle social. Elle va même jusqu'à soutenir que la tendance à punir un comportement « *déviant* » est un caractère qui a pu bénéficier d'une meilleure sélection, au sens des théories de l'évolution, au point de devenir une caractéristique largement partagée et impliquant des réactions et comportements relativement spontanés voire obligatoires.

2011, www.westlaw.com; (Cf. Dominique J.-F. de Quervain et al., « The Neural Basis of Altruistic Punishment », *Science*, n°305, 2004, pp. 1254-1258)

⁵³⁹ La psychologie évolutionniste est un courant de la psychologie cognitive et culturelle qui explique une partie des comportements humains en se fondant sur la théorie darwinienne de l'évolution biologique. « Pour la psychologie évolutionniste, un grand nombre de nos capacités mentales comme la peur du vide sont des adaptations qui résultent d'un processus de sélection. Selon cette perspective, les différentes dispositions de notre esprit, ou encore les circuits neuraux internes de notre cerveau, ont été sélectionnés, comme les autres organes du corps, pour leur capacité à résoudre des problèmes liés à la survie et à la reproduction auxquels se heurtaient nos ancêtres. » Van der Henst Jean-Baptiste, Mercier Hugo, « Psychologie évolutionniste et raisonnement », in Rossi Sandrine, Van der Henst Jean-Baptiste, *Psychologie du Raisonnement*, Deboek, p. 220

⁵⁴⁰ Dans le même sens, voir : PARISI Francesco, GHEI Nita, « The role of reciprocity in international law », *Cornell International Law Journal*, Spring 2003, p.106

⁵⁴¹ TAIBLESON Rebecca, « Negative reciprocity and Law », *Law & Psychology*, University of Alabama, 2011, www.westlaw.com (→ Traduction personnelle « Des comportements humains largement partagés par diverses cultures ont de bonnes chances d'être avantageux sur le plan de l'évolution. Les premiers humains qui ont payé pour punir ont peut-être simplement retiré un sentiment de satisfaction de la sanction réciproque, dépassant son coût économique. Ces humains ont par la suite développé une réputation décourageant chez les autres l'idée de les traiter injustement dans le futur et accru leurs chances de survivre et de se reproduire. En sus, les tendances à la réciprocité négative ont sans doute contribué à la survie du groupe en maintenant la discipline et la coopération au sein dudit groupe. Par conséquent, les humains ont une tendance évolutionniste à sanctionner ceux qui se comportent de manière injuste dans le partage et la distribution des ressources, même si la sanction est coûteuse. »)

Claude Lévi-Strauss rendra « grâce à Mauss d'avoir découvert que toutes les sociétés humaines ont été fondées par la réciprocité »⁵⁴². Et lui-même trouvera l'origine de la culture dans la réciprocité puisqu'il fait découler la prohibition de l'inceste de la réciprocité elle-même.

Dans les Structures élémentaires de la parenté, Claude Lévi-Strauss se fixe pour objectif de développer une théorie de la parenté qui en aborde, en réalité, à la fois les structures élémentaires et les structures complexes. Au travers de cette étude, il cherche en fait ou en sus à illustrer et éclairer « la célèbre opposition entre nature et culture »⁵⁴³.

Le paradigme initial est alors « que tout ce qui est universel, chez l'homme, relève de la nature et se caractérise par la spontanéité, que tout ce qui est astreint à une norme appartient à la culture et présente les attributs du relatif et du particulier. »⁵⁴⁴

Tenter de comprendre les origines de la culture exige une réflexion similaire à celle menée pour tenter de comprendre les origines de la société. Lévi-Strauss commence ainsi son travail par une réflexion sur l'état de nature de l'Homme qui apparaît à la fois dans la lignée des philosophes politiques classiques mais aussi en rupture. Comme l'écrit Rousseau « les philosophes qui ont examiné les fondements de la société ont tous senti la nécessité de remonter jusqu'à l'état de nature »^{545 546}.

Il explique par ailleurs que le fait de rechercher ce qu'était l'Homme avant l'existence de la société ne peut se concevoir comme une recherche historique mais seulement comme une hypothèse servant

⁵⁴² Chabal Mireille, Temple Dominique, La réciprocité et la naissance des valeurs humaines, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 7

⁵⁴³ Bourricaud François, « Claude Lévi-Strauss, Les Structures élémentaires de la parenté », Notice bibliographique, Journal de la société des océanistes, 1950, vol. 6, p. 271

⁵⁴⁴ Lamy Alice, Présentation de Lévi-Strauss Claude, Nature, culture et société, Les Structures élémentaires de la parenté, chap. I et II, Flammarion, Paris, 2008, p. 44

⁵⁴⁵ Rousseau Jean-Jacques, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, GF-Flammarion, 2008, p.53

⁵⁴⁶ C'est Thomas Hobbes qui a introduit le concept d'état de nature de l'Homme dans son De Cive. Cet état de nature désigne « la condition naturelle des hommes par opposition à leur existence sociale ». Elle oppose chez les penseurs politiques l'état de nature à l'état de société. Chez Thomas Hobbes, l'Homme à l'état de nature est en guerre perpétuelle puisque « les esprits des hommes sont de cette nature, que s'ils ne sont retenus par la crainte de quelque commune puissance, ils se craindront les uns les autres, ils vivront entre en continuelle défiance, et comme chacun aura le droit d'employer ses propres forces en la poursuite de ses intérêts, il en aura ainsi nécessairement la volonté. »

John Locke voit dans l'état de nature un état de paix et de liberté dans lequel l'Homme créature divine doté de raison est soumis à la loi de Dieu mais aussi à la loi de la nature. L'état de nature est donc « un état de parfaite liberté [...] C'est aussi un état d'égalité ».

Jean-Jacques Rousseau lui voit dans l'homme à l'état naturel un être bon. « Les hommes sont méchants ; une triste et continuelle expérience dispense de la preuve ; cependant l'homme est naturellement bon, je crois l'avoir démontré (...) », écrit-il dans son Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes. [In (dans l'ordre de citation) : Lamy Alice, Présentation de Lévi-Strauss Claude, Nature, culture et société, Les Structures élémentaires de la parenté, chap. I et II, Flammarion, Paris, 2008, p. 31, Hobbes Thomas, Le citoyen, GF-Flammarion, 1982, p. 72, Locke John, Traité du gouvernement civil, GF-Flammarion, 1992, p.143]

une analyse. « Car ce n'est pas une légère entreprise de démêler ce qu'il y a d'originnaire et d'artificiel dans la nature actuelle de l'homme, et de bien connaître un état qui n'existe plus, qui n'a peut-être point existé, qui probablement n'existera jamais (...) ». ⁵⁴⁷

Lévi-Strauss ne mène évidemment pas une réflexion politique, il ne cherche pas à appréhender la naissance de la société. Il ne se revendique pas plus philosophe. Sa théorie est issue de l'observation et non d'une réflexion abstraite sur la nature de l'homme. Pourtant il commence par s'interroger sur l'Homme à l'état de nature. Il explique tout de suite, qu'il est évident que l'état de nature ne saurait avoir de réalité historique non seulement parce qu'il est impossible d'en trouver des traces mais aussi sans doute parce que l'être humain à l'état de nature n'a jamais existé en tant que tel. L'étude de la préhistoire humaine ne permet pas de remonter à un état de nature car les plus anciens sites ou squelettes d'Homo sapiens sapiens (au moins ceux découverts complets) retrouvés s'accompagnaient d'éléments culturels évidents.⁵⁴⁸ L'idée est que cette distinction n'est qu'un axiome qui permet de nourrir une réflexion logique. Elle permet de dire que « l'homme est un être biologique en même temps qu'un individu social »⁵⁴⁹.

Lévi-Strauss va alors expliquer que la distinction de principe entre nature et culture est aisée en théorie mais que dans la pratique il est presque impossible de faire la part des choses tant les deux s'entremêlent. Il affirme aussi que « partout où la règle se manifeste, nous savons avec certitude être à l'étage de la culture »⁵⁵⁰. C'est là qu'il posera ce qu'il appelle le « principe d'une analyse idéale »⁵⁵¹ en affirmant que tout ce qui est universel relève de la nature et que ce qui relève de la culture est relatif. Cela signifie en réalité qu'un trait universellement observé devrait être rattaché à la nature de l'homme et un trait marqué par sa relativité à la culture.

Il met alors en lumière le fait que la prohibition de l'inceste apparaît comme une règle, puisqu'il s'agit d'un interdit, mais que cette règle semble être universellement partagée. La « prohibition de l'inceste présente, sans la moindre équivoque, et indissolublement réunis, les deux caractères où nous avons reconnu les attributs contradictoires de deux ordres exclusifs : elle constitue

⁵⁴⁷ ROUSSEAU Jean-Jacques, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, GF-Flammarion, 2008, p.53

⁵⁴⁸ On notera que pour Aristote, l'Homme à l'état de nature n'existe pas, la vie en société étant une des caractéristiques permettant de faire de l'être humain biologique un Homme, et non un animal ou un dieu. « (...) la cité est au nombre des réalités qui existent naturellement, et que l'homme est par nature un animal politique. Et celui qui est sans cité, naturellement et non par suite des circonstances, est ou un être dégradé ou au-dessus de l'humanité ». Aristote, La Politique, I, 1, 1, Vrin, Librairie Philosophique, 1995

⁵⁴⁹ LEVI-STRAUSS Claude, Nature, culture et société, Les Structures élémentaires de la parenté, chapitre I et II, GF-Flammarion, Paris, 2008, p. 50

⁵⁵⁰ Ibidem, p. 63

⁵⁵¹ Ibidem, p.63

une règle, mais une règle qui, seule entre toutes les règles sociales, possède en même temps un caractère d'universalité »⁵⁵². Il précise qu'on peut trouver dans différentes sociétés des alliances qui seraient considérés ici comme incestueuses et ailleurs comme ne l'étant pas, la forme et l'étendue de la prohibition ne compte pas, seul le fait qu'une prohibition d'une certaine forme d'inceste existe est important.

Un peu plus loin, il indique que « *la prohibition de l'inceste est à la fois, au seuil de la culture, dans la culture, et, en un sens (...) la culture elle-même* »⁵⁵³. Comme l'indique Alice Lamy, « *si la prohibition de l'inceste est en un sens la culture elle-même, c'est parce que la société ne pourrait pas exister sans elle* »⁵⁵⁴.

Or, Claude Lévi-Strauss va voir dans l'inceste une règle de réciprocité. Il est « *Comme l'exogamie, la prohibition de l'inceste est une règle de réciprocité car je ne renonce à ma fille ou à ma sœur qu'à la condition que mon voisin y renonce aussi* ». *Ainsi la réciprocité constitue une des fondations du « complexe fondamental de culture »*.⁵⁵⁵

La réciprocité est donc une des premières institutions qui présidera à la mise en œuvre de la relation sociale, à la création du lien social. Elle est à l'origine de la société elle-même et apparaît comme une des règles de conduite fondamentale de l'homme.

Cette logique de réciprocité semble également applicable à la société internationale. D'abord et avant tout parce que bien sûr elle est presque indiscutable mais également parce qu'elle paraît permettre de comprendre un peu mieux les ressorts de cette société et son évolution.

⁵⁵² Ibidem, p.64

⁵⁵³ Ibidem, p. 72

⁵⁵⁴ Lamy Alice, Notes et commentaires de Lévi-Strauss Claude, Nature, culture et société, Les Structures élémentaires de la parenté, chap. I et II, Flammarion, Paris, 2008, p. 73

⁵⁵⁵ LEVI-STRAUSS Claude, Nature, culture et société, Les Structures élémentaires de la parenté, chapitre I et II, GF-Flammarion, Paris, 2008, p. 44.

II. La réciprocité, donnée essentielle de la création de la société internationale.

La communauté internationale est un exemple de société traditionnelle acéphale, elle fonctionne donc sur le modèle relationnel des sociétés traditionnelles.

« *The concept of reciprocity assumes peculiar importance in a world where there is no external authority to enforce agreements.* »⁵⁵⁶ Il est donc naturel que la réciprocité soit nécessaire à son bon fonctionnement.

C'est aussi ainsi que Francesco Parisi et Nita Ghei analysent la société internationale et son droit. « *International law, in this sense, exists in a state of nature, because there is no overarching legal authority with compulsory jurisdiction to enforce agreements. Inevitably, reciprocity has become an important element in relations between sovereign nations and in the body of existing international law.* »⁵⁵⁷

Le principe de réciprocité est donc tout à la fois essentiel à l'existence même de la communauté internationale mais est aussi à l'origine de son droit. Michel Virally indique que « *la réciprocité occupe une place centrale dans les mécanismes fondamentaux du droit international, dont elle contribue puissamment à expliquer le fonctionnement* »⁵⁵⁸⁵⁵⁹. Cet aspect originel ne doit toutefois pas masquer la tendance actuelle au dépassement de la réciprocité.

⁵⁵⁶ (→ Traduction personnelle : « Le concept de réciprocité détient une importance particulière dans un monde où il n'existe pas d'autorité extérieure qui assure le respect des accords.) PARISI Francesco, GHEI Nita , « The role of reciprocity in international law », Cornell International Law Journal, Spring 2003, p.93. ;

Voir dans le même sens :

Keohane Robert O., « Reciprocity in international relations », International organization, Volume 40, Issue 1, p. 1 :

«The anarchic structure of world politics does mean, however, that the achievement of cooperation can depend neither on deference to hierarchical authority nor on centralized enforcement. On the contrary, if cooperation is to emerge, whatever produces it must be consistent with the principles of sovereignty and self-help. Reciprocity is consistent with these principles (...). »

SACCO Rodolfo, Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris,2008, p.83 :

« Les Etats comptent, pour leur sécurité et intégrité, sur ces mêmes ressources qui assurent la sécurité et l'intégrité du groupe à l'intérieur d'une société acéphalique : l'auto-protection, les alliances militaires. Bien sûr, la crainte du conflit rend chaque Etat moins imprudent ; l'appréhension multiplie le respect, et par là l'autorité et l'efficacité, de la règle de droit international. »

⁵⁵⁷ PARISI Francesco, GHEI Nita, « The role of reciprocity in international law », Cornell International Law Journal, Spring 2003, p.93.(→ Traduction personnelle : « Le droit international, en ce sens, existe à l'état de nature, car il n'y a aucune autorité juridique globale dotée d'une juridiction obligatoire permettant de faire appliquer les accords. Inévitablement, la réciprocité est devenue un élément important des relations entre les nations souveraines et du droit international positif ».)

⁵⁵⁸ Virally Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », RCADI, vol. 122, 1967, p. 100.

⁵⁵⁹ Dans le même sens :

Zoller Elizabeth, Peacetime unilateral remedies, Dobbs Ferry, NY, Transnational 1984, p. 15 : Reciprocity « is a condition theoretically attached to every legal norm of international law ».

Le principe de réciprocité a participé à la naissance de la société internationale dans sa forme positive de reconnaissance mutuelle (A) et dans sa forme négative (B) sur le même modèle que pour toutes les sociétés humaines. Elle est au fondement de son droit puisqu'il est avant tout un droit relationnel (C).

A. Reconnaissance réciproque et naissance de la société internationale.

La communauté internationale naît de la réciprocité puisqu'elle n'existe que par ce phénomène de reconnaissance mutuelle. Hypothétiquement si les Etats existaient les uns à côté des autres sans se reconnaître pour autant, « *vivant* » comme s'ils étaient les seuls sur terre et que leur territoire soit cette même terre. Il s'ensuivrait sans doute une absence de relation et plus certainement encore un état de chaos. L'hypothèse n'est pas si théorique si l'on pense à la colonisation que l'on peut analyser sur le fait que les nations européennes ne reconnaissaient pas les sociétés organisées selon un modèle politique différent comme des entités dignes d'être considérées comme équivalentes.

Tout étudiant juriste apprend que pour être considérée comme un Etat, une entité doit non seulement être dotée d'un territoire, d'une population, d'un gouvernement mais encore être souveraine. Survient alors la question de la reconnaissance. Bien sûr, il apprend que deux courants doctrinaux s'opposent en cette matière celui pour lequel la reconnaissance d'Etat n'est que déclarative et celui pour lequel elle est constitutive. Aujourd'hui comme l'atteste le manuel de droit international public de Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, la théorie constitutive ou attributive a perdu beaucoup de terrain en ce qu'elle est profondément contraire au principe d'égalité des Etats puisque les Etats déjà existants auraient pouvoir de « *vie* » et de « *mort* » sur ce nouvel Etat et c'est la conception déclarative qui s'impose.⁵⁶⁰ Cependant l'intérêt de la réciprocité ne se trouve pas dans le constat de l'existence des uns et des autres mais dans la création d'un lien, d'une relation qui porte en elle le germe de la société.

La deuxième possibilité consiste à ce que certains Etats en reconnaissent d'autres et que ceux-ci les ignorent, or les conséquences ne sont pas si différentes, si un Etat ne reconnaît pas l'existence d'un autre Etat, il n'établira pas de relations avec celui-ci. Par ailleurs que l'on veuille ou non adhérer à une théorie ou à une autre, objectivement un Etat qui n'est pas ou peu reconnu par les autres Etats verra l'effet de ses actes très restreint. Dans une telle situation, l'existence de l'Etat n'est pas liée en soi à sa reconnaissance par les autres Etats, de même que l'existence d'un homme

⁵⁶⁰ DAILLIER Patrick et al. , Droit international public, L.G.D.J, Paris, 8^{ème} édition, 2009, pp. 620-622

n'est pas liée à sa reconnaissance par les autres hommes, en revanche, l'existence des relations et de la communauté, elle, est liée à cette reconnaissance mutuelle.

La récente admission de la Palestine comme Etat observateur non-membre au sein de l'Organisation des Nations Unies montre à quel point la reconnaissance officielle et réciproque de l'autre est indispensable pour créer un lien et par suite créer du droit. Cette reconnaissance va en effet permettre à la Palestine de participer au moins pour partie à cette société qu'est l'organisation des Nations Unies, notamment au sein de ses agences.⁵⁶¹ Il est évident que les Nations Unies ne sont pas réellement synonyme de communauté internationale, mais la portée de l'exemple demeure, pour être membre d'une société, il faut établir des relations réciproques, qui commencent par cette reconnaissance.

B. Vengeance et communauté internationale.

Jacques Lambert démontre en 1936 qu'il est possible de faire un parallèle entre la construction de l'Etat en interne, qui est passée par l'abolition de la vengeance privée au profit de la justice étatique qui vise à protéger l'intérêt général et la construction de la société internationale.

La vengeance fait partie des mécanismes reposant sur la réciprocité. Elle est une réciprocité négative comme nous le verrons par la suite. Le fait de dépasser le stade du système vindicatoire pour instaurer une véritable justice qui fait intervenir un tiers dans une dispute est donc déjà un dépassement de la réciprocité. Même si cela peut toujours se discuter si on analyse la justice comme une forme de réciprocité différée. Cependant, l'intérêt dans cette argumentation des idées développées par Jacques Lambert est de deux ordres. D'abord, il conforte le fait que l'on puisse, au moins dans une certaine mesure, analyser les mécanismes et les évolutions de la société internationale et de son droit en utilisant les données réunies pour analyser les sociétés humaines en général. Ensuite, les idées qu'il présente et développe tout en se fondant sur des institutions déjà existantes n'en préfigurent pas moins les avancées du droit international aujourd'hui.

Il explique ainsi que la communauté internationale pour parvenir à pleinement se développer doit suivre la logique qui a permis à l'Etat d'apparaître.

⁵⁶¹ Devant l'impossibilité d'obtenir une admission au sein de l'ONU en tant qu'Etat membre du fait de l'opposition américaine au Conseil de sécurité, Mahmoud Abbas, le président palestinien, a présenté une demande d'admission en tant qu'Etat observateur non-membre à l'Assemblée Générale des Nations-Unies. Cette admission a été votée le 29 novembre 2012 par une large majorité d'Etats. Pour la plupart des commentateurs cela signifie, au moins pour tous les Etats ayant voté en faveur de ce nouveau statut, que la Palestine est aujourd'hui reconnue comme un Etat indépendant et souverain.

« L'écrasement du clan, entre la cité d'une part, et d'autre part un grand nombre de petits foyers, s'accompagne d'une division du travail qui impose aux citoyens des contacts et bien souvent des heurts. La cité n'a pu vivre et grandir que dans la mesure où elle a su créer des procédures pacifiques et éliminer la vengeance privée qui, satisfaisante entre des clans isolés, devenait absurde entre des concitoyens.

C'est la même tâche qui s'impose à une communauté internationale encore mal assurée qui ne vivra et ne grandira que si elle peut s'en acquitter. Il lui faut trouver des procédures pacifiques pour écarter les guerres internationales et résoudre des conflits qui sont plus nombreux depuis que les contacts entre les nations sont plus fréquents et nécessaires. »⁵⁶²

Non seulement a-t-on développé des procédures pacifiques de règlement des différends mais ces dernières années ont également vu le développement de la justice pénale internationale qui prend une place particulière sur cette question de la vengeance privée et de l'intérêt supérieur de la communauté. Si les procédures de règlement pacifique des différends sont en effet une réponse au problème des conflits armés au niveau international, le droit international avait trop longtemps ignoré les conséquences de l'impunité réelle des individus.

Et en cela, au besoin de réciprocité ne répondait rien. Si la vengeance était déjà disqualifiée, rien ne venait compenser cette perte. Le développement de la justice pénale internationale est donc à ce titre indispensable, non seulement pour répondre à ce problème spécifique, mais aussi pour le développement de la communauté internationale elle-même.

Dans ses constats, Jacques Lambert a fait preuve avec le recul d'une certaine clairvoyance car c'est bien le chemin difficile qu'ont tenté de suivre les Etats. Naturellement son but était de démontrer qu'il faut dépasser la vengeance pour créer une société unifiée, ce faisant il élabore aussi l'idée que si c'est par la transformation de la relation vindicatoire que se construit la société, ladite relation en est un des fondements. En ce sens, il démontre l'importance de la vengeance dans les relations interétatiques.

Ce texte paru avant la seconde Guerre mondiale l'éclaire également puisqu'elle est souvent expliquée en partie par la volonté du peuple allemand sinon de se venger au moins d'avoir sa revanche après l'humiliation du traité de Versailles. On retrouve malheureusement et tristement une dimension identitaire très forte dans le second conflit mondial.

Les relations franco-allemande illustrent assez typiquement ce phénomène de vengeance et l'histoire de l'Union européenne cette volonté de la dépasser, de sortir de ce mécanisme destructeur.

⁵⁶² LAMBERT Jacques, La vengeance privée et les fondements du droit international public, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936, p.7

Toujours aussi pertinent, Jacques Lambert explique que « *le meilleur moyen d'éviter le renouvellement d'une guerre dont on est las, c'est d'établir un véritable lien de parenté entre les belligérants.* »⁵⁶³ N'y-a-t-il pas là un éclairage sur l'expression si communément employée de « couple franco-allemand ». Le but étant naturellement de s'ancrer d'une part dans la réciprocité positive mais également de dépasser cette réciprocité par d'autres principes, comme la bienveillance.

Si la réciprocité a eu et a un rôle indéniable dans la création et le maintien de la communauté internationale, elle tient aussi une place essentielle dans le droit international lui-même.

C. Construction de la société internationale et droit.

Faute pour la coutume d'être clairement irriguée par le principe de réciprocité, de nombreux auteurs s'accordent sur le fait qu'elle a émergé parce que les Etats avaient besoin de former une société.⁵⁶⁴ Pour former cette société, une forme de régulation de leurs échanges était indispensable afin d'éviter les conflits permanents. On en revient toujours ici au primat hobbesien d'un état de nature chaotique et conflictuel.

A défaut de pouvoir parler de contrat social dans le cadre du droit international, il y a une forme de volonté réciproque de se soumettre au droit. Toute disparition de cette volonté conduirait à un brutal retour en arrière dans lequel il n'y aurait plus de société internationale mais simplement l'addition d'une multitude d'Etats gouvernés par la loi du plus fort.

⁵⁶³ Ibidem, p. 58.

⁵⁶⁴ Voir en ce sens:

Sellers Mortimer, « Why States are bound by customary international law », International Legal theory, 1998, Volume 4, numéro 17, p. 22-23 :

« Hugo Grotius discovered the law of nations in custom, the views of the learned, and the will of states, but explained that the underlying source of the law is the human need for society, as explained by right reason. »

Hogroian Ferdinand, « Comments on Customary International Law », International Legal theory, 1998, Volume 4, numéro 17, p. 17 :

« D'Amato states that his reformulation is consistent with the primary goal of international law: to avoid conflict. »

Sur Serge, « Sources du droit international – La coutume », JCP Droit international, Fasc. 13, avril 1989 :

« La coutume doit en quelque sorte servir de tissu conjonctif entre des systèmes nationaux profondément différents, voire contradictoires (...) »

« Seule la coutume permet d'envisager le droit international comme un ensemble unique et articulé de normes, ou plus exactement d'actes. Si en effet on se bornait à considérer l'ensemble des traités en vigueur, en y ajoutant les actes unilatéraux étatiques et certains actes d'organisations internationales, on n'aurait qu'une vision partielle et déformée. Il n'existerait pas, à dire vrai, un droit international, mais une série d'engagements internationaux propres à chaque Etat, qui ne constitueraient qu'une projection extérieure de son droit interne. »

Robert O. Keohane distingue deux formes de réciprocité dans le cadre de la coopération en droit international.⁵⁶⁵ La première, la plus évidente est celle qu'il appelle, réciprocité spécifique. Elle repose sur un échange équivalent relativement strict. Celui qui donne est celui qui recevra et celui qui reçoit est celui qui donnera. Quant à l'objet de l'échange, il est soumis à une règle de stricte équivalence.

La seconde, qu'il nomme réciprocité diffuse bouleverse ce schéma initial pour élargir le champ du principe de réciprocité. Celui qui reçoit rendra mais pas nécessairement à celui qui lui avait donné et celui qui a donné recevra mais de la part d'un autre. Ces distinctions nous les avons largement étudiées dans le cadre de l'anthropologie et de la sociologie en évoquant la question de la réciprocité différée et le lien de confiance qu'elle supposait.

Cette distinction est à rapprocher de celle opérée par Michel Virally entre réciprocité réelle et réciprocité formelle. La première, proche de la réciprocité spécifique, suppose l'échange de biens ou services parfaitement équivalents et sans inégalité flagrante entre les parties. Alors que la seconde, repose bien sur une réciprocité des obligations mais qui dans la réalité n'apparaissent en rien équivalentes.

Ainsi explique Virally, « *même si on n'utilise pas, dans un traité portant sur des traitements juridiques, des notions d'un contenu aussi incertain, le caractère abstrait des engagements pris fait que la réciprocité formellement établie peut dissimuler une dissymétrie profonde des prestations effectivement fournies. Même assurée en fait au départ, la symétrie reste précaire, puisqu'elle peut être bouleversée par l'action unilatérale des parties.* »⁵⁶⁶

Par ces deux approches on comprend que bien qu'importante c'est dans sa forme la plus souple que la réciprocité participe le plus à la création de la société parce qu'elle suppose alors un lien de confiance⁵⁶⁷ et même parfois une certaine forme de désintéressement que ne permet pas la réciprocité entendue dans un sens rigide.

⁵⁶⁵ Keohane Robert O., « Reciprocity in international relations », International organization, Volume 40, Issue 1,, p 4 et 5 :

« In debates on foreign trade, as well as in the academic literature reciprocity has two quite distinct meanings. I will use specific reciprocity here to refer to situations in which specified partners exchange items of equivalent value in a strictly delimited sequence. [...] This is the typical meaning of reciprocity in economics and game theory. »

« In situation characterized by diffuse reciprocity, by contrast, the definition of equivalence is less precise, one's partners may be viewed as a group rather than as particular actors, and the sequence of events is less narrowly bounded. Obligations are important. Diffuse reciprocity involves conforming generally accepted standards of behaviors. »

⁵⁶⁶ Virally Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », RCADI, 1967, t. 222, p. 32

⁵⁶⁷ Keohane Robert O., « Reciprocity in international relations », International organization, Volume 40, Issue 1, p. 22 :

Keohane et Virally partagent la même analyse de la réciprocité dans le développement de la coopération entre Etats. Comme dans les sociétés traditionnelles des concessions qui peuvent sembler unilatérales à un certain moment ne le resteront pas, ou du moins c'est ce qui est anticipé par les parties à l'échange. Parce qu'y compris dans les relations internationales la réciprocité s'inscrit dans le temps, de même qu'elle admet un échange dont les tenants ne seront pas forcément les mêmes.⁵⁶⁸

Ils mettent également tous deux l'accent sur l'importance de la réciprocité dans les négociations. Par définition les négociations reposent sur un échange de vue et la discussion autour de concessions réciproques. Si une des deux parties à une négociation avait l'impression que l'autre cherchait simplement à lui imposer ses vues, on sortirait du champ de l'échange pour entrer dans celui de la domination et le plus souvent à l'échec immédiats desdites négociations.

Toutefois parce que la réciprocité diffuse ou formelle comporte plus de risque que la réciprocité spécifique ou réelle, cette dernière ne peut totalement être négligée.⁵⁶⁹

L'ensemble de ces considérations démontre bien l'importance de la réciprocité dans la création et l'organisation d'une société, en particulier une société acéphale.

Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat font du principe de réciprocité un des éléments fondamentaux garantissant l'application et le respect du droit international. Ils évoquent une « *réciprocité d'intérêt* » pour les Etats. Le respect du droit international bénéficiant à chacun.⁵⁷⁰

Ce rôle particulier de la réciprocité explique parfaitement qu'on ne puisse jamais en faire complète abstraction.

Ils notent toutefois, comme Emmanuel Decaux⁵⁷¹, que ce principe est aujourd'hui de plus en plus limité. En effet, dans le cadre des traités imposant des obligations objectives aux Etats, le non-

« Sequential reciprocity promotes long-term cooperation much more effectively than does simultaneous exchange. Controversy, when simultaneous exchange takes place, it often reflects a breakdown confidence. Extreme examples of purely simultaneous exchange indicate hostility and distrust. »

⁵⁶⁸ Virally Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », RCADI, 1967, t. 222, p. 46 :

« La réciprocité n'est pas alors seulement découpée entre plusieurs instruments, elle est aussi étalée dans le temps et doit être pensée dans la durée, pour rendre justice à certaines formes d'association ou de coopération permanente entre Etats. »

⁵⁶⁹ Keohane Robert O., « Reciprocity in international relations », International organization, Volume 40, Issue 1, p. 27 :

« Yet specific reciprocity is not a sure-fire recipe for promoting cooperation. It protects its users against exploitation by focusing responses on identifiable actors but thereby restricts the possible bargains that can be reached, makes multilateral negotiations extremely complex, and may provoke feuds even in bilateral relationships. Diffuse reciprocity, on the other hand, may reduce the chances of unnecessary conflict where interests are compatible but exposes its practitioners to the danger of exploitation. »

⁵⁷⁰ DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, Droit International Public, Dalloz, coll. Précis, Paris, 2012, p. 446

respect de ces obligations n'emporte aucune conséquence quant à l'exécution du traité par les autres Etats. Il s'agit des traités non-réciproques que l'on trouve par exemple dans le cadre de la protection des droits de l'homme, du droit de l'environnement ou encore bien sûr du droit humanitaire.

Cette absence de réciprocité tient essentiellement au fait que par les obligations en question les Etats ne s'engagent pas tant auprès des autres Etats signataires qu'auprès d'autres entités, les individus ou l'humanité. Pour autant la réciprocité ne disparaît pas totalement non plus dans la mesure où les Etats ne s'engagent que parce que d'autres Etats s'engagent. Dans la logique propre au contrat social ou à l'interdiction de l'inceste chez Lévi-Strauss, l'Etat n'accepte de limiter sa souveraineté que dans la mesure où les autres le font aussi. Il y a une réciprocité de l'obligation initiale.

Cependant, il faut encore préciser que le dépassement du principe de réciprocité suppose que l'on organise une autre forme de sanction des violations du droit international. C'est là un effort continu mené par la communauté internationale qui s'est accentué après la deuxième guerre mondiale mais qui reste encore limité.

Section 2. Le rôle de la réciprocité négative dans les conflits : la vengeance comme facteur de non-respect du droit international humanitaire.

Eric David constate que « la vengeance constitue un ressort classique et puissant des violations du droit des conflits armés »⁵⁷². Elle joue un rôle tant au niveau individuel qu'au niveau collectif encourageant et justifiant des violations commises en retour d'une offense initiale. Mais si ce rôle est toujours aussi puissant c'est parce qu'il repose justement sur les éléments que nous avons examiné dans la première section.

L'absence de réciprocité peut conduire à des conflits et facilite la commission d'atrocités en raison de l'objectification de l'ennemi à laquelle elle conduit. Mais l'absence de réciprocité ne peut se maintenir et la personne ou le groupe victime se doit de rétablir justement une relation réciproque. Ainsi certains actes, parce qu'ils entraînent des conséquences particulièrement néfastes pour l'individu ou le groupe visé exigent la mise en œuvre

⁵⁷¹ DECAUX Emmanuel, La réciprocité en droit international, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit international, Paris, 1980.

⁵⁷² DAVID Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 997.

d'une forme de réciprocité dite négative afin de restaurer par exemple leur honneur, leur dignité ou plus directement leur humanité.

René Girard affirme même que la bonne réciprocité (celle des échanges profitables à tous et constructifs) « est toujours susceptible de glisser dans la mauvaise et rien n'est plus difficile que d'empêcher ce glissement ».⁵⁷³ Selon lui, la réciprocité présente donc toujours ou presque cette double facette et elle est inévitable.

La réciprocité négative peut être entendue de différente manière. Une première définition la présente comme une forme de réciprocité qui serait coûteuse pour les deux parties à l'échange. Le coût serait volontairement supporté dans le but justement de maintenir le lien de réciprocité.⁵⁷⁴

On peut également l'entendre plus largement comme une forme de réciprocité, qui à l'inverse du cycle de dons et contre-dons, se traduirait par un échange destructeur. La guerre est alors souvent citée comme une série d'échanges dont l'issue aurait été malheureuse.⁵⁷⁵

La réciprocité négative s'exprime particulièrement bien dans le cadre de la vengeance. La loi du Talion pose le principe de l'échange équivalent.⁵⁷⁶

Etudier la vengeance est alors pertinent pour notre étude afin d'éclairer la question notamment de son rôle dans le déclenchement ou la justification des hostilités et des pratiques contraires au droit humanitaire, des représailles⁵⁷⁷ mais aussi des actes de vengeance individuels commis dans le cadre des conflits armés. La vengeance apparaît ainsi comme une forme de réciprocité indépassable (§1) que l'on retrouve dans de nombreux conflits (§2).

⁵⁷³ Girard René, « Pourquoi la violence ? », in Dumouchel Paul (dir.), *Comprendre pour agir : Violence, victimes et vengeances*, Actes du colloque du 6 décembre, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 19.

⁵⁷⁴ C'est une définition que l'on retrouve plutôt dans le domaine économique et dans les théories des jeux, notamment celle de l'ultimatum game et le dilemme du prisonnier.

⁵⁷⁵ Voir par exemple : Sacco Rodolfo, *Anthropologie Juridique*, apport à une macro-histoire du droit, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2008, pp. 245-251, Lévi-Strauss Claude, *Nature, culture et société*, Les Structures élémentaires de la parenté, chapitre I et II, Flammarion, Paris, 2008, p. 78.

⁵⁷⁶ Le Talion dont on situe les origines dans le code d'Hammourabi, va déjà au-delà de la pulsion de vengeance individuelle. Il s'agit, selon les termes de Jean Gaudemet, « d'un système répressif qui consiste à punir l'offense d'une peine identique à cette offense ». Il s'agit donc d'un système vindicatoire basé sur une réciprocité parfaite. Il fut toutefois dépassé et délaissé au profit de système de compensation. D'ailleurs, la formule la plus courante empruntée au Livre de l'Exode (Exode 21, 22-30) s'insère dans un paragraphe où il est plus question d'établir des équivalences que d'infliger réellement un dommage identique. (Voir en ce sens : Gaudemet Jean, « Talion », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 juillet 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/talion/>; Hanin Bertrand, « Glossaire de la vengeance et du pardon », *Penser/Rêver* n°13, Printemps 2008, p. 175.) On constatera toutefois que dans un sens commun, la formule désigne exactement l'idée de vengeance.

⁵⁷⁷ Nous sommes conscients que les représailles ne sont pas juridiquement considérées comme une forme de vengeance. Mais il n'en demeure pas moins que dans le vocabulaire commun les deux ne sont pas si éloignées.

§1. La vengeance comme réciprocité négative indépassable.

La vengeance est une notion que l'on retrouve tant dans l'anthropologie que dans les études juridiques dans la mesure où elle est souvent étudiée dans sa relation avec la justice qui mérite qu'on s'attarde sur ce qu'elle recouvre exactement (I). Malgré le fait que nos sociétés modernes aient eu pour objectif de faire disparaître les mécanismes vindicatoires, le sentiment de vengeance persiste (II).

I. La notion de vengeance.

La notion de vengeance fait référence de manière générale à l'action de faire payer une offense perpétrée par une ou plusieurs personnes à ces mêmes personnes, action entreprise soit directement par la victime, soit par ses proches ou son groupe. Il arrive également que la vengeance ne s'exerce pas directement contre les auteurs de l'offense, notamment lorsque cela n'est pas possible, mais contre ses représentants ou ceux que l'on croit tels.

Elle recouvre différentes dimensions. Selon Alain Rey, « elle désigne à la fois un sentiment (le désir de vengeance), une action engageant deux individus particuliers ou bien un individu et un groupe, ou encore deux groupes (l'acte de vengeance), et un mode de régulation des rapports sociaux (la vengeance comme coutume). »⁵⁷⁸

Raymond Verdier estime qu'au « plan de la communication sociale, la vengeance est un rapport d'échange bilatéral résultant de la réversion de l'offense et de la permutation des rôles de l'offenseur et de l'offensé. L'offense suscitant une contre-offense, la relation initiale s'inverse, l'offensé devient offenseur et vice versa. »⁵⁷⁹

La définition de la vengeance, bien que présentant une certaine complexité parce que le terme désigne plusieurs réalités, ne pose pas tellement de difficulté. Tout le monde se fait une idée assez précise de ce qu'est la vengeance et de ce qu'elle recouvre, surtout en ce qui concerne le désir et l'acte de vengeance. Il est vrai qu'en tant que mode de régulation des rapports sociaux, elle peut apparaître plus éloignée aux membres d'une société qui l'a complètement mise de côté.

Toutefois ce sont les désir et acte de vengeance qui nous intéressent plus spécifiquement. En effet, ce sont eux qui peuvent conduire à la commission de violations du droit.

⁵⁷⁸ REY Alain (dir.), entrée « Vengeance », in Dictionnaire culturel en langue française, Le Robert, Paris, 2005, p. 1786

⁵⁷⁹ Verdier Raymond, « Introduction : Le système vindicatoire », in Verdier Raymond (Dir.), La vengeance, T1, La vengeance dans les sociétés extra occidentales, Cujas, Paris, p.14

Définir ce qu'est la vengeance ne suffit pas. Il faut compléter cette introduction au phénomène par des observations sur la nature des actes qui exigent une vengeance.

Les actes qui sont susceptibles de donner lieu à une vengeance qu'elle soit individuelle ou qu'elle prenne place dans un système vindicatoire, sont des actes qui remettent en cause l'existence même de la victime, qu'il s'agisse de son existence physique ou de son existence psychique ou spirituelle. C'est là un point essentiel dans notre raisonnement sur la place fondamentale de la réciprocité qu'elle soit positive ou négative dans la construction individuelle et notre démonstration que toute rupture du lien de réciprocité conduit à une forme de destruction.

On retrouve ici la théorie développée plus haut, la réciprocité est source d'existence. En l'espèce, ne pas se venger revient à mourir ou disparaître, en tout cas perdre une partie de son identité, de son humanité. Cette perte d'humanité doit être réparée. Selon Sonia Kruks, la vengeance est une façon de se ré-humaniser.⁵⁸⁰ Parce qu'elle répond en général à un acte dont une des caractéristiques est l'objectification de la victime.⁵⁸¹

Simone de Beauvoir aborde ce thème en 1946 dans son article « Œil pour œil ». Le crime qui suscite chez elle des pulsions de vengeance est évidemment un des pires crimes de l'histoire de l'humanité. Et ce sur quoi elle met l'accent, en l'occurrence, c'est le fait de traiter « ses semblables comme des objets » et de leur dénier « leur existence d'hommes ». Elle n'approuve ni n'encourage la vengeance, elle mène simplement une réflexion sur la nature de sa pulsion et sur la réponse que la société peut et doit apporter à ce désir de vengeance, parce qu'il ne peut être ignoré. Elle affirme d'ailleurs que ce que tente de rétablir la vengeance c'est la réciprocité des rapports interhumains.⁵⁸²

Michel Erman dans son Eloge de la vengeance observe de son côté que « la vengeance répond à une défaite ontologique. En se vengeant, les hommes ne cherchent pas à entrer en possession de quelque chose, non plus qu'à satisfaire des intérêts, mais à être reconnus dans leur être, car l'outrage subi les a remis en cause en tant que sujets singuliers : la vengeance s'inscrit donc dans le processus infini de la reconnaissance hégélienne, et, en faisant fi de tout sentiment de culpabilité, dans celui de restauration du moi ». ⁵⁸³

⁵⁸⁰ Kruks Sonia, « Why do we Humans seek revenge, and should we? », Institute of advanced Study, Durham University, Volume 2, n°9, 2009.

⁵⁸¹ Voir en ce sens : Flahaut François, « J'anéantis ceux qui me haïssent » et Dray Dominique, « « On ne peut pas se laisser faire ! », les victimes des agressions ordinaires », in Verdier Raymond (dir.), Vengeance, le face-à-face victime/agresseur, Autrement, Coll. Mutations n°228, 2004, pp. 43-55

⁵⁸² Beauvoir Simone, « Œil pour œil », Les Temps modernes, n°5, 1^{er} février 1946, pp. 815-818. Sur la restauration de la réciprocité voir également : Verdier Raymond, « Introduction : Le système vindicatoire », in Verdier Raymond (Dir.), La vengeance, T1, La vengeance dans les sociétés extra occidentales, Cujas, Paris, p. 30 et s.

⁵⁸³ Erman Michel, Eloge de la Vengeance, PUF, coll. La nature humaine, Paris, 2012, p. 27

La vengeance apparaît donc nécessaire à la survie de la victime ou de sa famille ou de son groupe d'appartenance. Considérée sous cet angle, il paraît bien difficile de croire qu'on puisse la bannir totalement de nos existences.

Naturellement cette question ne se pose pas dans les sociétés régulées par un système vindicatoire. Dans ces sociétés la vengeance est une norme sociale, acceptée mais encadrée pour éviter l'escalade. Dans ce type de société la vengeance est à la fois un droit mais également un devoir parce qu'elle ne repose pas seulement sur une relation interindividuelle entre la victime et son agresseur mais prend un sens social impliquant l'ensemble du groupe.

L'honneur et la dignité deviennent des éléments clefs permettant de comprendre le choix de la vengeance qui intervient alors pour retrouver l'honneur perdu ou restaurer la dignité de l'ensemble du groupe. L'offense originelle ne pouvait viser qu'un individu, elle n'en a pas moins éclaboussé tout le groupe.

Les sociétés étatiques et certaines religions ont en revanche tendu à marginaliser la vengeance, l'interdire pour confier à la puissance publique le soin de réguler la société au travers notamment de la justice pénale. Ce modèle occidental tend aujourd'hui à se généraliser et c'est sur celui-ci que se construit péniblement la justice pénale internationale.

La régulation par la vengeance est caractéristique d'un système acéphale. Or nous l'avons déjà observé la communauté internationale a pu être considérée comme une société primitive dépourvue très justement d'une autorité supérieure permettant la mise en place d'une justice extérieure et suprême. Monique Chemillier-Gendreau écrit d'ailleurs que dans les relations internationales, « la vengeance [est] une cause de guerre comme une autre. »⁵⁸⁴

Toutefois, ce raisonnement s'applique aux Etats et non aux individus qui sont normalement soumis au système judiciaire des pays concernés, les crimes de guerre devant être poursuivis devant les tribunaux internes. Malgré tout, on notera également que le contexte du conflit armé est criminogène dans la mesure où il bouleverse les schémas moraux des individus. Ce qui peut, d'une certaine manière, rétablir la vengeance comme méthode légitime pour se faire justice.

Dans un sens proche : « Réaction vitale de défense et de lutte contre les frustrations, humiliations et meurtrissures de l'existence, la vengeance lie fondamentalement le monde des vivants à celui des morts et des puissances naturelles, au point que, pour certaines « victimes », l'ultime moyen de se venger de la vie est de se donner violemment la mort ou menacer de se la donner, ou encore de se laisser mourir d'inanition. » Verdier Raymond, *La vengeance : le face à face victime agresseur*, Autrement, coll. Mutations, Paris, 2004, p.8

⁵⁸⁴ Chemillier-Gendreau Camille, « Retour de la vengeance et du pardon », *Penser/Rêver* n°13, Printemps 2008, p. 16.

II. Persistance du sentiment de vengeance.

Une observation des faits, qu'ils soient historiques ou dans l'actualité récente, fait très vite émerger le sentiment qu'en dehors de tout contexte spécifique, le désir de vengeance n'a pas totalement disparu. Au contraire, on le trouve même persistant dans les réactions à certains faits divers, dans ce que les gens attendent réellement de la justice ou même dans le renouvellement des questions quant à la place de la victime dans le procès pénal.

Plusieurs exemples anecdotiques illustrent parfaitement ce phénomène.

Ainsi, l'agression d'un bijoutier à Nice, le mercredi 13 septembre 2013 a-t-elle fait l'objet d'une attention médiatique importante notamment en raison du débat qui s'est ouvert dans la société civile française.

Dans cette affaire, un bijoutier a été la victime d'un vol à main armée. Alors que ses agresseurs prenaient la fuite, celui-ci s'est précipité à leur suite, armé d'un pistolet automatique et a fait feu à plusieurs reprises tuant un des deux agresseurs.

L'affaire a fait grand bruit en ce qu'elle a divisé la société et surtout semble-t-il en ce que la société ne comprend pas le droit. Suite à l'arrestation et à la mise en examen du bijoutier, plus d'un million de personnes ont décidé de le soutenir au travers de l'inscription à une page Facebook. Parmi ces soutiens nombre d'entre eux ont pris de manière virulente partie pour l'acte du bijoutier faisant valoir son droit à se défendre.

Mais se défendait-il ? Le Procureur de la ville de Nice ne semblait pas le penser et les faits ne semblaient pas pouvoir indiquer qu'il se soit agi de légitime défense.

Une explication possible à cet engouement populaire pour l'acte irréfléchi du bijoutier est l'attachement instinctif à la réciprocité négative. S'agit-il d'une pulsion de vengeance ? Difficile de le dire. Les deux actes sont peut-être trop concomitants. Mais la majeure partie des soutiens au bijoutier estime que le voleur méritait bien ce qui lui est arrivé, que le bijoutier a eu une réaction légitime sinon louable et qu'il était en droit de défendre son bien. Sauf que précisément, il ne le défendait pas.

Ce que l'on perçoit ici assez clairement est cette logique du talion. Ils ont agressé le bijoutier avec une arme, il a le droit d'y répondre de la même façon.

La puissance sociale de la réciprocité négative apparaît en pleine lumière. Naturellement, ce n'est pas la position de tous les individus de la société, mais d'une part suffisante pour que cela puisse être

interprété comme une illustration claire de la vigueur du principe de réciprocité dans sa dynamique négative.⁵⁸⁵

D'une manière un peu différente et reprenant la question de savoir si la sanction pénale ne constitue pas pour une partie de la population une forme de vengeance, la condamnation à mort récente en Inde de quatre violeurs et meurtriers suscite une vague de satisfaction qui ne semble pas exclusivement résulter de la bonne administration de la justice.

Fin décembre 2012, une jeune femme sortie avec son petit-ami a été victime d'un viol collectif qui a entraîné sa mort. A la suite de cet évènement, la population choquée s'est largement mobilisée. Les six agresseurs ont rapidement été enfermés et quatre ont été condamnés à mort.

Lors des manifestations cette sanction était largement exigée par la population révoltée par le nombre d'agressions sexuelles commises en Inde. Certains manifestants évoquaient même la possibilité de la castration. Or ce type de sanctions physiques n'apparaît pas uniquement comme un désir de justice mais également comme une forme de vengeance collective.⁵⁸⁶

D'autres exemples de ce type sont donnés par Terry K. Aladjem dans *The Culture of Vengeance and the Fate of American Justice*.⁵⁸⁷ Il illustre le fait que la vengeance est encore une donnée sociale fondamentale aux Etats-Unis en évoquant la question de la peine capitale. En tant que professeur d'Université il a par exemple été amené à organiser un débat au sein de l'Université du Massachusetts avec les étudiants sur ce thème et a été frappé par l'assimilation que les étudiants faisaient entre justice et vengeance pour les crimes violents les plus graves.

Dans le même sens, on peut noter l'appétit constant des gouvernants américains pour une forme de justice vindicatoire. L'auteur estime que c'est cette assimilation de la justice à la vengeance qui a conduit George W. Bush à la guerre en Afghanistan et en Irak.

Or, bien qu'il soit à l'opposé sur l'échiquier politique, on retrouve cette logique dans les propos du Président Obama se félicitant que justice fut faite après l'élimination d'Oussama Ben Laden⁵⁸⁸. Ce

⁵⁸⁵ Voir parmi d'autres : AFP, « Manifestation à Nice en faveur du bijoutier », Libération, 16 septembre 2013, http://www.liberation.fr/societe/2013/09/16/manifestation-a-nice-en-faveur-du-bijoutier_932299 ; « Braquage à Nice : mis en examen pour homicide volontaire, le bijoutier sous surveillance électronique », Le Huffington Post, 13 septembre 2013, http://www.huffingtonpost.fr/2013/09/13/braquage-nice-legitime-defense-parquet-bijoutier-soutiens_n_3920829.html, etc.

⁵⁸⁶ Voir : Bobin Frédéric, « A New Delhi, le viol de trop », Le Monde, 21 décembre 2012 ; Halifa-Legrand Sarah, « Inde, le viol qui réhabilite la peine de mort », Nouvel Obs, 13 septembre 2013, etc.

⁵⁸⁷ Aladjem Terry K., *The culture of vengeance and the fate of american justice*, Cambridge university press, New-York, 2008, Kindle edition.

⁵⁸⁸ Extraits du discours du Barak Obama du 2 mai 2011 annonçant la mort d'Oussama Ben Laden : « And on nights like this one, we can say to those families who have lost loved ones to al Qaeda's terror: Justice has been done. », <https://www.whitehouse.gov/blog/2011/05/02/osama-bin-laden-dead>.

trait est encore plus clair dans les commentaires de l'ancien maire de New-York, Rudolph Giuliani, affirmant savourer sa vengeance.⁵⁸⁹

Terry K. Aladjem souligne le rôle psychologique important de la vengeance comme mécanisme social permettant d'endurer la perte des êtres chers ou sa propre souffrance. Elle apparaît comme un remède au mal originel. Elle est porteuse de sens là où, selon lui, notre société séculière échoue à en donner.

Il démontre que le système judiciaire américain s'ouvre de plus en plus au principe même de la vengeance et non plus seulement de la justice. La sanction intervient de moins en moins au nom de la société et dans un but de protection de l'ordre public, mais bien comme un châtiment visant à réparer la souffrance de la victime, à réécrire et donner du sens au passé et aux faits ayant déclenché la pulsion de vengeance. Le discours perd de sa rationalité pour se tourner vers la morale et l'affect qualifiant le bien et le mal.

L'auteur développe l'idée que la distinction entre justice et vengeance relève plus du mythe que de la réalité. Un mythe nécessaire à l'existence de la justice étatique libérale mais qui ne saurait résister à l'observation minutieuse du processus judiciaire.

Il s'exprime dans le cadre strict de la société américaine mais cette idée n'est pas nouvelle.⁵⁹⁰

Comme l'indique Marcel Hénaff, « *il y a peut-être bien encore en nous le sentiment ancien qu'une certaine forme de vengeance est inséparable de l'exigence de justice.* »⁵⁹¹

Alain Rey explique, de son côté, qu'il existe une tension permanente entre vengeance et justice puisque finalement la seconde est intervenue pour contenir la première et qu'il existe sans doute un lien presque indissoluble entre les deux. « *Pour l'utilitarisme [John Stuart Mill], l'exigence de justice trouve son origine dans la tendance instinctive à la vengeance (...).* »⁵⁹²

Cette tension subsiste et subsistera parce que « le sentiment de justice ne peut remplacer et faire disparaître le sentiment de vengeance de la même manière que le modèle institutionnel de la justice remplace celui de la vengeance assumée. Non seulement le désir de justice qui peut se manifester

⁵⁸⁹ Extraits de l'émission Fox News Insider du 2 mai 2011, propos de Rudy GIULIANI, transcription : « There's a great sense of satisfaction and relief that is finally been caught and brought to justice. There is this hire for revenge that isn't the most noble but it's there and it's human. Many times on september eleven and the days after I wanted to see him caught, I wanted to see him brought to justice and it's finally been done. », <https://www.youtube.com/watch?v=Bljcx5Qdpoo>

⁵⁹⁰ Dans le même sens, voir : Bandes Susan A., « Victims, « closure », and the sociology of emotion », *Law and contemporary Problems*, Printemps 2009, Vol. 72.1.

⁵⁹¹ Hénaff Marcel, « La Dette de sang et l'exigence de justice », in Dumouchel Paul (dir.), *Comprendre pour agir : Violence, victimes et vengeances*, Actes du colloque du 6 décembre, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 36.

⁵⁹² REY Alain (dir.), entrée « Vengeance », in *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, Paris, 2005, p. 1790.

chez le citoyen n'est pas et ne peut pas être exclusif de toute pulsion vengeresse (...), mais en outre rien n'indique que le sentiment de la justice ne soit pas directement dérivé de la pulsion de vengeance. »⁵⁹³

D'ailleurs, les discours sur la revalorisation de la place de la victime dans le cadre du procès pénal tendent à renforcer ce sentiment que la justice est également perçue comme un instrument de vengeance. Il faut encore noter que dans les démarches de justice transitionnelle, il n'est pas tant question d'assurer la justice que d'apaiser le désir de vengeance. En effet, le pardon qui est au centre des réflexions sur la justice transitionnelle ne s'oppose pas à la justice mais à la vengeance. On pardonne pour ne pas avoir à se venger.⁵⁹⁴ Et si le pardon de la victime fait disparaître la nécessité de la vengeance, il ne supprime pas nécessairement le besoin de justice pour la société.

§2. La vengeance, facteur criminogène dans le conflit armé.

Comme indiqué précédemment la vengeance tient un rôle particulier dans le cadre des conflits armés. Elle fait parfois partie des causes de la guerre. Parfois, elle sert de justification à des actes contraires au droit humanitaire.

Plusieurs exemples peuvent être évoqués pour éclairer ce rôle de la vengeance dans les conflits armés. On évoquera donc en illustration de ce phénomène le cas de l'épuration s'étant déroulée en France en 1944 (I), le cas du Burundi (II), celui de la Centrafrique (III) et le conflit israélo-palestinien (IV).

L'épuration « sauvage » à la Libération.

Cette épuration commence avant la cessation des hostilités et se poursuivra ensuite. Mais la période la plus critique en ce qui concerne l'expression du sentiment de vengeance et les débordements qu'il entraîne suit immédiatement le débarquement et se poursuit jusqu'à la fin de l'année 1944. Cette période correspond grossièrement à ce qu'on a appelé l'épuration sauvage.

A partir du débarquement en Normandie le 6 juin 1944, la France va être progressivement libérée mais de manière morcelée et selon des scénarios différents. La libération est une période très agitée durant laquelle le conflit se poursuit sur le territoire et en Europe alors que les institutions françaises

⁵⁹³ Ibidem p. 1790.

⁵⁹⁴ Voir par exemple : Gribinski Michel (dir.), La Vengeance et le pardon, deux passions modernes, Penser/Rêver n°13, Editions de l'Olivier, Printemps 2008.

sont en ruine. L'agitation populaire est très importante et va conduire à ce qui a pu être appelée l'épuration sauvage⁵⁹⁵ ou extra-judiciaire.

Que le mécanisme de l'épuration apparaisse comme nécessaire après l'occupation allemande, voilà qui ne fait guère de doute. Ce qui a été remis en cause en particulier c'est l'épuration qui s'est déroulée en dehors de tout cadre légal permettant ainsi l'expression de la vindicte populaire.

Les chiffres et les faits précis de l'épuration sauvage ont fait l'objet de débats⁵⁹⁶ et on trouve ainsi des évaluations encore variables. Toutefois, un chiffre souvent avancé est celui de neuf milles exécutions sommaires.⁵⁹⁷ L'autre fait particulièrement marquant de cette période est la tonte des femmes considérées comme collaboratrices.

Les tontes ont fait l'objet d'interprétation diverses mais ont souvent été désignées comme une pratique de réappropriation du corps des femmes, du corps de ces femmes qui, de manière réelle ou supposée, l'avaient offert à l'ennemi. Ce processus apparut dès 1943 s'est généralisé à l'ensemble de la France par la suite. Il apparaît particulièrement primitif. Si ces tontes, sans procès, plus ou moins spontanées représentent la réaffirmation virile des hommes français, elles sont également des punitions pour une trahison. Cette pratique ritualisée par les défilés et les photographies apparaît très symbolique. Ces femmes, quelle qu'ait été la gravité de leur implication, font figure de victime expiatoire.⁵⁹⁸ La tonte a, entre autres, pour fonction de restaurer l'honneur de la France avilie par l'Occupation.

Si on ne trouve guère d'auteurs qui analysent les pratiques ayant eu cours lors de l'épuration sous l'angle de la vengeance, ils mentionnent presque tous cette dimension. Il existe un climat de vengeance.⁵⁹⁹ Par ailleurs, on retrouve dans l'épuration la satisfaction du besoin de reconstruction identitaire, de venger les humiliations subies, de se débarrasser du statut de vaincu. De même, elle joue un rôle de reconstruction du lien social via l'usage de la violence punitive qui se déroule en dehors de tout procès. Il y a clairement une volonté de faire payer qui ne repose pas uniquement sur

⁵⁹⁵ Expression consacrée par Philippe Bourdrel dans son ouvrage *L'épuration sauvage*, dont la première édition en deux volumes date de 1988 et 1991.

⁵⁹⁶ L'ouvrage de référence, *Histoire de l'épuration*, de Robert Aron évoquait 30 000 à 40 000 morts en 1969.

⁵⁹⁷ Voir entre autres : Rossy Henri, « L'épuration en France : une histoire inachevée », *Vingtième siècle, Revue d'Histoire*, 1992, n°33, pp. 78-105, Duhamel Éric, *Histoire politique de la IVe République, La Découverte « Repères »*, 2000, pp. 17-18.

⁵⁹⁸ Sur les femmes tondues à la libération voir : Virgili Fabrice, « Les « tondues » à la Libération : le corps des femmes, enjeu d'une réappropriation », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 1 | 1995, consulté le 20 août 2014. URL : <http://clio.revues.org/518>

⁵⁹⁹ En ce sens : Salas Denis, « La transition démocratique française après la Seconde Guerre Mondiale », in *La Justice de l'épuration, Histoire de la justice* 2008/1, n°18, pp. 7-23.

un idéal de justice et dont la violence caractérise bien plus la vengeance que la justice étatique ordinaire.⁶⁰⁰ Fabrice Virgili indique que l'élément de réciprocité est présent mais que devant l'impossibilité de se venger sur l'occupant, la population se retourne contre ceux qu'elle associe à lui.⁶⁰¹

I. Le cas du Burundi.

D'abord colonisé par l'Allemagne, puis placé sous mandat belge par la SDN, le Burundi accède à l'indépendance en 1962. Comme au Rwanda, les grandes divisions ethniques que le pays connaît aujourd'hui entre Hutus, Tutsi et Twa, apparaissent plus comme artificiellement créées par le colonisateur et les anthropologues coloniaux qu'une réalité historique claire. Malgré cela, cette division ethnique de la société s'est a priori définitivement cristallisée.

Cependant, au moment de l'indépendance, ce ne sont pas les enjeux ethniques qui sont mis en avant et les premières élections donnent lieu à la formation de partis multi-ethniques. Mais cela ne va pas durer et très vite la vie politique s'ethnicise sous l'influence du Rwanda voisin.

A partir de 1965 et à l'occasion d'une première crise institutionnelle, le pays voit déjà poindre les premières violences ethniques.

La fin de la monarchie et l'installation d'une première république au début des années 1970 ne conduisent pas au dépassement espéré du clivage ethnique et au contraire renforcent la mainmise d'une partie de l'élite tutsi sur le pouvoir. Il s'ensuit les premiers massacres de très grandes ampleurs en 1972 suite à une insurrection hutue⁶⁰².

La Seconde République ne concrétisera pas non plus les espoirs de voir la répression et la violence interethnique disparaître. Le coup d'Etat de 1976 vient mettre fin à cette seconde tentative républicaine et amorce une démocratisation basée sur une idée de réconciliation nationale. La démocratisation, bien qu'inachevée, permet la création d'un nouveau parti, le Front pour la démocratie au Burundi qui gagna les élections de 1993. Malheureusement, un nouveau coup d'Etat vient sonner le glas de ce nouveau régime et inaugurer la guerre civile qui durera plus de dix ans et donnera lieu à de nombreux massacres de civils et à une répression sanglante, marqués par les divisions ethniques.

⁶⁰⁰ En ce sens : Boyer Patricia, « L'épuration et ses représentations en Languedoc et Roussillon (1944-1945) », Vingtième Siècle. Revue d'histoire. N°68, octobre-décembre 2000. pp. 17-28,

⁶⁰¹ Virgili Fabrice, « La violence, réponse à la violence : les tontes de la libération », in Audoin-Rouzeau Stéphane, Becker Annette, Ingrao Christian, Rousso Henry, (Dir.), La Violence de Guerre, Editions complexes, IHTP, CNRS, p. 278.

⁶⁰² Les chiffres avancés vont de 100 000 à 300 000 morts hutus.

Les accords de paix d'Arusha de 2000 sont la première pierre qui permettra le retour à la paix, bien que celui-ci fût très progressif. Le cessez-le-feu réel n'a été obtenu qu'en 2006 et reste fragile.⁶⁰³

L'enchaînement des conflits, l'influence des troubles agitant le Rwanda, ainsi que le traitement mémoriel des massacres a conduit au développement d'une dynamique vindicative dans de nombreux discours.

René Lemarchand⁶⁰⁴ revenant sur la répression de 1972 dénonce la négation d'un génocide et l'impunité totale des auteurs. Il souligne combien cette situation dans laquelle, en interne, seuls sont stigmatisés les rebelles hutus ne peut que favoriser le développement de la haine et le désir de vengeance. Selon lui, la mémoire sélective qui a suivi ces massacres a directement préparé les massacres des années 1990.

Au niveau individuel, on trouve dans les discours, le sentiment de vengeance comme justification, raison ou motivation des actes et des choix qui ont été faits et qui ont pu conduire à la commission d'actes contraires au droit.

Le cas de Nemesa rapporté par Alexia Jacques et Noémie Girard est en cela assez parlant. Nemesa interrogée par les auteures, en 2012, a directement participé aux hostilités durant la guerre civile entamée en 1993, en tant que combattante. Elle explique sa participation dès l'âge de onze ans par l'assassinat de son père et la fuite du reste de sa famille à laquelle elle ne veut pas se joindre. Elle préfère intégrer le mouvement armé rebelle et venger son père.⁶⁰⁵

Cette importance du sentiment de vengeance dans le cas du Burundi a également été notée par Alexis Ndimubandi⁶⁰⁶ au cours de ses recherches sur les raisons de l'adhésion à la lutte armée au Burundi. Il affirme ainsi que la vengeance est récurrente dans le discours des anciens combattants à la fois de manière évidente mais également de manière sous-jacente. Lui aussi dénonce avec vigueur le climat d'impunité générale régnant au Burundi depuis l'indépendance et les tous premiers massacres de civils. Comme dans le cas de Nemesa, il rapporte que bien souvent l'élément

⁶⁰³ Pour une présentation complète du Burundi voir : Christian THIBON, « BURUNDI », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 26 août 2014 ; Aupens Bernard, « La nation survivra-t-elle aux massacres successifs ? », *Le Monde diplomatique*, juin 1972 ; Braeckman Colette, « Ecoulement de l'espérance démocratique au Burundi », *Le Monde diplomatique*, décembre 1993 ; Braeckman Colette, « Hantise du génocide au Burundi », *Le Monde diplomatique*, mars 1996.

⁶⁰⁴ Lemarchand René, « Le génocide de 1972 au Burundi » *Les silences de l'Histoire, Cahiers d'études africaines*, 2002/3 n° 167, p. 551-568.

⁶⁰⁵ Propos rapportés dans Jacques Alexia et Girard Noémie, « « Corps et souffrances génocidaires » Plongée dans l'univers de la déshumanisation », *Dialogue*, 2012/3 n° 197, p. 38.

⁶⁰⁶ Ndimubandi Alexis, « Dominante vindicative dans l'adhésion à la lutte armée au Burundi », *Déviance et Société*, 2012/2 Vol. 36, p. 201-226.

déclencheur est la perte d'un ou plusieurs proches qui va alors engendrer l'entrée dans le cycle de vengeance par le biais de l'adhésion à un mouvement armé.

Enfin, de nombreux auteurs, dont ceux que nous avons cités, insistent sur la mécanique vengeresse de la réaction à l'assassinat du Président Ndadaye, soulignée par un renvoi constant aux événements de 1972.

Cet exemple démontre que dans sa dynamique négative, la réciprocité, sous la forme de la vengeance, peut conduire à des massacres de grande ampleur. Sans en faire le facteur clef des crimes de masse, il apparaît bien souvent que la réciprocité est nécessaire à la justification préalable du projet meurtrier. La victimisation initiale de l'auteur prend une place fondamentale dans la mesure où en posant l'existence d'une offense initiale, supposée ou réelle, elle justifie par l'exigence de réciprocité, les actes qui seront commis.

II. Le conflit en Centrafrique.

Ancienne colonie française, la République centrafricaine devient indépendante en 1960. Ces vingt dernières années, la vie politique centrafricaine est surtout dominée par les coups d'état et les affrontements armés, qui se traduisent souvent par de nombreuses morts au sein de la population civile.

L'accession de François Bozizé au pouvoir en 2003, par un coup d'Etat, n'empêche pas son élection en 2005. Toutefois, celle-ci ne permet pas de stabiliser le pays et différents groupes rebelles s'opposent au Président en place, maintenant la profonde instabilité du pays et justifiant l'intervention des forces armées multinationales et d'une mission de l'ONU, la Minurcat.⁶⁰⁷

Le conflit se règle difficilement et conduit à repousser de nouvelles élections qui se déroulent finalement en 2011 et voient la réélection du Président sortant ainsi que de sa majorité au Parlement.

Cette réélection n'apaise en rien les tensions et une coalition de groupes rebelles prend forme, la Séléka dirigée par Michel Djotodia. Ce mouvement déclenche de nouvelles hostilités et entame la conquête militaire du pays face à une armée régulière mal préparée. Une nouvelle intervention internationale permet l'arrêt des hostilités et la mise en place d'un gouvernement d'union nationale en février 2013.

⁶⁰⁷ Mission des Nations unies en R.C.A. et au Tchad.

Cette tentative de pacification ne fonctionne malheureusement pas et le Président Bozizé est renversé par la Séléka en mars. C'est alors Michel Djotodia qui prend sa place à la tête de la République Centrafricaine.

Là encore, cette nouvelle évolution politique ne suffit pas à pacifier le pays. Bien qu'officiellement dissoutes des milices armées se rattachant à la Séléka s'attaquent à la population civile, en particulier aux chrétiens. En effet, les milices de la Séléka sont principalement composées de musulmans.

Les violences prennent alors un tour religieux et des proportions telles que la France avec l'accord de l'ONU lance l'opération Sangaris en décembre 2013.

On assiste alors à la mise en place de l'engrenage de la vengeance et des représailles.⁶⁰⁸ A peine la situation stabilisée, une nouvelle présidente installée, Catherine Samba-Panza, les violences reprennent. Cette fois, ce sont les milices anti-balaka qui se lancent dans de véritables expéditions punitives contre les musulmans. On évoque un vrai risque de purification ethnique.

Les milices ex-Séléka de leur côté n'ont pas disparu et se livrent également à de nombreuses violences contre les populations civiles chrétiennes.⁶⁰⁹

Ce qui a été véritablement frappant sur cette période, c'est réellement le retournement de situation qui s'est opéré après l'intervention française. On a vu la population chrétienne largement victime de la Séléka se retourner contre les civils musulmans du pays dans une forme de vindicte populaire.

De manière générale, tous les observateurs évoquent des massacres, des pillages, la destruction de maisons qui seraient effectuée en représailles d'un côté ou de l'autre. Si le terme de représailles est ici juridiquement inapproprié, en revanche, l'idée de se venger ou de venger ses proches ou sa communauté paraît bien présente.

III. La Guerre de l'été 2014 à Gaza.

Evoquer ici cette flambée du conflit dans la bande de Gaza est assez intéressant en raison des évènements ayant directement conduit à son déclenchement.

Le 8 juillet 2014 Israël déclenche l'opération « Bordure protectrice » dans la bande de Gaza en réponse aux tirs de roquettes du Hamas. Mais l'enchaînement d'évènements déclencheurs se déroule quelques semaines plus tôt et commence avec l'enlèvement de trois jeunes Israéliens, le 12 juin. Ils sont retrouvés morts le 30.

⁶⁰⁸ Bensimon Cyril, « La Centrafrique plongée dans une spirale de représailles », Le Monde.fr, 25 janvier 2014 et « En Centrafrique, « la situation s'aggrave à l'intérieur du pays » », Le Monde, 8 février 2014.

⁶⁰⁹ Gréla Joseph, « Dans l'Est, c'est l'enfer dans le village de Liwa », Les plumes de RCA, 19 juin 2014, Courrier international, 2 juillet 2014.

Ces meurtres horribles perpétrés par le Hamas vont raviver les tensions communautaires. On va alors voir se multiplier les appels à la vengeance et aux représailles sur les réseaux sociaux d'une part,⁶¹⁰ mais également dans certains médias⁶¹¹ et même, dans une certaine mesure, dans le discours politique.⁶¹²

Cette dynamique vindicative va tragiquement prendre corps dans l'enlèvement et l'assassinat d'un jeune palestinien, le 2 juillet 2014. Accompli en guise de vengeance par des extrémistes israéliens, cet acte ne sera évidemment pas cautionné par les autorités et conduira d'ailleurs à l'arrestation et aux poursuites des responsables. Mais il n'en demeure pas moins une illustration de notre propos sur la persistance de la pulsion de vengeance et malheureusement de sa réalisation.

D'autant plus que la réaction du côté palestinien a, en toute logique, été violente. Le Hamas affirmant son intention de faire payer cet assassinat aux Israéliens⁶¹³.

David Grossman témoigne de cette violence vindicative sans fin qui oppose les plaies reçues par les uns et par les autres :

« Israël peut clamer à bon droit que nulle nation au monde ne s'abstiendrait de réagir à des attaques constantes, telles celles du Hamas, ou à la menace que constituent les tunnels forés depuis la bande de Gaza jusqu'en Israël. La logique du Hamas justifie quant à elle ses attaques contre Israël par le fait que son peuple est toujours sous occupation et que les habitants de la bande de Gaza dépérissent sous le blocus qu'Israël leur impose. [...] Dans cette bulle hermétique, cruelle et désespérée, les deux parties ont raison. Leurs logiques obéissent toutes deux à la loi de la bulle – la loi de la violence et de la guerre, de la revanche et de la haine. »⁶¹⁴

⁶¹⁰ « Au cours des dernières vingt-quatre heures, une page Facebook appelant à "venger" les trois jeunes adolescents kidnappés a suscité des dizaines de milliers de mentions "J'aime", ainsi que des centaines d'appels explicites à tuer des Arabes où qu'ils se trouvent. » note Shalev Chemi dans son article « Un climat de haine raciale », paru dans les pages dHa'aretz, journal d'opposition, publié dans Courrier International, le 4 juillet 2014.

⁶¹¹ En particulier du côté de l'extrême-droite.

⁶¹² Voir en ce sens : Fenaux Pascal, « Vu d'Israël : Doit-on venger la mort des trois jeunes israéliens ? », Courrier international, 1^{er} juillet 2014 ; Margalit Dan, « Se venger comme après Munich », Israël Hayom, 1er juillet 2014.

⁶¹³ « Moins conciliant, le Hamas a de son côté assuré mercredi aux dirigeants israéliens qu'ils "paieraient pour leurs crimes". "Notre peuple ne restera pas inerte face à ce crime ni à aucun autre crime d'assassinat, d'incendie ou de démolition commis par les hordes de colons et vous paierez le prix de tous ces crimes", a affirmé dans un communiqué le mouvement islamique palestinien. » Propos rapportés par France 24 le 2 juillet 2014.

⁶¹⁴ Grossman David, « Sortons de la bulle qui nous emprisonne, bloquons la meule de la violence », disponible en français dans la traduction de Tal Aronzon, sur le site de La Paix Maintenant, <http://www.lapaixmaintenant.org/Sortons-de-la-bulle-qui-nous>, initialement publié en anglais et en hébreu le 27 juillet 2014 dans le New-York times, sous le titre de « Stop the grindstone of Israeli-Palestinian violence » et dans Yédiouth A'haronoth, sous le titre « לבועה מחוץ לחשוב – La'hshov mi'Houtz laBoâh / Penser hors de la bulle »

La rhétorique de la vengeance apparaît donc particulièrement prégnante dans ce contexte de conflit inextinguible que la moindre étincelle peut faire redémarrer. Ainsi, le Hamas va-t-il lancer des roquettes depuis Gaza sur Israël déclenchant alors un nouveau conflit armé ayant conduit à ce jour à plus de deux milles victimes.⁶¹⁵ Si l'on peut parler de rhétorique, on peut aussi évoquer la facile instrumentalisation de la vengeance et son utilisation à la fois pour légitimer le recours à la violence individuelle ou collective, mais aussi pour s'assurer dans le cadre d'une violence étatique, du soutien de la population. Là encore, le conflit armé de l'été 2014 entre Israël et la Palestine est un bon exemple de cette pratique qui a conduit à la commission de crimes de guerre par les deux parties au conflit.⁶¹⁶⁶¹⁷

Tous les exemples que nous avons exposés, nous permettent de toucher du doigt le rôle potentiel de la vengeance et donc de la réciprocité négative dans le cadre du conflit armé. On peut y distinguer deux usages de la vengeance.

Le premier usage est la justification de la violence. La vengeance sert alors à construire une rhétorique encourageant l'extrême violence dans le cadre d'un conflit armé.

Elle met en jeu ce que Pascal Brückner appelait la concurrence victimaire⁶¹⁸. C'est parce qu'ils se vivent comme des victimes que les bourreaux agissent et que leur action leur apparaît indispensable.⁶¹⁹

⁶¹⁵ Les chiffres varient un peu, notamment quant à la proportion exacte de victimes civiles. Mais on dénombre globalement un peu plus de deux milles victimes côté palestinien dont la majorité serait composée de victimes civiles et d'un quart d'enfants. Du côté israélien, soixante-dix victimes sont à déplorer dont soixante-quatre militaires, cinq victimes civiles, dont un enfant. Ces chiffres sont ceux donnés par différentes sources dont l'AFP, le mardi 26 août 2014, jour du cessez-le-feu « illimité ».

⁶¹⁶ Voir : Sallon Hélène, « Gaza :le droit international a été violé », Le Monde, 22 août 2014, « La guerre s'arrête à Gaza après un accord de cessez-le-feu « illimité » », Le Monde.fr avec l'AFP, 26 août 2014.

⁶¹⁷ Le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a par ailleurs décidé de mettre sur pieds une commission d'enquête chargée d'examiner les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire commises, entre autres, lors de l'opération « Bordure protectrice » : Résolution A/HRC/RES/S-21/1, 21^e session extraordinaire, 24 juillet 2014. Cette résolution est vivement critiquée par les autorités israéliennes en raison de son caractère partisan puisque Israël est principalement visé. La résolution a d'ailleurs été rejetée par les Etats-Unis et les Etats européens se sont abstenus.

⁶¹⁸ Voir notamment : Bruckner Pascal, La tentation de l'Innocence, Editions Grasset, Le livre de Poche, Paris, 282 p.

⁶¹⁹ Breton Philippe, Les Refusants, La Découverte, Paris, 2009, Kindle édition, emplacement 2992 : « Les ingrédients de ce discours sont toujours les mêmes : ceux qui vont être désignés comme victimes constituent une menace, passée, présente, ou à venir, parfois même les trois, pour le groupe auquel le tueur appartient. En les exécutant, il supprime la menace et commet ainsi un acte de justice. »

Dans le même sens : Semelin Jacques, Purifier et détruire, Usages politiques des massacres et génocides, Editions du Seuil, Paris, 2005, p. 88 :

« Celui qui va devenir l'assassin se présente comme la victime. Quoi de plus logique : il a déjà adopté ce profil de victime à travers son discours accusatoire, il le conserve et le renforce bien davantage encore au moment de passer à l'acte. Par avance, il se présente comme innocent du crime dont il va être accusé. »

C'est ce que démontre Philippe Breton dans la partie consacrée à la vengeance de son ouvrage, Les Refusants. Il y explique que « l'un des principaux discours de justification que l'on trouve sur le terrain, à tous les niveaux, met en avant la vengeance comme raison principale de la nécessité du meurtre. [...] Sur le terrain, la vengeance semble un puissant ressort, capable de vaincre toutes les répulsions éprouvées à tuer ». ⁶²⁰

La vengeance apparaît comme une cause de violence légitime parce qu'elle n'est pas spontanée, elle répond à une agression initiale de manière semblable. Elle sous-entend une forme de déresponsabilisation à la fois parce que c'est celui qui a commis la première offense (réelle ou imaginaire) qui est le véritable responsable et parce qu'elle implique souvent un principe de nécessité. La vengeance est nécessaire pour assurer la survie du groupe ou de l'individu.

D'où, d'ailleurs, le risque de tomber dans la violence génocidaire. ⁶²¹ En effet, seule la destruction totale du groupe adverse permettra de sortir du cycle infernal de la réciprocité négative qu'est la vengeance. ⁶²²

Un deuxième usage sert à surmonter l'impunité. Cette crainte d'une impunité pour des crimes antérieurs apparaît clairement dans les cas de la France et du Burundi. En effet, dans le cas français, la mise en place d'une épuration légale a conduit à la réduction du nombre d'actes relevant de l'épuration sauvage sauf justement dans les cas où la première paraissait soit trop clémentine, soit paralysée pour une raison ou une autre. On reste ici dans une logique très classique dans laquelle, la justice étatique vient supplanter la vengeance populaire sans pour autant la faire disparaître en tant que sentiment. Elle trouve toutefois un assouvissement dans le rendu de la justice.

Dans le cas burundais, il est évident que c'est l'absence de poursuites ou même simplement d'enquêtes après les premiers massacres des années 1970 qui a favorisé le développement d'un ressentiment important de la part des victimes directes ou indirectes. Ce ressentiment, on l'a vu, peut alors conduire à l'adhésion à la lutte armée et à la commission d'atrocités en retour.

Marcel Hénaff explique à l'égard de la vengeance rituelle qu'elle « nous permet de comprendre en quoi quelque chose est dû, quelque chose qui est hors de prix, qui exige de risquer sa vie et qui ne

⁶²⁰ Breton Philippe, *Les Refusants*, La Découverte, Paris, 2009, Kindle édition, emplacement 2985.

⁶²¹ Ibidem, emplacement 3147 : « Devant une menace, réelle ou imaginaire, considérée comme mettant en cause l'existence d'un groupe humain tout entier, l'exécuteur qui se situe dans une perspective de vengeance n'hésitera pas à trouver légitime l'anéantissement symétrique du groupe entier des agresseurs. »

⁶²² Girard René, « Pourquoi la violence ? », in Dumouchel Paul (dir.), *Comprendre pour agir : Violence, victimes et vengeances*, Actes du colloque du 6 décembre, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 19 : « Si finalement les adversaires en viennent à s'entretuer, c'est dans l'espoir de se débarrasser enfin de la réciprocité violente mais celle-ci, lorsque les familles relèvent le défi, réussit à enjamber les générations et à transcender le temps et l'espace. »

laisse jamais une vie perdue sans compensation ». ⁶²³ Cette observation pourrait facilement être étendue à l'ensemble de la vengeance, qu'elle prenne place dans un système ritualisé ou qu'elle s'exprime de manière sauvage. La vengeance est considérée comme indispensable pour se reconstruire, reconstruire la communauté, ne pas faillir à l'honneur ou au respect des victimes.

Il faut enfin noter, que le contexte du conflit armé lui-même est favorable au développement de la vengeance. Le plus souvent les institutions ne sont plus à même d'offrir une réelle alternative judiciaire, la société plongée dans le chaos et la violence n'encadrera plus non plus la violence individuelle, voire l'encouragera. Le fameux cycle de vengeance pourra alors se mettre en place facilitant la commission de violations du droit humanitaire comme c'est le cas dans tous les exemples rapportés ci-dessus.

⁶²³ Hénaff Marcel, « La Dette de sang et l'exigence de justice », in Dumouchel Paul (dir.), Comprendre pour agir : Violence, victimes et vengeances, Actes du colloque du 6 décembre, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 47.

CHAPITRE II : Une résistance au droit humanitaire fondé sur la justesse de la cause.

La doctrine internationale comporte depuis de nombreux siècles le concept de guerre juste, qui est souvent l'objet d'une présentation erronée, ainsi qu'on le verra plus loin. Pour l'instant, il importe de retenir cette idée de justesse comme concept majeur autour duquel peut s'organiser un basculement de régime juridique. Dans la guerre juste, telle que l'ont conçue les théoriciens chrétiens du Moyen-Age, le basculement était entre interdiction de principe de la guerre et possibilité exceptionnelle d'y recourir. Dans l'état actuel du droit, la prohibition de principe de la guerre fait que le critère de juste cause ne devrait pas avoir sa place puisque l'interdiction est générale. Cette affirmation comporte des limites, que l'on examinera plus loin.

Mais dans le contexte actuel, l'emploi qui est fait du thème de la justesse de la cause est invoqué pour permettre un basculement de régime juridique dans le domaine du droit humanitaire. Né dans le champ *jus ad bellum*, le concept de juste cause se réfugie, à l'heure du *jus contra bellum*, dans le *jus in bello*.

Nous aborderons d'abord l'approche doctrinale de la guerre juste (Section 1), avant d'envisager l'invocation d'une juste cause par les belligérants désireux d'échapper à une qualification donnée de leur conflit (Section 2), enfin dans les conflits identitaires, la survie du groupe est invoquée comme une juste cause autorisant des comportements condamnables (Section 3)

Section 1. La doctrine de la Guerre Juste.

On ne pourra pas se limiter ici aux formulations historiques de la guerre juste. En effet, la poussée du mouvement tendant à limiter le droit de recourir à la guerre a nécessairement conduit à inverser le principe et l'exception. Alors que la conception ecclésiastique médiévale voulait que seule la guerre juste puisse être menée, le droit international de l'ère westphalienne accepte totalement la guerre. Puis, après quelques philosophes⁶²⁴ les diplomates ont commencé au XIXe siècle à envisager de contenir le phénomène guerrier. Avec les conférences de La Haye on en est encore à retarder le déclenchement de la guerre, mais le processus va se poursuivre pour culminer avec la Charte des Nations Unies. Or, il se trouve qu'au XIXe siècle, les efforts européens pour contenir la guerre sont presque concomitants de l'émergence du droit humanitaire qui lui est un droit dans la guerre.

Ceci risquait de conduire à des ambiguïtés. C'est à cette époque que se cristallisent les formules *jus in bello*, *jus ad bellum* qui apportent de la clarté.

Notre étude de la guerre juste se fera donc à la lumière de ce couple *jus ad bellum*, *jus in bello*. L'interdiction de ces éléments peut jouer pour le meilleur (§1) et pour le pire (§2).

⁶²⁴ Notamment chez Bernardin de Saint-Pierre, Emmanuel Kant...

§1. La doctrine de la Guerre Juste : une saine émulation entre jus in bello et jus ad bellum.

Robert KOLB identifie deux approches de la relation entre jus in bello et jus ad bellum que nous lui emprunterons aux fins de cette analyse.

Une première approche subordonne au moins pour partie l'application du droit international humanitaire à la cause défendue :

*« Le droit des conflits armés est complètement subordonné au droit relatif au recours à la force et aux causes censées justes ou injustes. La conséquence en est une discrimination entre les belligérants en fonction de la justice respective de leurs causes. Dans ces cas, la guerre tend à se brutaliser, car, en diminuant le stimulus essentiel du respect des règles in bello, à savoir la réciprocité, l'ensemble du droit des conflits armés s'affaiblit et parfois périlite. »*⁶²⁵

La deuxième approche, qu'il appelle indépendantiste, est celle traditionnellement enseignée dans les facultés que nous avons évoquée plus haut.

Cependant dans le droit contemporain, les faits ou même l'histoire de leur développement, aucune des deux approches ne l'a jamais emporté. Comme le souligne Robert KOLB, l'« *articulation [entre jus in bello et jus ad bellum] est un éternel problème du droit international ; il se renouvelle dans l'histoire comme un parallélogramme aux formes toujours variées.* »⁶²⁶ Et les tenants des diverses thèses en présence ne disparaissent jamais complètement, simplement la balance penche d'un côté ou de l'autre.

Même si aujourd'hui, le discours majoritaire relève de la thèse indépendantiste, notre analyse démontrera qu'il subsiste encore dans les textes des liens entre jus in bello et jus ad bellum et les discours de certains hommes d'Etat ou de penseurs prouvent qu'il n'est pas si facile de faire abstraction des causes de la guerre dans l'évaluation de la bonne application du droit des conflits armés. D'autant plus que certains conflits contemporains prennent une tournure binaire à laquelle il est facile d'appliquer la dialectique du bien contre le mal.

⁶²⁵ KOLB Robert, *Jus in bello*, Le droit international des conflits armés, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, collection de droit international public, Précis, Bâle, 2003, p. 61

⁶²⁶ KOLB Robert, *Jus in bello*, Le droit international des conflits armés, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, collection de droit international public, Précis, Bâle, 2003, p. 62.

Nous tenterons donc ici de démontrer l'imbrication ancienne et actuelle entre causes de la guerre et comportement dans celle-ci. Que cette imbrication ait une conséquence positive sur la modération des combattants ou qu'au contraire, une juste fin, justifie l'usage de tous les moyens.

Si la Guerre juste est une doctrine ancienne, elle n'a rien perdu de son actualité et de son intérêt. Au contraire, un temps oubliée et rejetée, elle a ressurgi durant la deuxième moitié du XXe siècle sous la plume d'auteur comme Michael Walzer ou dans la bouche des dirigeants politiques trop contents de justifier le recours à la force armée. Mais la doctrine de la Guerre Juste ne se limite pas à réglementer le recours à la guerre, elle établit également des limites aux comportements acceptables durant les hostilités. Dans les rapports entre *jus in bello* et *jus ad bellum*⁶²⁷, elle soumet le premier au second, le plus souvent pour la bonne cause.

Nous étudierons donc dans un premier temps la doctrine traditionnelle de la guerre juste (I) puis sa consécration dans le droit positif avec la naissance *du jus ad bellum* (II)

I. Guerre juste traditionnelle : Une juste cause et de justes moyens.

Bien qu'il soit souvent désigné comme le premier concepteur de la guerre juste, il n'y a pas dans l'œuvre de Saint-Augustin, une approche systématique de la théorie. Les références à la guerre juste sont au contraire plutôt dispersées dans son œuvre.⁶²⁸ Comme l'indique Franck BOURGEOIS, Saint-Augustin s'est clairement appuyé sur le travail antérieur des auteurs de la Rome Antique.⁶²⁹

C'est donc dans la Rome Antique que se trouve l'origine de la théorie de la guerre juste. Elle y était plus qu'une théorie, elle y était une règle de droit à laquelle devait se soumettre les institutions romaines. En effet, il n'était pas question pour Rome de mener une guerre qui ne fut pas juste au sens défini par les fétiaux⁶³⁰. Ainsi, ce collège interdisait absolument toute guerre d'agression. La seule guerre juste était la guerre défensive. Et toutes les conquêtes de Rome furent basées sur l'idée de la défense de l'Empire et non de son extension. Comme le note Hugo CASTIGNANI, « [s]i les

⁶²⁷ Il est entendu que la distinction entre *jus in bello* et *jus ad bellum* ne sera pas formalisée avant le XXe siècle, mais les auteurs abordent tout de même ces deux aspects individuellement.

⁶²⁸ Il aborde, par exemple, ce thème dans le *De Libero Arbitrio*, le *Contra Faustum*, les *Quaestiones in Heptateuchum* et la *Cité de Dieu*.

⁶²⁹ BOURGEOIS Franck, « La théorie de la guerre juste : un héritage chrétien ? », *Etudes théologiques et religieuses*, 2006/4, tome 81, pp. 449-474.

⁶³⁰ Les fétiaux sont les vingt prêtres composant un collège dont le but était de garantir la justice de la guerre et sa légitimité. En s'assurant qu'une guerre était juste, c'est-à-dire conforme à la tradition et en accord avec les injonctions divines, ils garantissaient la victoire aux Romains. Seules les guerres justes pouvaient alors être remportées et inversement, toutes les guerres remportées étaient justes. → BRISSON Jean-Paul, « FÉTIAUX », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 10 juillet 2016.

URL : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/fetiaux/>

*Romains ont envahi, selon l'expression de Polybe, « la totalité du monde habité », ce ne serait pas par volonté de bâtir une puissance impériale, mais avant tout par souci de se défendre préventivement contre d'éventuelles agressions »*⁶³¹.

De cette période romaine, ont émergé les principaux éléments de la guerre juste liés d'abord à la limitation du recours à la guerre (A) complété par l'idée qu'une guerre ne peut rester juste que si elle est menée justement (B).

A. Les points clefs de la doctrine.

Au cours des siècles les différents théoriciens de la guerre juste ont identifié plusieurs critères qui permettent de définir ce qu'est une guerre Juste (2) et établi que le seul but qu'elle devait poursuivre était l'établissement ou le maintien de la Paix (1).

1. Le but poursuivi : la recherche de la paix.

Les auteurs s'accordent tous sur ce point que la théorie de la guerre juste a été développée dans le but de limiter les occasions de faire la guerre.

Selon Guillaume Bacot, « *la doctrine de la guerre juste a toujours pour objet la paix* ». ⁶³² La guerre n'est jamais une fin en soi, mais dans la doctrine de la guerre juste, cette fin est nécessairement et uniquement la paix.

Chez les Romains, la forme préventive que prend la guerre juste semble très contestable, mais elle a tout de même pour but de maintenir la paix, de la préserver dans le futur. La paix que seul l'empire est en mesure d'assurer. Toutes les guerres de Rome sont ainsi faites pour assurer la tranquillité et la liberté de l'empire et non pour assoir sa domination sur d'autres peuples et d'autres territoires. ⁶³³

⁶³¹ CASTIGNANI Hugo, « L'impérialisme défensif existe-t-il ? Sur la théorie romaine de la guerre juste et sa postérité », *Raisons politiques* 2012/1 (n° 45), p. 35.

⁶³² *La doctrine de la guerre juste*, Economica, coll. Histoire, Paris, 1989, 86p.

⁶³³ Cf : CASTIGNANI Hugo, « L'impérialisme défensif existe-t-il ? Sur la théorie romaine de la guerre juste et sa postérité », *Raisons politiques* 2012/1 (n° 45), pp. 35-57.

Saint-Augustin apporte de son côté une précision intéressante. Selon lui, « *la Paix est un si grand bien, que même dans les choses mortelles et passagères, on ne saurait rien trouver de meilleur.* »⁶³⁴

Aussi, en fait-il le but de toutes les guerres, justes ou injustes.⁶³⁵ Il explique que l'assaillant décide de partir en guerre afin d'établir une paix selon les conditions qui lui conviennent. Or dans ce cas, bien qu'elle reste le seul but acceptable d'une guerre juste, la paix ne se suffit pas à elle-même. En effet, même si elle est un bien suprême, la paix peut être juste ou injuste selon qu'elle est le fait de gens de bien ou de méchants.⁶³⁶ Aussi la Paix poursuivie doit-elle être une paix juste. On regrettera que Saint-Augustin n'ait pas détaillé ce qu'il faut entendre par une paix juste. L'absence de définition laisse toujours une trop large place à l'arbitraire des parties.

Grotius souscrira plus tard à cette interprétation et considère lui aussi que « *la guerre est entreprise en vue de la paix* », et que celle-ci est « *sa dernière fin* ». ⁶³⁷

Saint-Thomas d'Aquin ne paraît pas aussi convaincu que Saint-Augustin que toutes les guerres ont pour but la paix et semble condamner sévèrement la guerre en elle-même. Ainsi écrit-il : « *Il n'y a que le péché qui soit contraire à un acte de vertu. Or la guerre est contraire à la paix. La guerre est donc toujours un péché* ». ⁶³⁸ Plus proche du jus ad bellum contemporain, il paraît poser un interdit auquel la guerre juste serait la seule exception. Il en vient donc ensuite au seul but honorable pour une guerre : « *Ceux qui font des guerres justes recherchent la paix* » ⁶³⁹.

Les penseurs contemporains se sont éloignés de cette conception, mais comme nous l'expliquerons par la suite de manière détaillée, il est notable que les recours à la force armée aujourd'hui autorisés soient tous reconnus pour légitimes pour la seule raison qu'ils poursuivent la paix. Au point d'ailleurs que le *jus ad bellum* a pris le nom de droit du maintien de la paix.

La conséquence de cet attachement à la paix est qu'une guerre juste ne peut être qu'une guerre de dernier recours. En effet, la rupture de la paix, si elle n'est pas le fait de l'adversaire ne peut se faire à la légère et apparaître comme l'unique moyen de maintenir ou de rétablir la paix.

⁶³⁴ SAINT-AUGUSTIN, La Cité de Dieu, Livre XIX, Chapitre XI, Nouvelle édition revue et corrigée par deux hommes de lettres, Tome 3, Gilles, Bourges, 1818, p.

⁶³⁵ Ibidem, Chapitre XII, « Toutes choses, les guerres mêmes, tendent à la paix », pp. 321-326.

⁶³⁶ Ibidem : « Celui qui donc sait préférer ce qui est droit à ce qui est dépravé, et ce qui est selon l'ordre à ce qui est contre l'ordre, veut que la paix des méchants ne mérite pas d'être appelée paix en comparaison de celle des gens de bien. », p. 324.

⁶³⁷ GROTIUS Hugo, Le droit de la guerre et de la paix, PUF, Quadrige Grands Textes, Paris, 2012, p. 33 et 34.

⁶³⁸ Saint-Thomas d'Aquin, Somme théologique, Secunda Secundae, Question 40, Edition Eslaria, Format Kindle, Emplacement 54753

⁶³⁹ Ibidem.

2. Les éléments de la guerre juste.

On peut retenir six critères qui permettent de déterminer si une guerre est juste ou si elle ne l'est pas.

Le premier critère qui se confond en partie avec l'objectif poursuivi par toutes les guerres justes, la paix, tient au fait, naturellement, que la guerre doit avoir une juste cause.

La cause la plus juste et systématiquement reconnue par tous les auteurs est la légitime défense. Mais certains auteurs comme Vitoria ou Grotius considèrent que la défense du genre humain dans son ensemble peut également constituer une juste cause⁶⁴⁰. Vitoria et Grotius définiront certaines justes causes, « *sous quatre rubriques, dans une interprétation permettant une justification plus aisée du recours à la guerre : répression des sujets en révolte, vengeance à l'égard d'une injure, protection des personnes et des biens, revendication d'un territoire.* »⁶⁴¹

A l'origine, derrière la notion de juste cause, se trouve la notion de faute. L'idée est que l'auteur de la violence initiale a commis une faute qu'il convient également de punir. Cette notion persistera jusqu'à Grotius car les auteurs précédents jusqu'à Vitoria considéreront qu'une des deux parties est en faute et qu'elle ne peut pas l'ignorer. Dans cette première conception, l'une des deux parties a nécessairement tort et la guerre qui lui est faite tient aussi lieu de punition. « *L'unique juste cause de guerre est l'injustice d'autrui* »⁶⁴². Ce qui justifie d'autant mieux les dommages causés par les hostilités. On y lira le contenu de la punition et non les abus commis par les forces légitimes.

Cette notion de faute de l'une des parties sera totalement remise en cause par Vitoria puis par Grotius à cause de sa subjectivité. Sans rejeter à proprement parler le principe d'un coupable, Vitoria admettra que ledit coupable peut en toute bonne foi croire qu'il n'est pas en tort.

Une deuxième exigence déjà évoquée au paragraphe précédent est celle de l'inéluctabilité de la guerre. « *Il faut qu'il n'existe aucune autre solution, mais si tel est le cas il n'y a pas lieu de l'ajourner* »⁶⁴³. Critère du dernier recours, la guerre doit apparaître comme la seule solution possible.

⁶⁴⁰ NADEAU Christian et SAADA Julie, *Guerre juste, guerre injuste : Histoire, théories et critiques*, PUF, Paris, 2009, version numérique Kindle, emplacement 500.

⁶⁴¹ CHABOT Jean-Luc, « *Les doctrines politiques et religieuses de la « guerre juste* » », Communication au XI^e Colloque des juristes catholiques, Paris, 23-24 novembre 1991, in *La morale et la guerre*, Téqui, Paris, 1992, p.62

⁶⁴² Ibidem.

⁶⁴³ *La doctrine de la guerre juste*, Economica, coll. Histoire, Paris, 1989, 86p.

Déjà chez Cicéron, il n'était pas concevable de déclencher une guerre sans avoir épuisé les voies diplomatiques⁶⁴⁴. Le principe du dernier recours s'est maintenu au cours des siècles chez tous les auteurs, y compris contemporains.⁶⁴⁵

Le troisième critère d'une guerre juste tient à la nature de ceux qui peuvent la déclencher. Seule une autorité légitime peut déclencher une guerre juste. Les seules guerres justes sont celles menées par les Princes. Saint-Thomas d'Aquin écrit ainsi : « *Il n'est pas du ressort d'une personne privée d'engager une guerre, car elle peut faire valoir son droit au tribunal de son supérieur ; parce qu'aussi le fait de convoquer la multitude, nécessaire pour la guerre, n'appartient pas à une personne privée.* »⁶⁴⁶

La définition d'une autorité met en place la notion de détenteur de la violence légitime. Seul les souverains, puis les Etats ont le droit de déclarer une guerre. Aujourd'hui, le sujet est sans doute plus délicat à trancher si l'on pense à la lutte contre les régimes racistes.

L'intention de l'autorité doit être droite. C'est-à-dire qu'elle ne doit pas poursuivre un intérêt personnel. « *On doit se proposer de promouvoir le bien ou d'éviter le mal. [...] En effet, même si l'autorité de celui qui déclare la guerre est légitime et sa cause juste, il arrive néanmoins que la guerre soit rendue illicite par le fait d'une intention mauvaise* ». ⁶⁴⁷ Déterminer les véritables intentions d'un Etat qui déclare la guerre peut être très compliqué et elles ne seront rarement qu'une.

La guerre ne doit, de plus n'être entreprise que s'il y a de bonnes chances qu'elle aboutisse au résultat escompté⁶⁴⁸. Compte tenu des souffrances que cause la guerre, il est entendu qu'il ne convient pas de les causer pour rien. La guerre juste doit être utile.

Enfin la guerre juste est une guerre proportionnée. Ainsi « *le coût prévisible pour les soldats comme pour les civils ne doit pas être disproportionné (plus élevé) eu égard à la valeur de ses objectifs.* »⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ BOURGEOIS Franck, « *La théorie de la guerre juste : un héritage chrétien ?* », Etudes théologiques et religieuses, 2006/4, tome 81, pp. 449-474.

⁶⁴⁵ Voir : PRADIER-FODERE Paul, « *Essai biographique et historique sur Grotius et son temps* », in GROTIUS Hugo, Le droit de la guerre et de la paix, Guillaumin, Paris, 1865. ; WALZER Michael, Guerres justes et injustes, Folio Essais, Paris, 2006, (première édition 1977), 678 p. ; CANTO-SPERBER Monique, L'idée de guerre juste, PUF, Paris, 2015, version numérique Kindle.

⁶⁴⁶ Saint-Thomas d'Aquin, Somme théologique, Secunda Secundae, Question 40, Edition Eslaria, Format Kindle, Emplacement 54728.

⁶⁴⁷ Ibidem.

⁶⁴⁸ Par exemple : Catéchisme de l'Eglise Catholique, 2309.

⁶⁴⁹ WALZER Michael, Guerres justes et injustes, Folio Essais, Paris, 2006, (première édition 1977), p.13.

Bien que la doctrine de la guerre juste soit surtout reconnue comme une doctrine de réglementation du recours à la force armée, les questions relatives à la manière de mener de telles guerres n'ont jamais été totalement négligées.

B. Les Guerres justes et les façons de les mener.

Dès les premiers concepteurs de la doctrine de la guerre juste, on trouve les balbutiements d'une réglementation du comportement dans la guerre. La violence ne doit jamais être excessive.

Dans la pensée romaine, notamment chez Cicéron, on trouve l'idée qu'une guerre juste doit être menée sans violence excessive.⁶⁵⁰ Saint-Thomas d'Aquin précise aussi que « *les exercices guerriers ne sont pas universellement prohibés. Ce qui est défendu, ce sont seulement les exercices désordonnés et dangereux qui donnent lieu à des meurtres et à des pillages.* »⁶⁵¹ Il explique encore que la ruse est autorisée mais pas les fausses promesses.

En réalité, les rapports entre cause de la guerre et règles relative à la conduite des hostilités vont évoluer avec le temps et selon les auteurs.

Toujours chez Saint-Thomas d'Aquin l'on trouve par exemple l'idée qu'il ne faudrait pas normalement faire la guerre les jours de fête sainte, cependant « *pour la défense du bien public des fidèles, il est permis de faire des guerres justes les jours de fête, pourvu toutefois que la nécessité le demande.[...] Mais en l'absence de nécessité, il n'est pas permis de faire la guerre les jours de fête [...]* »⁶⁵²

C'est essentiellement chez Hugo Grotius que sera développée pour la première fois une approche complète des règles qu'il convient d'observer durant la guerre, au livre III du *De jure belli ac Pacis*. Il présente plus particulièrement les règles applicables aux guerres justes à partir du Chapitre XI « *Tempéraments par rapport au droit de tuer dans une guerre* »⁶⁵³. En effet, elles se distinguent de celles requises par le droit des gens par leur plus grande humanité.

⁶⁵⁰ Voir en ce sens : BOURGEOIS Franck, « La théorie de la guerre juste : un héritage chrétien ? », *Etudes théologiques et religieuses*, 2006/4, tome 81, pp. 449-474.

⁶⁵¹ Saint-Thomas d'Aquin, *Somme théologique, Secunda Secundae*, Question 40, Edition Eslaria, Format Kindle, Emplacement 54755

⁶⁵² *Ibidem*, Emplacement 54847.

⁶⁵³ GROTIUS Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, Traduction de Paul Pradier-Fodéré, Guillaumin, Paris, 1865-1867, p. 233 et s.

Ainsi, les femmes et les enfants doivent être épargnés, tout comme les prisonniers, il faut dans la mesure du possible éviter de tuer les innocents, il convient de limiter les dévastations ou encore de traiter les vaincus avec clémence...⁶⁵⁴

A l'inverse de l'approche moderne, « chez Grotius c'est précisément l'égalité des belligérants, telle qu'elle résulte du droit des gens positif, qui fait naître un droit de guerre certes bilatéral, mais illimité ; alors que les limitations fondées sur la justice interne nous situent au contraire dans le sillage de la doctrine traditionnelle du droit de guerre causal, unilatéral et impliquant en conséquence leur inégalité. »⁶⁵⁵

A l'époque contemporaine, l'idée demeure qu'une guerre ne peut être considérée comme juste si elle n'est pas gouvernée par quelques règles d'humanité. Michael Walzer précise bien que « Les guerres justes sont des guerres limitées, menées conformément à un ensemble de règles destinées à éliminer, autant qu'il se peut, l'usage de la violence et de la contrainte à l'encontre des populations non combattantes ».

Toutefois, la théorie de la guerre juste n'est qu'une doctrine, une morale. Ainsi le respect d'une éthique au combat ne s'applique finalement qu'à ceux qui entendent mener une guerre juste. Tous les autres ne sont donc pas tenus de limiter les effets de la guerre.

Or, c'est là une victoire du principe de séparation du *jus in bello* et du *jus ad bellum*. Même le criminel au sens du droit du maintien de la paix est obligé par les règles du droit des conflits armés.

L'idée peut toujours être utilisée au soutien d'une négociation humanitaire si la partie à laquelle on s'adresse adopte la position d'un redresseur de torts, défenseur de la liberté, de la démocratie et de l'état de droit. En ce cas, souligner qu'à poursuivre une noble cause, autant le faire avec honneur et chevalerie, demeure un argument valide. Il n'en est pas moins dangereux.

II. Naissance du *jus ad bellum* et redéfinition des guerres justes.

A la différence de la théorie de la guerre juste, le *jus ad bellum* contemporain n'est pas une doctrine sans fondement juridique, mais bien du droit positif. Cependant, il nous semble qu'il peut être interprété comme une mise en œuvre de la doctrine sous une forme juridique obligatoire tant la réglementation du recours à la force armée correspond aux critères définissant une guerre juste. Il

⁶⁵⁴ Destruction des biens d'autrui.

⁶⁵⁵ HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Nouvelle édition [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1983, <http://books.openedition.org/iheid/630>

convient donc de revenir rapidement sur l'origine du *jus ad bellum* moderne (A) avant de se pencher sur les guerres justes actuelles (B).

A. Formulation du principe.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, le droit international classique n'a jamais cherché à limiter l'usage de la guerre. Jusqu'en 1919, on peut voir dans la guerre une manifestation normale de la souveraineté des Etats.

A partir du début du XXe siècle se développe l'idée qu'il faudrait sans doute limiter le recours à la force armée et par conséquent limiter la guerre. C'est la naissance du *jus ad bellum*.

Il faut cependant attendre le Pacte de la Société des Nations pour que cette interdiction soit formalisée dans un accord international.

C'est la nature du premier conflit mondial, le nombre de pays concernés, le nombre de victimes qui va justifier la condamnation absolue de tout recours à la force comme instrument de règlement des différends.

Pourtant en 1919, les Etats ne renoncent que partiellement à leur droit de recourir à la force armée.

Le Pacte va en fait désigner certaines formes de guerre comme illicites et partant autoriser les autres. Il s'agit au premier chef de la guerre d'agression. Celle-ci est absolument prohibée.

Par la suite, le Pacte pose le principe que les Etats doivent d'abord tenter de régler pacifiquement leurs différends avant d'avoir recours à la force armée.

Sont aussi illicites les guerres contre les Etats qui n'appliquent pas un jugement ou un arbitrage international ou qui se soumettent à une décision du Conseil de la Société des Nations.

Toutes les autres formes de guerre sont donc licites au premier rang desquelles la guerre de légitime défense.

A ce stade, il est difficile de parler de guerres justes puisqu'au fond n'est condamnée qu'une seule forme de guerre, la guerre d'agression. Ce n'est qu'avec l'interdiction du recours à la force posée comme principe auquel est adjoint des exceptions que l'on peut commencer à envisager ces exceptions comme une forme de guerre juste contemporaine.

B. Nouvelles acceptations de la guerre juste.

En consacrant l'interdiction de recourir à la force armée comme principe général et en précisant que certaines exceptions sont possibles, le droit du maintien de la paix a, nous semble-t-il, fait entrer la doctrine de la guerre juste dans le droit positif contemporain (1).

Il faut aussi noter que, cette fois dans le cadre du droit international humanitaire, les Etats ont reconnu un autre type de guerre juste, les guerres de libération nationale (2).

1. L'interdiction du recours à la force armée et ses exceptions.

La guerre ne sera mise hors la loi que 9 ans après le pacte de la Société des Nations plus tard par la Convention de Paris, dite Pacte Briand-Kellogg du 26 août 1928. Ce pacte issu à l'origine de négociations franco-américaine ouverte à d'autres Etats connaît une certaine universalité à son époque. Il est révolutionnaire puisqu'il interdit de manière générale la guerre. La guerre est donc interdite. La seule exception organisée est celle de la légitime défense.

La seconde Guerre Mondiale accentue encore l'idée qu'il est indispensable de réaffirmer et consolider les tentatives précédentes. Le principe de l'interdiction du recours à la force devient alors un des fondements principaux de la Charte des Nations Unies.

Un pas supplémentaire est par ailleurs franchi puisqu'il ne s'agit plus d'interdire une seule forme de guerre, la guerre d'agression, mais bien de rendre tout recours à la force armée illicite.

Ainsi l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies se lit-il comme suit :

« Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. »

A ce principe ont été adjointes des exceptions, au premier rang desquelles il faut compter le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective mais également toutes les formes de recours à la force armée compatibles avec les buts des Nations Unies.

Or c'est bien en nous basant sur ce point que nous pouvons affirmer que l'émergence du *jus contra bellum* a permis de consacrer l'existence de guerres légitimes, en somme de guerres justes. Ces guerres justes seraient celles qui seraient compatibles avec les buts poursuivis par les Nations

Unies. Et comme dans l'approche traditionnelle de la guerre Juste, les seules guerres justes sont celles qui ont pour objet la paix. Ainsi les recours à la force organisés par le chapitre VII de la Charte des Nations Unies ont-ils tous pour objectif le maintien ou le rétablissement de la Paix. Au point d'ailleurs, que le *jus ad bellum* contemporain porte également de le nom de droit du maintien de la Paix. Ici on retrouve l'objectif premier de la guerre juste depuis la Rome antique.

Aux côtés de la légitime défense et des interventions classiques fondées sur le chapitre VII de la Charte, on peut également évoquer ici, les interventions envisagées dans le cadre de la responsabilité de protéger⁶⁵⁶.

Mais qui dit guerres justes, dit juste façon de les mener, ils nous font donc étudier si dans ce contexte, le *jus in bello* ne peut pas être considéré comme une condition de la licéité du recours à la force.

Il est évident que le droit humanitaire s'applique à toute forme de conflit armé et qu'il s'applique ainsi au recours à la force armée reconnus comme légitime par la Charte des Nation Unies.

Penchons-nous ici plus particulièrement sur la légitime défense telle qu'elle est prévue par la Charte et complétée par la coutume ou les décisions de la CIJ.

Le droit à la légitime défense est consacré par l'article 51 de la Charte des Nations Unies qui se lit comme suit :

« Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

L'article reconnaît que le droit de se défendre constitue un droit naturel de l'Etat, à savoir qu'il est immanent et qu'on ne peut le remettre en cause. Son caractère coutumier a été reconnu par la CIJ, notamment dans son arrêt « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua » de 1986⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ Il faut noter qu'elles ne sortent pas a priori du champ de la Charte des Nations Unies.

⁶⁵⁷ CIJ, 27 juin 1986, « Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique, § 176.

Toutefois, l'article 51 introduit un tempérament à ce droit en le rendant subsidiaire. En effet, l'article précise bien qu'il ne peut être invoqué que tant le Conseil de sécurité n'a pris aucune disposition en vue de rétablir la paix.

Tout naturel qu'il soit, ce droit de légitime défense n'est pas inconditionnel.

La première des conditions est qu'il doit exister une agression armée. Ce truisme n'est qu'apparent dans la mesure où la notion d'agression armée est sans cesse interrogée. La résolution 3314 du 14 décembre 1974 « Définition de l'agression » apporte bon nombre de réponses mais elle n'a pas valeur obligatoire et des controverses demeurent.

Qui doit être l'auteur de l'agression armée ? La question s'est posée de manière particulièrement aigüe à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Les Etats-Unis se prévalaient de leur droit à la légitime défense lorsqu'ils ont attaqué l'Afghanistan, or les actes eux-mêmes étaient le fait de terroristes qui n'étaient pas formellement des agents de l'Etat afghan

Plus récemment, la France a retenu la légitime défense comme justification de son intervention contre l'organisation Etat Islamique.⁶⁵⁸

Qu'est-ce qui constitue une agression armée ? Comme le souligne Joe Verhoeven, le niveau d'intensité que doit atteindre une attaque pour être considéré comme une agression armée n'est pas défini dans la Charte des Nations Unies. Il précise d'ailleurs que l'usage du terme agression en français et du terme « attack » en anglais ne permet pas d'éclaircir la notion⁶⁵⁹.

Cependant, la Cour en 1986 avait souligné qu'il fallait entendre par « agression armée » les formes les plus graves du recours à la force.⁶⁶⁰ Elle confirme cette position en 2003 dans l'affaire des « Plateformes pétrolières »⁶⁶¹ et y ajoute, selon Pierre d'Argent, un élément intentionnel. Il faut que l'attaque ait effectivement et volontairement été dirigée contre l'Etat victime⁶⁶².

Les deux conditions suivantes sont relatives à la mise en œuvre de la légitime défense une fois qu'il est acquis que l'Etat a bien été la victime d'une agression armée. Elles sont d'origine coutumière. Les mesures prises au nom de la légitime défense doivent être nécessaires et proportionnées. Ces deux critères rappellent naturellement le droit international humanitaire qui fait

⁶⁵⁸ France 24, « Premières frappes françaises en Syrie, Hollande évoque la « légitime défense », 27 septembre 2015. <http://www.france24.com/fr/20150927-france-premieres-frappes-aeriennes-syrie-etat-islamique-rafale>

⁶⁵⁹ VERHOEVEN Joe, « Les « étirements » de la légitime défense », AFDI, 2002, vol. 48, n°1, pp. 49-80.

⁶⁶⁰ CIJ, 27 juin 1986, « Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique, §191.

⁶⁶¹ CIJ, 6 novembre 2003, « Affaires des plateformes pétrolières », République Islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique, 6 novembre 2003

⁶⁶² Argent Pierre d', « Du commerce à l'emploi de la force : l'affaire des plates-formes pétrolières », AFDI, 2003, vol. 49, n°1, pp. 266-289.

de la nécessité et de la proportionnalité deux principes essentiels de la conduite des hostilités. Bien qu'il s'agisse de principes indépendants en réalité du droit des conflits armés, on glisse ici vers la zone frontière entre jus ad bellum et jus in bello où les choses ne sont plus si aisément distinguables.

Le principe de nécessité exige que les mesures prises aient été nécessaires pour faire cesser l'agression armée. La CIJ estime que l'appréciation de ce critère est rigoureuse et objective. Elle inclut dans l'évaluation de la nécessité et la proportionnalité la nature de la cible qui fait l'objet du recours à la force justifié par la légitime défense. Dans l'affaire des « Plateformes pétrolières », elle estime que la cible doit être militaire⁶⁶³. Sur ce point, on rejoint très nettement le droit humanitaire, même si les commentateurs estiment que l'analyse que fait la Cour ne correspond pas à celle que l'on ferait sur la base du droit des conflits armés⁶⁶⁴.

La condition de proportionnalité est assez complexe à évaluer. L'idée essentielle est que le recours à la force armée en état de légitime défense doit être proportionné. Mais proportionné à quoi ? Certains estiment qu'il doit être proportionné à l'attaque initiale elle-même. C'est l'approche que la Cour semble adopter dans l'affaire des « Plateformes pétrolières » puisqu'elle compare les pertes effectives des américains, un navire de guerre abîmé, à celles des iraniens après l'opération « Praying Mantis », deux frégates détruites et plusieurs autres navires et aéronefs⁶⁶⁵. D'autres estiment au contraire que la proportionnalité doit s'analyser au regard du but recherché, donc en lien direct avec le principe de nécessité. Dans cette dernière interprétation, le principe de proportionnalité du jus ad bellum se rapproche du principe de proportionnalité dans le jus in bello. Toutefois, malgré leur apparente proximité, les deux principes demeurent totalement indépendants l'un de l'autre.⁶⁶⁶

Bien que les principes de proportionnalité et de nécessité utilisés dans l'évaluation de la légitime défense rappellent ceux du droit des conflits armés, pour l'ensemble de la doctrine, il n'y a pas de confusion possible et même plus exactement il faut se garder d'en faire.

Cependant, la CIJ a pu sembler esquisser un rapprochement entre les deux droits dans son avis sur la « Licéité de la menace ou de l'usage de l'arme nucléaire ».⁶⁶⁷

⁶⁶³ CIJ, 6 novembre 2003, « Affaires des plateformes pétrolières », République Islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique, 6 novembre 2003, § 76.

⁶⁶⁴ En ce sens : Argent Pierre d', « Du commerce à l'emploi de la force : l'affaire des plates-formes pétrolières », AFDI, 2003, vol. 49, n°1, pp. 266-289

⁶⁶⁵ Ibidem, §77.

⁶⁶⁶ KRETZMER David, « The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum », EJIL, 2003? vol. 24, n°1, p. 235 et s.

Aux paragraphes 41 et 42, la Cour précise ceci :

« 41. *La soumission de l'exercice du droit de légitime défense aux conditions de nécessité et de proportionnalité est une règle du droit international coutumier.*

Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, il existe une « *règle spécifique... bien établie en droit international coutumier* » selon laquelle « *la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaire pour y riposter* » [...]. Cette double condition s'applique également dans le cas de l'article 51 de la Charte, quels que soient les moyens mis en œuvre.

42. *Le principe de proportionnalité ne peut pas, par lui-même, exclure le recours aux armes nucléaires en légitime défense en toutes circonstances. Mais, en même temps, un emploi de la force qui serait proportionné conformément au droit de la légitime défense doit, pour être licite, satisfaire aux exigences du droit applicable dans les conflits armés, dont en particulier les principes et les règles du droit humanitaire.* »⁶⁶⁸

La formulation, de même que l'endroit choisi par la Cour pour insérer cette remarque sont assez déroutants. Par principe, le droit des conflits armés s'applique à tous les cas de recours à la force armée entre Etats. La légitime défense présente toujours un caractère international⁶⁶⁹. Donc le droit international humanitaire y est, de fait, applicable. Et la question ne devrait même pas se poser.

Dans cet avis, comme nous le verrons par la suite, la Cour étudie spécifiquement de la compatibilité de l'arme nucléaire avec les principes du droit international humanitaire. Mais elle ne le fait pas à cet endroit-là de l'arrêt. En effet, les paragraphes 37 à 50 de l'avis portent très précisément sur « *la question de la licéité ou de l'illicéité d'un recours aux armes nucléaires à la lumière des dispositions de la Charte qui ont trait à la menace ou à l'emploi de la force* »⁶⁷⁰.

Aussi nous interrogeons-nous sur le sens à donner à la dernière phrase du §41. Doit-on simplement y voir le rappel d'une règle existante ou bien plutôt l'idée que le respect du droit international humanitaire est un critère de la condition de proportionnalité au même titre que la Cour avait décidé dans l'affaire des « *Plateformes pétrolières* » de faire de la cible militaire, un critère de la condition de nécessité.

⁶⁶⁷ A plus d'un égard comme nous le verrons dans le paragraphe suivant.

⁶⁶⁸ CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires ».

⁶⁶⁹ CIJ, avis consultatif, 9 juillet 2004, « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », §139.

⁶⁷⁰ CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », §37.

Le paragraphe suivant début même précisément ainsi : « *Certains Etats ont avancé dans leurs exposés écrits et oraux que, dans le cas des armes nucléaires, la condition de proportionnalité doit être appréciée au regard d'autres facteurs encore.* »⁶⁷¹ Cela confirme l'impression que la Cour considère le respect du droit international humanitaire comme un facteur d'appréciation de la condition de proportionnalité.

Ainsi, cela signifierait par exemple, qu'un recours à la force armée dans le cadre de la légitime défense ne serait pas proportionné dès lors qu'il ne respecte pas le droit international humanitaire.

Dans la logique habituelle, les appréciations de la licéité dans le cadre du *jus in bello* et du *jus ad bellum* sont complètement indépendantes l'une de l'autre. La légitime défense peut très bien être licite au regard de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et se composer de mesures qui ne seraient pas toutes conformes au droit international humanitaire et inversement. Une des difficultés ici tient au fait que le droit international humanitaire n'a pas vocation à apprécier la licéité du recours à la force armée pris comme un tout indivisible, il s'applique à tous les éléments qui le composent considérés séparément. Si la légitime défense est d'une certaine ampleur (comme l'intervention américaine en Afghanistan ou celle de la France en Syrie), elle se décompose nécessairement en plusieurs actes différents dont la licéité au regard du droit international humanitaire doit s'apprécier au cas par cas. Telle attaque contre une base militaire peut-être licite alors que la suivante, qui aura rasé un hôpital, ne le sera pas. Les armes utilisées peuvent être conformes aux règles de la conduite des hostilités mais pas les conditions de détention etc.

Au contraire, dans le cadre de l'article 51, c'est l'ensemble qui est considéré comme licite ou pas.

D'un point de vue théorique, on retrouve finalement l'idée ici qu'une juste guerre doit être menée justement. Celui qui se prévaut de son droit à la légitime défense ne reste légitime que tant qu'il respecte les règles d'humanité applicables au conflit armé. Et peut-être est-ce simplement cela que la Cour a voulu signifier. Il n'est pas envisageable que les recours à la force armée encore possibles puissent être menés sans respecter le droit international humanitaire s'ils veulent conserver leur caractère légitime.

Il est vrai que la CIJ paraît, dans cet avis, avoir bien du mal à distinguer le *jus in bello* du *jus ad bellum* dans un sens positif comme dans un sens négatif.

⁶⁷¹ Ibidem, §43

2. L'article 1§4 du Protocole I de 1977 : Quand la légitimité de la cause dicte le droit applicable.

Cet article que nous avons déjà étudié dans le détail doit encore être examiné ici, mais nous ne nous y attarderons par conséquent que brièvement.

Le Protocole I de 1977 qui complète le droit applicable aux conflits armés internationaux prévoit nous l'avons déjà vu qu'il s'applique tant aux conflits armés internationaux classiques, c'est-à-dire interétatiques, qu'aux conflits armés de facto internes mais « *dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.* »⁶⁷²

Cet article est la conséquence de la reconnaissance au cours des années 1960 et 1970 de la justesse de certaines causes qui conduisaient certes à la guerre mais qui poursuivaient des buts légitimes.

Le 20 décembre 1965, l'Assemblée Générale des Nations Unies reconnaissait « *la légitimité de la lutte que les peuples sous domination coloniale mènent pour l'exercice de leur droit à l'autodétermination et à l'indépendance* »⁶⁷³.

Dans le cadre de ses travaux sur la consécration du droit à l'autodétermination, l'Assemblée Générale des Nations Unies s'était penchée sur le statut des combattants et le droit qui devait leur être appliqué. Bien que formellement membres de parties à des conflits armés internes, elle estimait qu'ils devaient se voir appliquer les Conventions de Genève de 1949. C'est ce qu'elle affirmait en 1973, dans sa résolution 3103⁶⁷⁴.

Dans cette résolution l'Assemblée Générale des Nations Unies oppose très nettement les partisans d'une cause juste et ceux d'une cause injuste.

Le point 1 de la résolution reprenant le principe de la résolution 2105 de 1965 réaffirme que « *la lutte des peuples soumis à la domination coloniale et étrangère et à des régimes racistes pour la réalisation de leur droit à l'autodétermination et à l'indépendance est légitime et entièrement conforme aux principes du droit international* ».

⁶⁷² Article 1§4 extraits.

⁶⁷³ AGNU, Résolution 2105 (XX), « Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux », 20 décembre 1965

⁶⁷⁴ AGNU, Résolution 3103 (XXVIII) « Principes de base concernant le statut juridique des combattants qui luttent contre la domination coloniale et étrangères et les régimes racistes », 12 décembre 1973, point 3.

Alors que le point 2 dispose que : « *Toute tentative visant à réprimer la lutte contre la domination coloniale et étrangères et les régimes racistes est incompatible avec la Charte des Nations Unies [...] et constitue une menace contre la paix et la sécurité internationales.* »

Et dans une forme de conclusion logique qui ne se présente pas comme telle,⁶⁷⁵ elle exige que les guerres de libération nationale soient considérées comme des conflits armés internationaux et que les combattants des mouvements armés impliqués soient traités comme des combattants tant durant les engagements militaires qu'en cas de détention

Il apparaît clairement ici que l'Assemblée Générale des Nations Unies soumet le droit applicable à la cause du conflit. Elle autorise spécifiquement les guerres menées contre la domination coloniale et étrangères et les régimes racistes puisque ce sont des guerres justes. On retrouve même la notion de faute commise par l'adversaire. Et parce que ces guerres sont justes, les combattants qui les conduisent, méritent d'être protégés par l'ensemble du droit des conflits armés. L'association étroite ici entre *jus in bello* et *jus ad bellum* se veut positive et sur le papier elle l'est.

Mais comme nous l'avons déjà longuement expliqué, la consécration de l'approche onusienne dans le droit humanitaire a justifié une partie des rejets du Protocole I d'une part et d'autre part, l'article 1§4 est resté lettre morte.

Cet article, tout comme le traitement de la légitime défense dans la jurisprudence de la CIJ sont l'image même des relations complexes que peuvent entretenir ses deux branches du droit, distinctes et pourtant imbriquées l'une dans l'autre. La confusion souvent opérée peut parfois favoriser une meilleure application du droit international humanitaire mais ce n'est pas toujours le cas.

§2. Jus in bello, Jus ad bellum, les liaisons dangereuses.

Si la théorie de la guerre juste a repris quelque vigueur depuis la deuxième moitié du vingtième siècle, souvent au service de la protection de la personne humaine, elle a aussi pu être instrumentalisée afin de justifier des violations du droit international humanitaire (II). De plus la

⁶⁷⁵ « Les conflits armés où il y a lutte de peuples contre la domination coloniale et étrangère et les régimes racistes doivent être considérés comme ces conflits armés internationaux au sens des Conventions de Genève de 1949, et le statut juridique prévu pour les combattants dans les Conventions de Genève de 1949 et les autres instruments internationaux doit s'appliquer aux personnes engagées dans une lutte armée contre la domination coloniale et étrangère et les régimes racistes ».

cause ultime, celle de la survie, est apparue comme permettant de justifier légalement une entorse aux principes du droit humanitaire dans la jurisprudence de la CIJ (I).

I. Légitime défense et survie de l'Etat : la chute du droit humanitaire.

Nous revenons ici sur l'avis de la CIJ que nous venons de quitter pour nous intéresser cette fois à l'application du droit international humanitaire à l'arme nucléaire.

L'avis rendu par la CIJ en 1996 a fait l'objet d'un très grand nombre de commentaires et critiques qui pour la plupart ont souligné l'étonnante conclusion rendue⁶⁷⁶.

A l'occasion des discussions soulevées par les négociations autour du désarmement général, l'Assemblée générale des Nations Unies décida d'interroger la CIJ quant à la licéité de l'usage de l'arme nucléaire, dans sa résolution 49/75K du 9 janvier 1995⁶⁷⁷.

Elle demanda donc à la Cour, s'il est « permis en droit international de recourir à la menace ou à l'emploi d'armes nucléaires en toute circonstance ».

La Cour s'estimant compétente a donné une réponse détaillée qui, du point de vue du droit humanitaire, est à la fois satisfaisante, en même temps qu'inquiétante.

Après avoir recherché en vain s'il existait une règle spécifique interdisant le recours à l'arme nucléaire, la Cour va appliquer à celle-ci les règles du droit des conflits armés.

Après avoir longuement étudié le problème, la Cour paraît dans un premier temps admettre que l'usage de l'arme nucléaire semble contraire au droit des conflits armés en raison de ses effets qui contreviennent si clairement à l'ensemble des principes structurels de ce droit⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ En plus de ceux que nous citons ici : DOSWALD-BECK Louise, « Le droit international humanitaire et l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », RICR, n° 823, 28/02/1997, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzhdz.htm>; FUJITA Hisakazu, « Au sujet de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice rendu sur la licéité des armes nucléaires », RICR, n°823, 28/02/1997, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzfvk.htm>;

⁶⁷⁷ La question est effectivement transmise à la Cour à la fin de l'année 1994.

⁶⁷⁸ La Cour détaille les principes qu'elle retient au paragraphe 78 de sa décision : « Les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire sont les suivants. Le premier principe est destiné à protéger la population civile et les biens de caractère civil, et établit la distinction entre combattants et non-combattants ; les Etats ne doivent jamais prendre pour cible des civils, ni en conséquence utiliser des armes qui sont l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires. Selon le second principe, il ne faut pas causer des maux superflus aux combattants : il est donc interdit d'utiliser des armes leur causant de tels maux ou aggravant inutilement leurs souffrance ; en application de ce second principe, les Etats n'ont pas un choix illimité quant aux armes qu'ils emploient. ». Elle y ajoute la clause de Martens.

Et pour cause, il ne paraît guère plausible que l'usage de l'arme nucléaire ne conduise pas à des effets indiscriminés et à des souffrances inutiles⁶⁷⁹. Non seulement au moment de l'impact de la bombe mais également par la suite. Ce que la Cour admet parfaitement puisqu'elle reconnaît au paragraphe 35 de l'avis que : « [d]e par ces caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète. »

Aussi est-elle bien obligée au paragraphe 95 de l'avis de conclure d'une part que « les méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants, sont interdits » et, par un raisonnement syllogistique, que « eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires⁶⁸⁰ [...] l'utilisation de ces armes n'apparaît effectivement guère conciliable avec le respect de telles exigences ».

Cependant, la formulation est prudente. Et si la Cour doit se rendre à l'évidence du raisonnement logique, elle ne peut ignorer complètement les exigences et les réalités de la géopolitique. Aussi complète-t-elle immédiatement son propos en concédant qu'elle « ne dispose pas des éléments suffisants pour pouvoir conclure avec certitude que l'emploi d'armes nucléaires serait nécessairement contraire aux principes et règles du droit applicable dans les conflits armés en toute circonstance. »⁶⁸¹

A ce stade, on pourrait envisager que la Cour fasse référence aux éventuels progrès techniques avancés par les Etats partisans de la licéité de l'arme nucléaire qui arguent que les armes nucléaires disponibles à l'heure actuelle n'auraient pas le même impact que Little Boy et Fat Man⁶⁸² au Japon. Ainsi, les nouvelles formes d'armes nucléaires permettraient-elles de contrôler les personnes touchées et les dégâts causés.

Toutefois ce n'est pas cela que la Cour envisage et elle lâche sa propre bombe au paragraphe 97 :

⁶⁷⁹ On trouvera ici : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/2013/4132-1-nuclear-weapons-human-health-2013-fre.pdf> une note d'information sur les effets de l'usage de l'arme nucléaire sur les personnes établie par le CICR. Il est incontestable que les effets de l'arme nucléaire notamment sur les civils sont parfaitement contraire au principe de distinction et à l'interdiction de causer des maux superflus.

⁶⁸⁰ C'est-à-dire justement les dégâts indiscriminés que les armes nucléaires causent.

⁶⁸¹ Fin du paragraphe 95 de l'avis.

⁶⁸² Noms de code donnés, respectivement, aux bombes lancés sur Hiroshima et Nagasaki.

« En conséquence, au vu de l'état actuel du droit international pris dans son ensemble, tel qu'elle l'a examiné ci-dessus, ainsi que des éléments de fait à sa disposition, la Cour est amenée à constater qu'elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un Etat dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause »

Il semblerait que la Cour estime que dans une circonstance extrême de légitime défense, l'Etat ne soit plus lié par le droit humanitaire.

Elle pose cette conclusion à l'égard de l'arme nucléaire, mais quid alors de toutes les autres armes de destruction massive, des armes chimiques et biologiques ? Est-ce que tout devient licite dès lors que la survie même de l'Etat est en jeu ? Et qu'est-ce que la Cour entend par survie de l'Etat ? Qui définira quand la survie même d'un Etat est en jeu ?

Par exemple, la survie de l'Etat syrien est-elle en cause aujourd'hui ? Et quelle partie au conflit serait alors légitime à utiliser l'arme nucléaire ? Même si nous admettons volontiers que la Cour n'a absolument pas cherché à encourager l'usage de l'arme nucléaire, il faut tout de même avouer qu'elle a ouvert une porte qui pourrait devenir le couvercle d'une boîte de Pandore.

Même si certaines critiques ont avancé que la Cour avait en fait tenté de ne pas répondre à la question posée, il nous faut nous ranger à l'avis de Luigi Condorelli⁶⁸³ lorsqu'il estime que la Cour a bien répondu à la question de savoir si oui ou non l'arme nucléaire était interdite en toute circonstance.

A notre sens, elle est même allée plus loin. En effet, si elle avait conclu de manière abstraite qu'elle estimait qu'il était imaginable que certaines circonstances de faits puissent permettre de faire usage de l'arme nucléaire sans violer le droit des conflits armés, elle n'en aurait pas absolument interdit l'usage sans pour autant affirmer qu'en cas de circonstance extrême de légitime défense, il était loisible aux Etats de ne plus faire cas du droit humanitaire.

⁶⁸³ « Le fait même que, pour quelque raison que ce soit, la Cour n'a pas décidé que l'arme nucléaire est toujours interdite implique, me semble-t-il, que les partisans de l'illégalité ont échoué, pour ainsi dire, à cent pour cent ; leur but, en effet, était justement d'obtenir de la Cour ce qu'ils n'ont pas obtenu, à savoir, la proclamation que les États nucléaires n'ont en aucun cas le droit d'utiliser l'arme qu'ils détiennent. *Vice versa*, du seul fait que la Cour n'a pas arrêté que la menace ou l'emploi de l'arme nucléaire est prohibé en toutes circonstances, les partisans de la légalité — lesquels, ne l'oublions pas, s'identifient pour l'essentiel avec les détenteurs de l'arme en question — ont eu gain de cause en substance : leur souhait fondamental (que leur politique de dissuasion nucléaire ne fût pas entachée *hic et nunc* d'illégalité) a été rondement exaucé. », CONDORELLI Luigi, « La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires : jura non novit curia ? », RICR, n°823, 28/02/1997, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzh76.htm>

Comme l'on affirmé Marie-Pierre Lanfranchi et Théodore Christakis, «[a]u lieu de croire au règne du droit et de régler à l'avance, dans une définition rigide et claire, la liberté d'action de l'Etat quand il estime sa vie en danger, on avance l'idée que la survie de l'Etat est le *summum jus*, et on renvoie toute la question angoissante de l'applicabilité ou non du droit, aux appréciations subjectives et calculs ésotériques de quelques décideurs militaires et politiques. »⁶⁸⁴

La dangerosité de cette position nous semble la rendre intenable. La Cour soumet ici le *jus in bello* au *jus ad bellum* puisque la cause de la guerre conditionne l'applicabilité du droit des conflits armés. Autant, lorsque dans le début de son avis, elle affirme qu'un recours à la force armée dans le cadre de la légitime défense ne peut être considéré comme licite que s'il respecte le droit des conflits armés, on se réjouit de voir un lien patent entre juste cause et justes moyens, autant sa conclusion soulève de multiples craintes.

On notera tout de même que cette partie du dispositif fut sans aucun doute très discuté puisque c'est de justesse que cette position fut adoptée. Avec une égalité parfaite, seule la prépondérance de la voix du Président a déterminé l'avis de la Cour. Ceci est d'autant plus notable qu'à l'exception du point B, les autres questions tranchées l'ont toute été à l'unanimité. Et sur le point B, seuls trois juges n'étaient pas en accord avec la décision de la Cour.

Dans cette décision, la Cour ne cesse de mêler *jus in bello* et *jus ad bellum* sans jamais d'ailleurs prendre le soin de préciser que les deux branches du droit sont normalement indépendantes l'une de l'autre.

Certes dans un premier temps cette confusion se fait au profit du droit international humanitaire. Mais nous ne saurions l'interpréter, avec Luigi Condorelli, comme la consécration du fait que « *le droit international humanitaire doit être respecté de manière égale par toutes les parties au conflit, sans considération aucune pour la causa belli* »⁶⁸⁵. Au contraire, comme nous l'avons déjà mentionné, si l'on considère ces dispositions sous l'angle de la doctrine de la guerre juste, il nous paraît clair que la Cour n'envisage pas qu'une juste cause puisse être défendu injustement. Cela ne signifie pas que les Parties qui font un recours illicite à la force ne sont plus soumises au droit humanitaire, mais seulement qu'il n'y pas de guerre juste, si les moyens de la mener ne le sont pas. Et par conséquent la légitime défense y perdrait sa légitimité.

⁶⁸⁴ LANFRANCHI Marie-Pierre, CHRISTAKIS Théodore, La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice, CERIC, Economica, coll. Coopération et développement, Paris, 1997, p. 110

⁶⁸⁵ CONDORELLI Luigi, « La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires : *jura non novit curia* ? », RICR, n°823, 28/02/1997, <https://www.icrc.org/fr/resources/documents/misc/5fzh76.htm>

Or le risque qu'il y a à mêler les deux branches du droit se présente de lui-même dans la suite de l'avis. Si l'on considère que l'un peut influencer sur l'autre, il devient possible d'imaginer qu'une cause suffisamment importante justifie la suspension des principes du droit humanitaire. Ce glissement conduit alors naturellement de la guerre juste à la Guerre Sainte dans laquelle une cause suprême justifie toutes les horreurs.

Comme l'affirme Eric David : « *en laissant entendre qu'un cas de légitime défense, aussi extrême fût-il, pourrait justifier l'emploi des armes nucléaires, la Cour procède à un autre dangereux amalgame entre jus ad bellum et jus in bello : elle suggère que le respect du second pourrait être subordonné à une règle du premier. Ce faisant, la Cour remet en cause un des principes de base du droit des conflits armés : le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre. Un résultat aussi contraire à l'essence du droit international humanitaire porte en lui les causes même de son invalidité.* »⁶⁸⁶

Pourtant la décision de la Cour traduit une réalité de la politique internationale. Il existe des circonstances dans lesquelles tous les Etats et tous les individus qui les composent seraient prêts à ne pas respecter les règles du droit des conflits armés ni d'ailleurs les règles indérrogeables du droit international des droits de l'homme. Et, comme on peut le constater au quotidien, ils n'attendent pas en général que la survie même de l'Etat soit en jeu.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est plus sage de maintenir la distinction traditionnelle entre *jus in bello* et *jus ad bellum* même s'il peut être tentant d'appliquer les principes de la guerre Juste traditionnelle en espérant que les parties se réclamant d'une cause légitime choisissent alors de respecter le droit des conflits armés.

II. La juste cause ou la licence de violer le droit international humanitaire.

Comme le notait déjà Michael Walzer en 1992, « *que l'on adopte ou non sa terminologie spécifique, la théorie de la guerre juste a toujours joué un rôle dans les arguments officiels ayant trait à la guerre. Aucun dirigeant politique ne peut envoyer des soldats au combat en leur demandant de risquer leur vie et de tuer d'autres individus sans les assurer de la justice de leur cause et de l'injustice de celle de leurs ennemis.* »⁶⁸⁷

En effet, les belligérants tendent à développer un argumentaire fondé sur le caractère essentiel des valeurs à défendre qu'elles soient idéologiques ou religieuses pour justifier leur guerre

⁶⁸⁶ DAVID Eric, « L'avis de la Cour internationale de Justice sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires », RICR, n°823, 28/02/1997, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzf5a.htm>

⁶⁸⁷ WALZER Michael, *Guerres juste et injustes*, Folio Essais Paris, 2006, p.10.

(A). A côté de cet usage classique, la juste cause réapparaît aussi dans les enceintes les plus surprenantes, nous examinerons donc ici une affaire jugée par la Cour européenne des droits (B).

A. Les guerres à prétention morale.

Depuis les attentats du 11 septembre 2001 ce constat est plus vrai encore tant la guerre contre le terrorisme a réactivé les notions de bien et de mal et de lutte contre les forces du mal. Et à l'inverse de ce qui se passe dans un roman ou un film de science-fiction, aucun Etat ou mouvement ne se réclame jamais du mal.

Ce phénomène de moralisation du monde que décrit Monique Canto-Sperber dans L'idée de Guerre Juste, conduit inévitablement non pas à une guerre juste au sens traditionnel du terme, mais bien plutôt à une guerre sainte ou à ce qu'elle appelle une guerre à prétention morale.⁶⁸⁸ Dans ce cas les tenants de ces guerres à prétention morale courent le risque de ne plus tenir compte que d'un seul élément de la théorie de la guerre juste, celui de la juste cause et d'estimer finalement que la poursuite de cette juste cause autorise tous les moyens nécessaires à son accomplissement. « *En effet, une violence exercée en vue du bien [...] est une violence qu'il est difficile de modérer, en raison du caractère absolu de son objectif et de la conviction de mener une action droite, conforme à une raison ou une réalité supérieures [...] D'où le risque d'illimitation inhérent aux guerres à prétention morale.* »⁶⁸⁹

Or, il semble que ces quinze dernières années, le monde ait été le théâtre de plus d'une guerre à prétention morale qui ont conduit à de nombreuses violations du droit des conflits armés. La guerre contre le terrorisme en est certainement le meilleur exemple, dans la mesure où le discours des dirigeants concernés est enraciné dans l'idée de la défense des valeurs morales et du plus grand bien et qu'il a servi de justification à des exactions pourtant condamnées par lesdites valeurs. De plus, elle sert aujourd'hui de prétexte universel.

Le discours relatif à la guerre juste est omniprésent dans la politique américaine extérieure depuis longtemps⁶⁹⁰, mais il a pris une nouvelle importance depuis les attentats du 11 septembre 2001.

En décidant de conduire une guerre contre l'axe du Mal⁶⁹¹, Georges W. Bush n'innovait pas à proprement parler mais les deux guerres qu'il a mené en Afghanistan et en Irak ont conduit aux

⁶⁸⁸ CANTO-SPERBER Monique, *L'idée de guerre juste*, PUF, Paris, 2015, version numérique Kindle.

⁶⁸⁹ Ibidem, emplacement 766.

⁶⁹⁰ BRUNSTETTER Daniel R., « Yes we can ? La théorie de la guerre juste dans les campagnes présidentielles américaines », *Raisons politiques* 2012/1, n°45, p. 59-80.

horreurs de Guantanamo et au scandale d'Abou Ghraib. Les Etats-Unis, plus sensibles sans doute à la qualité de leur image ont tenté de justifier juridiquement de profondes dérogations au droit en « créant » le statut de combattant illégal ou en autorisant officiellement des méthodes de torture.⁶⁹² Le rapport de Constitution Projects, une ONG américaine dédiée à la recherche sur les enjeux politiques et juridiques constitutionnels américains, sur le traitement des détenus illustre sur six cents pages la mise en place des politiques de torture par l'administration américaine.

On y trouve par exemple un extrait du memorandum écrit par le Lieutenant-Colonel Beaver au soutien d'une demande d'extension des techniques d'interrogatoire⁶⁹³ qui explique ainsi que les nouvelles techniques envisagées ne violeraient pas l'interdiction de recourir à la torture parce que l'obtention des informations nécessaires à la protection de la sécurité des Etats-Unis, de ses citoyens et ses alliés, est un objectif légitime du gouvernement. De plus, ces méthodes ne seraient pas utilisées de manière sadique dans le but de causer de la souffrance.⁶⁹⁴

Le rapport précise encore que des avocats du gouvernement considérait que la nature unique des conflits postérieurs au 11 septembre permettait voire requérait une réinterprétation significative des obligations légales américaines⁶⁹⁵.

Si la guerre contre le terrorisme américaine a pris une telle tournure sous l'administration Bush, il ne faut pas croire que le risque ne soit pas couru par tous les tenants d'un discours mettant en exergue une juste cause.

En France aussi on évoque la théorie de la guerre juste à demi-mots. Ainsi François Hollande déclarait le 8 septembre 2016 : « *Voilà l'ennemi, nous le nommons, il est redoutable, et même s'il*

⁶⁹¹ Le Président américain définissant ainsi les Etats appartenant à l'axe du mal dans son discours du 29 janvier 2002, « States like these, and their terrorist allies, constitute an axis of evil, arming to threaten the peace of the world ». Sont alors montrés du doigt la Corée du Nord, l'Iran et l'Iraq.

<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/onpolitics/transcripts/sou012902.htm>

⁶⁹² The Report of The Constitution Project's Task Force on Detainee Treatment, Washington DC, 2013.

⁶⁹³ Il est fait spécifiquement référence aux "enhanced interrogation techniques", euphémismes de l'administration américaine regroupant les différentes techniques d'interrogatoire ayant recours à la coercition et à la souffrance physique et psychologique, comme les simulacres de noyade, la privation de sommeil, la privation ou l'hyperstimulation sensorielle, les humiliations...

⁶⁹⁴ Ibidem p. 38 : « Dunlavey's request was accompanied by a legal memorandum by Lieutenant Colonel Beaver, who wrote that neither the Geneva Conventions nor the dictates of the Army's interrogation field manual were binding at Guantanamo. She wrote that the "enhanced" techniques would not violate the Torture Statute because there is a legitimate governmental objective in obtaining the information necessary ... for the protection of the national security of the United States, its citizens, and allies. Furthermore, these methods would not be used for "the very malicious and sadistic purpose of causing harm" »

⁶⁹⁵ Ibidem p. 119 : « The horror of September 11 quickly threw up questions about the obligations of the United States and its agents under domestic and international law. Before then, U.S. detainee policy had arisen, almost exclusively, in connection with armed conflicts, fought on foreign soil, between nation states. Some government attorneys came to argue that the "unique nature of the post-September 11 conflicts, allowed – if not required – some significant reinterpretations of U.S. legal obligations. »

recale, en Syrie et en Irak, il s'installe sur d'autres terrains en Afrique, en Asie (...). La démocratie est sa cible, elle incarne le contraire de ce qu'il est : la liberté de culte, le respect, l'égalité entre les femmes et les hommes. Ces principes lui sont insupportables. » Et il ajoutait qu' « *au terme de la lutte, la démocratie triomphera* » et que « *c'est ainsi que les terroristes seront traqués, réduits et au bout du compte annihilés* ». ⁶⁹⁶ Certes pour le moment rien n'indique que la France ait recours en Syrie ou au Mali à des moyens contraires au droit des conflits armés, mais on se trouve en plein dans le discours d'une guerre à prétention morale avec tous les risques que cela comporte. Et déjà, certains n'hésitent pas à réclamer une « adaptation » de l'Etat de droit face à la barbarie⁶⁹⁷. On imagine ce que cela donnerait si le conflit armé se déroulait véritablement sur notre territoire.

En Syrie, Bachar Al Assad justifie toutes ses actions comme une lutte contre les terroristes y compris lorsqu'il fait usage d'armes chimiques dans des zones peuplées. La Russie elle aussi défend son intervention en Syrie par sa volonté de lutter contre le terrorisme international.⁶⁹⁸

Quant à un groupe comme l'Organisation Etat Islamique qui fonde son combat sur une cause religieuse que ces membres vivent comme la plus juste qui soit, le djihad. Il ne pose, semble-t-il aucune limite à son combat, pire encore il se complait dans l'horreur des décapitations et de la terreur.

B. Un cas individuel un peu surprenant devant la Cour européenne des droits de l'homme : de l'acceptation viscérale de la justesse des représailles et l'affirmation de leur interdiction.

C'est devant la Cour européenne des droits de l'homme que la question des représailles a été posée au niveau individuel dans l'affaire Kononov c. Lettonie⁶⁹⁹. Cette affaire a fait l'objet de deux décisions dont la première très surprenante sera l'objet principal de notre étude (1). Invalidée par un arrêt de la Grande Chambre (2), elle n'a pas de valeur juridique positive, mais elle illustre magistralement la réaction viscérale de juges pourtant parfaitement au fait des règles du droit

⁶⁹⁶ Président François Hollande, Discours au colloque « La Démocratie face au terrorisme », prononcé le 8 septembre 2016.

<http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-au-colloque-la-democratie-face-au-terrorisme-2/>

⁶⁹⁷ Voir par exemple : BEKMEZIAN Hélène, GOAR Matthieu, « Terrorisme : l'Etat de droit au cœur de la polémique », Le monde, 28 juillet 2016. www.lemonde.fr

⁶⁹⁸ Voir par exemple : Discours de Vladimir Poutine à l'Assemblée Générale des Nations Unies du 28 septembre 2015.

⁶⁹⁹ CEDH, 24 juillet 2008, Kononov c. Lettonie, Troisième section (Requête n° 36376/04)

international. Les opinions individuelles formulées par les juges permettent de mieux comprendre leur première étrange décision (3).

Emmanuel Decaux souligne la dimension politique de ces décisions « Kononov » qui s'inscrivent dans la douloureuse et complexe histoire des Etats d'Europe de l'Est soumis à une double occupation pendant la seconde Guerre Mondiale.⁷⁰⁰

1. L'affaire.

Les évènements à l'origine de cette affaire ont eu lieu pendant la Seconde Guerre mondiale en Lettonie en 1944. Il est nécessaire de s'y attarder afin de bien comprendre les violations en cause. Le requérant, M. Vassili Kononov, Letton, mais intégré aux forces armées de l'URSS qui avaient annexé le pays en 1940, a le 27 mai 1944 participé et dirigé une attaque contre un village letton.

Le pays passé sous occupation allemande, la Wehrmacht, en février 1944 a attaqué et anéanti un groupe de partisans rouges retranchés dans une ferme dans le village de Mazie Bati. Le requérant et son commando soupçonnèrent les habitants d'avoir dénoncé le groupe de partisans et ils décidèrent alors de mener des représailles à l'encontre des villageois.

Ils attaquèrent donc le 27 février 1944. Ils abattirent ainsi six hommes et trois femmes dont une enceinte de neuf mois brûlée vive. Ils déclenchèrent plusieurs incendies afin de détruire les habitations des villageois pris pour cible.

Il a été par ailleurs spécifié que le requérant et les membres de son commando avaient adopté l'uniforme de la Wehrmacht dans le but de tranquilliser les villageois.

Par la suite, une fois la paix revenue, le requérant a exercé des fonctions dans la police soviétique jusqu'à la retraite. Il se vit aussi accorder la nationalité russe ainsi que diverses autres récompenses pour services rendus.

En 1998, suite à des enquêtes menées par le Centre de documentation sur les conséquences du totalitarisme, le parquet de Riga engagea des poursuites à l'encontre du requérant pour crimes de guerre.

Il fut reconnu coupable et condamné à une peine mineure réputée déjà purgée en raison de son âge et de son état de santé.

Il saisit la CEDH notamment parce qu'il estimait avoir été condamné sur la base d'une loi postérieure à la commission des faits et qu'ainsi l'article 7⁷⁰¹ de la CESDH avait été violé. Il avançait aussi la

⁷⁰⁰ Decaux Emmanuel, « De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire, CEDH (Gde Ch.) Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010 », RTDH, 2011, n° 86, p.344.

⁷⁰¹ Article 7 CEDH, Pas de peine sans loi : « 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international.

violation d'une série d'autres articles, mais ses griefs-ci furent tous déclarés irrecevables⁷⁰². Seul le grief portant sur une violation de l'article 7 fut retenu par la Cour.

La Cour devait donc vérifier si les règles que les juridictions lettones avaient appliquées existaient au moment de la commission des faits et par ailleurs si le requérant « *pouvait raisonnablement prévoir qu'il se rendait coupable* »⁷⁰³ d'un crime en agissant comme il l'a fait.

C'est pour cette raison que la Cour va se livrer à l'examen des faits et des actes du requérant notamment au regard du droit des conflits armés existant en 1944.⁷⁰⁴

Ce faisant, elle élabore une analyse du droit humanitaire très particulière et très surprenante. La chambre de section développe une lecture inhabituelle du droit des conflits armés dans le cadre de cette opération de représailles.

De manière schématique, il semblerait que la Cour considère que des représailles « *justifiées* » permettent de contrevenir profondément et complètement aux règles fondamentales du droit des conflits armés.

En effet, La chambre de section considère à son paragraphe 130 que :

« Dans son arrêt du 30 avril 2004, la chambre des affaires pénales a tenté de justifier cette collaboration par la nécessité, pour les personnes concernées, de se défendre elles-mêmes et de protéger leurs familles contre les partisans rouges. La Cour ne peut pas accepter cet argument. En premier lieu, elle tient à rappeler que le national-socialisme est, en tant que tel, absolument contraire aux valeurs les plus fondamentales sous-tendant la Convention ; par conséquent, quelle que soit la

De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

⁷⁰² CEDH, 20 septembre 2007, Kononov c. Lettonie, Troisième section, décision sur la recevabilité (Requête n° 36376/04), la Cour déclare irrecevable les griefs fondés sur l'article 3, 5, 6§1, 13, 15 et 18.

⁷⁰³ Ibidem, §.122

⁷⁰⁴ Parmi les normes pertinentes à l'époque, on notera les articles suivants de la Convention (IV) de La Haye, du 18 octobre 1907 concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre : articles 1, 2, 3, 22, 23, 24, 25, 28, 42, 46, 47, 50. Certes, la Lettonie n'était pas partie à l'époque à cette Convention, mais pour bon nombre de ses dispositions ont pu être considérée comme relevant de la coutume internationale.

On signalera que selon le Tribunal Militaire de Nüremberg : « Les Règles de la guerre terrestre contenues dans la Convention réalisaient certes un progrès du Droit international. (...) En 1939, ces règles, contenues dans la Convention, furent admises par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme l'expression codifiée des lois et coutumes de la guerre... ». (Procès des Grands Criminels de Guerre devant le Tribunal Militaire International, Nüremberg 14 novembre -1 octobre 1946).

Ce qui est valable pour les membres des forces armées allemandes et japonaises ne peut pas l'être moins pour les forces armées les ayant combattues.

raison invoquée, elle ne saurait accorder une légitimation quelconque à une attitude pronazie ou une collaboration active avec les forces de l'Allemagne nazie [...]. En deuxième lieu, les villageois susvisés ne pouvaient ignorer que, s'engageant ainsi du côté de l'une des parties belligérantes, ils s'exposaient, justement, au danger de représailles de la part de l'autre. »

Et qu'ainsi le requérant n'a commis aucun crime de guerre en menant des représailles contre la population civile puisque celle-ci en prenant partie pour la force d'occupation s'était elle-même constituée comme une cible légitime.

Un premier élément surprenant est donc cette prise en compte du rattachement des habitants de Mazie Bati à l'Allemagne nazie. Ils deviennent alors des ennemis du fait de ce rattachement et semblent perdre leur statut de civils.

Or une des règles fondamentales du droit humanitaire, celle-là même qui se trouve à l'origine du projet d'Henri Dunant, est que les règles de protection s'appliquent à tous sans que puisse être prise en compte l'appartenance à une partie au conflit.

Dans sa logique la Troisième Chambre semble, selon Emmanuel Decaux et la Grande Chambre opérer une confusion entre *jus ad bellum et jus in bello*.⁷⁰⁵

Son argumentation paraît en effet basée sur le fait que le requérant appartenait aux Alliés et ses victimes à l'ennemi. Cet état de fait ayant visiblement pour conséquence que les actes commis par les villageois étaient nécessairement condamnables. Les habitants de Mazie Bati méritaient donc d'être punis et perdaient leur droit à toute forme de protection offerte par le droit humanitaire.

D'ailleurs si la Cour s'attarde sur le statut des villageois pour conclure qu'ils pouvaient être considérés comme des combattants, elle ne prend pas le temps de vérifier si l'attaque menée ne contrevenait pas aussi aux règles protégeant les combattants, notamment les combattants désarmés.

Cette logique est profondément surprenante. Comment la comprendre sans considérer que les juges estiment que les représailles menées par le requérant sont normales et légitimes. Que venger la mort des membres de sa division était indispensable.

Or les représailles ne sont pas supposées être une forme de vengeance⁷⁰⁶ et elles ne doivent répondre qu'à une violation initiale du droit humanitaire. Si le fait pour les villageois lettons d'avoir

⁷⁰⁵ « Ce faisant la Grande Chambre prend le contrepied des errements de la 3^e chambre, qui avait confondu le *jus ad bellum* et le *jus in bello* ». Decaux Emmanuel, « De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire, CEDH (Gde Ch.) Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010 », RTDH, 2011, n° 86, p.351

dénoncé la présence des partisans rouges peut être historiquement considéré comme une forme de trahison, il est difficile d'établir avec certitude qu'il s'agit d'une trahison au sens de l'article 23 de la Convention IV de La Haye de 1907. D'autant plus que les villageois n'ont pas participé eux-mêmes au combat qui s'en est suivi.

Il est aussi très clair que la Cour ne remet aucunement en question le principe des représailles. Certes à l'époque elles n'étaient effectivement pas interdites et plus encore qu'aujourd'hui il apparaît difficile d'estimer que le principe de leur interdiction était du droit coutumier, mais l'évoquer seulement paraîtrait judicieux.

Les juges ont très nettement développé la position que « *les fins justifient les moyens si c'est pour la bonne cause* ». ⁷⁰⁷

Ce raisonnement vient quand même de juges, juristes professionnels, membres de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ont plutôt pour habitude de se ranger du côté de personnes ayant perdu la vie et menant une politique judiciaire clairement en faveur du développement de la protection due au titre du droit à la vie. Il est donc difficilement compréhensible si l'on se contente de l'examiner à la lumière du droit positif, surtout en considérant l'étrange justification soulevée par la Cour au paragraphe 134 de la décision. ⁷⁰⁸ La Cour met en avant que les actes mis en cause ne diffèrent finalement en rien d'autres actes commis à la même période par les forces alliées et les mouvements de résistance. On peut, là encore, s'interroger sur une telle analyse si profondément contraire non seulement à la logique humanitaire mais tout simplement à la logique judiciaire.

On reste perplexe. ⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ Même si dans les faits la distinction semble bien délicate et la Cour ne s'interroge à aucun moment sur les règles applicables à des représailles licites. Certes, elle n'est pas une juridiction spécialisée en droit de conflits armés ou en droit international pénal, mais cela aurait été probablement bienvenu.

⁷⁰⁷ Decaux Emmanuel, « De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire, CEDH (Gde Ch.) Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010 », RTDH, 2011, n° 86, p.351

⁷⁰⁸ CEDH, 24 juillet 2008, Kononov c. Lettonie, §134, extraits : « Or, en l'espèce, on est en présence d'une opération militaire ciblée ayant consisté en une exécution ponctuelle de collaborateurs armés par l'ennemi nazi, qui faisaient l'objet d'une suspicion légitime de représenter un danger pour les partisans rouges et dont les agissements avaient déjà causé la mort de leurs camarades. Dès lors, la Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il s'agissait d'un « village non défendu ». En effet, cette opération ne semble guère différente de celles effectuées à la même époque par les forces armées des Alliés et par les résistants locaux dans de nombreux pays européens occupés par l'Allemagne nazie. »

⁷⁰⁹ Il faut quand même signaler que la Cour était très divisée et que c'est à la simple majorité de quatre juge sur sept que la Cour a conclu dans ce sens.

2. Mise en perspective.

L'opinion concordante du juge Myjer éclaire un petit peu son raisonnement. Il apparaît troublé et indique d'ailleurs que c'est en raison de la complexité de l'affaire qu'il a souhaité publier une opinion concordante, alors qu'il n'adhère pas à cette pratique en général.

Cette opinion est intéressante de notre point de vue parce qu'elle met en lumière les tensions internes liées à la prise de décision. Elle évoque notamment des questions culturelles et des réactions « *naturelles* ».

En effet, le juge Myjer explique que ressortissant néerlandais (mais en réalité cette explication peut s'appliquer à tous les Européens d'aujourd'hui), il a été élevé dans la conviction que les Nazis et leurs collaborateurs étaient le Mal et que ceux qui les combattaient, représentaient le Bien et que les méthodes utilisées pour les combattre importaient peu.⁷¹⁰

Il est convaincu que l'affaire ne saurait être traitée de la même manière que les autres affaires portant sur la Seconde Guerre Mondiale. En effet, l'affaire Kononov est la première dans laquelle ce n'est pas un sympathisant nazi qui a été poursuivi en interne mais un opposant. Sans doute que cette perception des choses étaient très répandues à l'époque et le reste aujourd'hui. Il n'y a eu quasiment aucun procès pour crimes de guerre contre les forces alliées, comme le souligne le juge.⁷¹¹

La difficulté du raisonnement juridique est tout à fait perceptible. « *Le sentiment de malaise est d'autant plus fort que les arguments mis en avant par le juge néerlandais, le juge Myjer, qui a fait pencher la majorité, peuvent sembler particulièrement maladroits sinon spécieux.* »⁷¹² Il se sent obligé de reconnaître que les actes en cause paraissent bien être des actes criminels et c'est là finalement la source de son malaise. Ce sont des actes criminels et pourtant il les comprend et cherche à leur trouver une justification.

Il évoque tour à tour la collaboration inadmissible des villageois avec les forces nazies, un désir de vengeance bien légitime. Pour finir, il conclut que les actes en cause ne sont pas justifiables et que les

⁷¹⁰ CEDH, 24 juillet 2008, Kononov c. Lettonie, opinion concordante du juge Myjer, §9.

⁷¹¹ Une réflexion s'impose, les poursuites effectuées en interne semblent trouver leur origine moins dans une volonté d'assainissement des suites directes de la Seconde Guerre Mondiale que dans un système de poursuites des crimes commis par les forces d'occupation soviétiques et de leurs collaborateurs. C'est d'ailleurs un point que soulève le requérant quant à la question de la prévisibilité subjective des poursuites. On peut alors aussi se demander, si ce qui a incité à la poursuite et à la condamnation en interne de monsieur Kononov n'est pas aussi à chercher dans son rattachement à l'URSS. Cela ne le dédouane aucunement, ni ne légitime ses actions, mais cela permet peut-être de souligner que la dynamique interne était finalement semblable à celle ayant conduit à la poursuite exclusive des crimes des Nazis et non de ceux commis par les forces Alliées.

⁷¹² Decaux Emmanuel, « De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire, CEDH (Gde Ch.) Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010 », RTDH, 2011, n° 86, p.344.

villageois étaient effectivement protégés par les règles du droit international en vigueur à l'époque.⁷¹³

Malgré tout, il estime que ces actes ne constituaient pas des crimes de guerre imprescriptibles et qu'ainsi l'article 7 de la CEDH a bien été violé. En effet, pour lui tous les crimes commis durant une guerre ne sont pas des crimes de guerre. S'il faut tomber d'accord avec cette affirmation, il semble pourtant que les faits en cause appartiennent relativement clairement à cette catégorie, et ce d'autant plus que l'accusé prétend que ses victimes étaient des combattants.⁷¹⁴

Dans leur opinion dissidente, les juges Fura-Sandström, David Thor Björgvinsson et Ziemele dénoncent cette logique qui opère une discrimination quant aux règles applicables aux acteurs du conflit, notamment en matière de crimes de guerre, en fonction de leur appartenance. Ils pointent aussi du doigt la mauvaise interprétation du droit humanitaire faite par la Cour.⁷¹⁵

Le juge David Thor Björgvinsson souligne aussi l'étrangeté pour la Cour d'avoir réexaminé si profondément les faits établis devant les juridictions internes et leur requalification au moins en partie. C'est là encore une attitude très inhabituelle de la part des juges de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'en tiennent plutôt strictement au principe que la Cour ne constitue pas un quatrième degré de juridiction. C'est d'autant plus surprenant qu'ils ont estimé dans la décision relative à la recevabilité que les demandes basées sur l'article 6 étaient irrecevables et ont admis que la procédure interne avait respectée l'ensemble des exigences posées par la Cour en cette matière.⁷¹⁶ Ces juges dissidents dénoncent la position de la Cour et en soulignent qu'elle semble moins reposer sur des arguments juridiques solides que sur la collaboration des villageois de Mazie Bati avec les forces d'occupation allemandes

Comment expliquer l'arrêt de la chambre de section ? Une explication peut être avancée en se fondant à la fois sur l'arrêt, la position du juge Myjer, mais également, sur les éléments liés à la question de la réciprocité développés tout au long de ce chapitre.

En effet, dans la manière dont sont rapportés les faits, les actions préalables des villageois apparaissent toujours comme la cause essentielle de la réaction du requérant. Non seulement, le terme de représailles est utilisé plusieurs fois, alors même que la Cour n'en fait aucun usage juridique, mais régulièrement il est fait état de la nécessité, de la normalité même de la réaction des

⁷¹³ CEDH, 24 juillet 2008, Kononov c. Lettonie, opinion concordante du juge Myjer, §10 à 13

⁷¹⁴ Ibidem, §14 à 15

⁷¹⁵ CEDH, 24 juillet 2008, Kononov c. Lettonie, Opinion dissidente commune aux juges Fura-Sandström, David Thor Björgvinsson et Ziemele, §12 à 14.

⁷¹⁶ CEDH, 24 juillet 2008, Kononov c. Lettonie, Opinion dissidente du juge David Thor Björgvinsson, §1.

partisans rouges à la tête desquels se trouvait monsieur Kononov. Le juge Myjer lui-même le souligne.

Il n'en faut guère plus pour avancer l'idée que peut-être les juges spontanément et fondamentalement ne parvenaient pas à trouver les actes du requérant complètement condamnables en dépit des circonstances et de leur teneur exacte.

Dans le cadre de la réciprocité négative, il était normal sinon essentiel pour monsieur Kononov et son escouade de venger leurs camarades. Nos réflexions précédentes ont permis de comprendre que cela faisait partie intégrante d'un processus identitaire naturel.

Même si nous nous rangeons à l'avis de la Grande Chambre que monsieur Kononov devait être conscient de l'illicéité de ses actes, il est aussi possible que lui et toute la chaîne de commandement d'ailleurs n'aient même pas envisagé d'agir différemment.

Cette admission du caractère naturel et légitime de la vengeance des partisans rouges est complétée par un élément qui s'éloigne du sujet mais qui mérite d'être soulevé. Bien que le droit humanitaire s'efforce depuis l'origine de lutter contre toute forme de discrimination dans la protection accordée aux civils ou aux combattants, il apparaît très difficile dans les faits pour les acteurs du conflit de ne pas attacher d'importance au rattachement des individus à telle ou telle partie au conflit. Le cas de la seconde Guerre Mondiale est extrême mais il n'est pas unique. Dans les faits, il est très difficile de détacher totalement les causes de la guerre, les motivations des acteurs de leurs actions militaires.

On observe ici très clairement que le rattachement des villageois au régime nazi et celui du requérant aux forces alliées impliquent pour la Cour un traitement différencié. Pour dire les choses simplement, le requérant se battait du côté du Bien alors on lui doit un minimum d'indulgence.

Ce type de dynamique existe toujours dans les conflits contemporains en particulier liés aux droits de l'homme. Le risque y est grand de voir accorder un blanc-seing aux uns et d'opérer une condamnation par avance des autres, sans qu'il soit évidemment question de condamner le combat pour la liberté ou de cautionner les régimes dictatoriaux.

Dans le même ordre d'idées, on peut noter que les trois juges opposés à la majorité étaient arménien, roumain et slovène alors que la majorité était composée d'un juge islandais, un juge letton, un juge suédois et un juge néerlandais. La fracture historique et culturelle apparaît pleinement ici. Comme l'affirme Emmanuel Decaux, elle « *marque les limites de l'exercice* »⁷¹⁷ de la

⁷¹⁷ Ibidem, p.344

Cour quand les évènements en cause sont encore constitutifs de clivages profonds au sein de la société européenne.

Sans doute est-ce les deux éléments pris ensemble qui explique le plus sûrement l'arrêt de la Chambre de section. Des actes gratuits n'auraient pas pu emporter la même adhésion tant ils auraient paru barbares mais dans le même temps la condamnation absolue de la collaboration avec le régime nazi a renforcé cette adhésion.

3. L'arrêt de Grande Chambre ou le retour à la raison de la Cour.

Cette décision a bien sûr été invalidée par la Grande Chambre par la suite dans un arrêt du 17 mai 2010.⁷¹⁸

Dans cette décision, la Grande Chambre prend soin de retracer avec précision l'ensemble du droit humanitaire applicable à l'époque des faits en commençant par le code Lieber de 1864.

Comme la chambre de section, mais avec plus de rigueur, elle applique le droit humanitaire dans le détail en commençant par déterminer le statut de tous les intervenants dans les faits de l'affaire, à savoir M. Kononov et les villageois.

Selon elle, le statut de combattant de Kononov ne fait guère de doute. Elle estime qu'eu égard à ses fonctions au sein de l'armée rouge, il remplissait les critères posés par la Convention de La Haye de 1907.⁷¹⁹ La Cour prend toutefois soin de noter que le fait que M. Kononov et les membres de son unité aient porté l'uniforme de la Wehrmacht au moment des faits dans le but de tromper les habitants de Mazie Bati, serait de nature à les priver de leur statut de combattant et constitutif d'une infraction aux lois et coutumes de la guerre. Mais dans la mesure où ce point n'a pas été retenu par les juridictions internes, elle n'en tire aucune conséquence directe dans sa décision.

En ce qui concerne les villageois, la Cour veut bien admettre qu'ils relevaient également de la catégorie des combattants en tant que civils ayant pris part aux hostilités ou en raison de leur rôle d'auxiliaires de l'armée allemande⁷²⁰. Elle ajoute par la suite que les combattants tombés au pouvoir de l'ennemi doivent être considérés comme des prisonniers de guerre, être traités humainement et ne pas être exécutés sommairement⁷²¹.

⁷¹⁸ CEDH, 17 mai 2010, Kononov c. Lettonie, Grande Chambre, (Requête n° 36376/04)

⁷¹⁹ §200.

⁷²⁰ §194.

⁷²¹ § 202.

Elle souligne ainsi, ce que la Chambre de section avait totalement occulté, que même en se rangeant à l'avis du requérant que les villageois visés étaient des combattants, le traitement qu'ils ont subi et leur mise à mort contreviennent également au droit des prisonniers de guerre.

La Cour poursuit en indiquant que si au contraire les villageois devaient être considérés comme des civils, alors dans ce cas l'interdiction de les attaquer devenait absolue. Et si par hasard, il était découvert qu'ils avaient pris part aux hostilités, ils devaient aussi faire l'objet d'un procès équitable et non d'une exécution sommaire et sauvage.

« Enfin, la Cour ajoutera que, même à admettre que les villageois (quelque statut juridique qu'on leur attribue) aient commis des crimes de guerre, en 1944 le droit international coutumier n'autorisait le requérant et son unité qu'à arrêter les villageois et, après seulement le prononcé d'une condamnation à l'issue d'un procès équitable, à exécuter le châtement infligé (paragraphe 204 ci-dessus). »⁷²²

La Cour se penche ensuite sur l'argument des représailles. Elle fait valoir que si les juridictions internes ont bien présenté les actes de M. Kononov comme des représailles, elle n'en a tiré aucune conséquence juridique notamment sur la légalité desdits actes. L'argument lui-même n'avait pas, en fait à être soulevé devant la Cour européenne des droits de l'homme dans la mesure où elle devait s'assurer, dans cet arrêt, du respect du principe de légalité des délits et des peines. Elle prend tout de même le temps de rappeler « que l'on ne peut se défendre d'une accusation de crimes de guerre en plaidant que d'autres ont aussi commis pareils crimes, à moins que ces actes imputés aux autres aient revêtu un caractère, une ampleur et une régularité propres à attester un changement dans la coutume internationale. »⁷²³

Elle rejette donc ici clairement l'application du principe de réciprocité dans le cas des crimes de guerre. Cependant, il faut quand même souligner que la Grande Chambre, elle-même, paraît ne pas donner au droit humanitaire toute la force juridique requise. On ne peut qu'acquiescer avec Emmanuel Decaux lorsqu'il estime que « *[s]'agissant d'un principe fondamental du droit humanitaire, il semble assez risqué d'affirmer qu'une pratique généralisée suffise à remettre en cause une norme relevant du jus cogens.* »⁷²⁴

Finalement, la Grande Chambre a corrigé les errements de la chambre de section et conclut à la non-violation de l'article 7.

⁷²² §221.

⁷²³ § 226.

⁷²⁴ Decaux Emmanuel, « De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire, CEDH (Gde Ch.) Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010 », RTDH, 2011, n° 86, p. 352

De ces différentes approches on peut tirer quelques conclusions.

Il apparaît qu'à l'instar de l'emploi de l'arme nucléaire, l'interdiction des représailles se trouve dans une situation de tension entre une volonté clairement établie de les interdire et la réticence de plusieurs Etats quant à leur abandon totale quelles que puissent être les circonstances.

Nos recherches et nos réflexions semblent pouvoir indiquer que cet attachement persistant puisse provenir plus largement de l'attachement à la réciprocité négative qui implique que tout comportement négatif doit recevoir une réponse négative, une forme de punition.

Section 2. Qualification d'un conflit : label d'une juste cause.

La qualification des conflits est un travail habituel pour tout praticien du droit international humanitaire. Bien qu'il s'agisse normalement d'un exercice objectif basé sur des constatations de fait et à laquelle on applique une définition, la réalité de la vie internationale en a fait le centre d'enjeux politico-juridiques majeurs en particulier dans les cas de conflits armés internes.

Cette qualification joue un rôle juridique évident mais semble également porteuse d'enjeux symboliques majeurs pour les parties au conflit.

Ainsi, en s'appuyant sur les théories de la reconnaissance d'Axel Honneth⁷²⁵, Aude Merlin et Anne Le Huérou⁷²⁶, dans leur article, « *La lutte pour la reconnaissance* », développent une analyse du conflit en Tchétchénie sous l'angle de la lutte pour la reconnaissance. Elles mettent l'accent sur deux aspects de la reconnaissance particulièrement intéressants.

Le premier aspect tient au rôle de l'absence de reconnaissance de la part des autorités russes des revendications identitaires de la Tchétchénie qui ont, selon leur analyse, au moins en partie, conduit au déclenchement du conflit.

⁷²⁵ Axel Honneth démontre à l'issue de sa réflexion sur la reconnaissance que toute « expérience d'une certaine forme de reconnaissance ouvre à chaque fois la perspective de nouvelles possibilités d'identités, qui à leur tour font nécessairement l'objet d'une nouvelle lutte pour la reconnaissance. » La potentialité du conflit est donc constitutive de la mécanique de reconnaissance. Toutefois, les trois sphères de reconnaissance que l'auteur identifie ne se prêtent pas toutes à un conflit social. L'amour par exemple ne saurait donner lieu à un conflit qui transcende les aspirations individuelles. Il faut donc que la sphère de reconnaissance concernée porte sur un élément d'identité collective ou partagée entre plusieurs individus.

Cette hypothèse de reconnaissance dans le cadre d'une identité collective nous permet rapidement d'envisager les différents cas de conflits sociaux fondés sur des revendications identitaires. Or, on le sait, les revendications identitaires jouent souvent un rôle majeur dans les conflits armés et conduisent également à la commission de violations graves du droit international.

⁷²⁶ Merlin Aude, Le Huérou Anne, « Le conflit Tchétchène à l'épreuve de la reconnaissance », Cultures et Conflits, n°87, Automne 2012, URL : <http://conflits.revues.org/18475>

Le second s'attarde sur la qualification du conflit et l'enjeu de reconnaissance qu'il constitue. Cet aspect apparaît comme très pertinent pour notre étude dans la mesure où il s'intéresse à une question clef du droit international humanitaire : la qualification des conflits.

Les auteurs expliquent que dans le conflit en Tchétchénie, se sont opposés, très classiquement, les vues des forces rebelles tchétchènes qui souhaitaient voir reconnaître un conflit armé interne et même un conflit de décolonisation et de l'autre la Russie qui maintenait qu'il ne s'agissait pas d'un conflit armé, mais de troubles intérieurs et de lutte contre le terrorisme. Au regard du droit international, la qualification la plus souvent retenue était celle de conflit armé non international.

La tendance chez les défenseurs du droit humanitaire est d'effacer la distinction entre conflit armé interne et conflit armé international en termes de droit applicable. En effet, l'objectif est de dépasser ce cadre rigide pour offrir la meilleure protection possible dans tous les conflits en raison notamment de la disparition des conflits purement interétatiques.

Anne Le Huéron et Aude Merlin notent, à cet égard, que des différences de comportements notables ont pu être observées entre le conflit entre la Géorgie et la Russie, clairement reconnu comme international par les deux parties au conflit, et le conflit en Tchétchénie⁷²⁷, conflit interne d'une part et d'autre part conflit nié⁷²⁸. La thèse qui se dégage alors est que la qualification de conflit armé international, en plus d'imposer un respect accru du droit humanitaire tend à favoriser un respect des normes de base qui sont pourtant communes aux deux types de conflit. En effet, les violations dont il est question dans l'article sont interdites même en période de conflit armé interne. Elles le sont également par le droit des droits de l'homme comme l'a démontré la Cour européenne des droits de l'homme en condamnant la Russie dans des affaires concernant le conflit en Tchétchénie.⁷²⁹

⁷²⁷ Il faut cependant noter que le conflit de 2008 en Géorgie n'a duré officiellement que 5 jours et qu'a priori une majorité des populations de l'Ossétie du Sud et de l'Abkhazie étaient favorables à l'intervention de la Russie. Ce qui signifie que les populations civiles ne se sont pas opposées à l'armée la plus puissante. Le cas de la Tchétchénie est en cela très différent. Il correspond plus à l'opposition entre l'Ossétie du Sud et la Géorgie, qu'au conflit russo-géorgien. Or si c'est l'intervention russe qui a mis fin au conflit, aucun Etat n'est intervenu pour mettre fin au conflit entre la Russie et les opposants tchétchènes. Le cas Géorgien serait plutôt à rapprocher du cas ukrainien récent. Ceci dit, indépendamment de l'impact que la qualification peut avoir sur le respect du droit international humanitaire au cours du conflit, la remarque sur l'enjeu symbolique reste valable de même que celle sur cette lutte pour la reconnaissance qui transparaît dans la recherche du statut de partie à un conflit armé, plutôt que celui de mouvement terroriste criminel.

⁷²⁸ Par conflit nié, il faut entendre le fait que pour le gouvernement russe, les troubles en Tchétchénie ont également été qualifiés de terroristes replaçant l'affaire dans un cadre juridique judiciaire et pénal et ainsi court-circuitant, de leur point de vue, toute application du droit international humanitaire.

⁷²⁹ Par exemple : AFFAIRE ISSAÏEVA c. RUSSIE, 24 février 2005, Requête no 57950/00 ; AFFAIRE ISSAÏEVA, YOUSOUPOVA et BAZAÏEVA c. RUSSIE, 24 février 2005, Requêtes nos 57947/00, 57948/00 et 57949/00 ;

Cette analyse démontre assez clairement qu'indépendamment des raisons du conflit, qui sont normalement indifférentes au droit international humanitaire, il y a un enjeu de reconnaissance très important dans le déroulement du conflit⁷³⁰. Cette reconnaissance permet, en conformité avec les théories d'Axel Honneth, de définir le statut des parties au conflit. Elle leur offre selon les cas une certaine légitimité ou au contraire stigmatise leur mouvement, voire les renvoie à un statut d'organisation criminelle.

Le fait que la qualification du conflit puisse être lue comme une forme de reconnaissance de la justesse de la cause de la guerre a été officiellement reconnu par le Protocole I de 1977, en raison du contexte de l'époque (§1). Cette innovation, à bien des égards critiquables, au moins dans sa forme juridique, a reçu un accueil mitigé de la part des Etats (§2).

§1. Reconnaissance politique et fiction juridique : le nouveau cas de conflit armé international consacré par le Protocole I.

Ce questionnement relatif à la reconnaissance a, dès 1949,⁷³¹ imposé le choix de deux régimes juridiques différents pour les conflits armés internes et internationaux. Les Etats craignaient en effet qu'un régime unifié permette une certaine reconnaissance de fait des mouvements rebelles. La « menace » écartée un temps a ressurgi avec la décolonisation dans les années 1970.

On peut affirmer que les enjeux de reconnaissance étaient particulièrement prégnants dès le début de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés^{732 733}.

⁷³⁰ Cette question de la reconnaissance est beaucoup plus marquée dans les conflits armés se déroulant sur le territoire d'un seul Etat, même s'il est envisageable qu'un même peuple établi dans plusieurs Etats développe une seule et même lutte pour la reconnaissance. C'est par exemple le cas du peuple Kurde.

⁷³¹ Voir le commentaire de l'article 1 du Protocole de 1977.

http://www.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=E6FCEF4C273D3E9AC12563BD002C1DB0 :

« La Conférence de 1949 n'avait pas retenu l'idée du CICR, que la XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge (Stockholm, 1948) avait faite sienne, de déclarer l'ensemble des quatre Conventions applicable dans tout conflit armé, interne ou international (38). »

⁷³² 1974-1977.

⁷³³ La réflexion se fonde sur les travaux de Philippe Bretton qui ne traite pas du sujet exactement sous cet angle de la reconnaissance mais qui rapporte nombre de faits et d'analyses particulièrement probants.

Bretton Philippe, « Remarques générales sur les travaux de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du Droit humanitaire applicable dans les conflits armés », Annuaire français de droit international, volume 23, 1977. pp. 197-220., url : /web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1977_num_23_1_2037, Consulté le 23 juin 2014

En effet, le choix d'accueillir les mouvements de libération nationale ainsi que des Etats en devenir illustre une volonté politique de reconnaissance de ces mouvements et inversement la volonté de ces mouvements d'être reconnus comme des interlocuteurs légitimes.⁷³⁴ On peut affirmer que la période de décolonisation doit être comprise comme une succession de conflits de reconnaissance qui s'est traduite par l'adoption de normes juridiques contraignantes. Ici, c'est véritablement le conflit de reconnaissance qui a déterminé la forme qu'allait prendre la nouvelle norme de droit humanitaire alors même que juridiquement le choix qui a été fait ne paraît pas des plus pertinents. La décision de donner la qualification de conflits armés internationaux à certains conflits armés se déroulant formellement sur le territoire d'un seul Etat⁷³⁵ et d'accompagner ce choix des mesures complémentaires nécessaires⁷³⁶ est un compromis politique directement issu de cette exigence de reconnaissance.

En effet, l'efficacité juridique, en particulier en termes de protection de la vie humaine, aurait exigé la suppression de la distinction entre conflits armés internes et conflits armés internationaux. Et ce qui est certain, c'est bien que l'efficacité juridique ne pouvait induire le choix d'inclure des conflits d'apparence interne dans le champ des conflits internationaux en raison de la légitimité de la cause de l'un des belligérants.⁷³⁷ C'est d'une part rendre l'exercice de la qualification encore plus périlleux⁷³⁸ et plus politique et d'autre part contrevenir au principe que la légitimité des motifs n'a pas d'influence sur l'application du droit international humanitaire.

Comme l'affirme Philippe Bretton, « *le Protocole I, tel qu'il a été finalement adopté, correspond avant tout à un certain nombre de revendications du Tiers Monde, qui voyait dans l'entreprise de réaffirmation et de développement du droit international humanitaire le moyen de*

⁷³⁴ Et déjà il fallait faire un tri entre les « vrais » mouvements de libération nationale et les mouvements de « fragmentation ».

⁷³⁵ Article 1 paragraphe 4 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1977.

⁷³⁶ Essentiellement, articles 96 paragraphe 3 et 44 paragraphe 3 du Protocole I.

⁷³⁷ Légitimité toujours discutable et discutée comme nous l'avons souligné dans la note précédente et qui repose elle-même sur une lutte pour la reconnaissance.

⁷³⁸ D'ailleurs, s'il est pour la plupart des Etats entendus que l'article 1 paragraphe 4 ne s'appliquait qu'à la décolonisation des pays soumis à la domination coloniale occidentale et à certains cas préexistants de régimes racistes ou d'occupation armée, la formulation de l'article ne paraît pas devoir en soi exclure des conflits postérieurs issus des mêmes revendication du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. C'est d'ailleurs selon Aude Merlin et Anne Le Huérou, une des revendications des mouvements de libération Tchétchènes qui estiment que la présence russe en Tchétchénie doit être regardée comme une forme de colonisation. Ce qui théoriquement devrait conduire à la qualification de conflit armé international. L'analyse strictement juridique permettrait de souscrire à une telle thèse, mais la réalité politique la rend un peu aberrante.

« valoriser » sur le plan international les guerres de libération nationale et le statut de ceux qui les mènent. »⁷³⁹

C'est cette approche qui a conduit à l'adoption de l'article 1 paragraphe 4, de l'article 96 paragraphe 3 et de l'article 44 paragraphe 3.⁷⁴⁰ L'adoption de ces paragraphes ne s'est pas faite sans mal, cristallisant les oppositions entre Etats nouvellement indépendants, soutenus par les Etats socialistes, et une grande partie des Etats occidentaux.⁷⁴¹

A nos yeux, il s'agit clairement de la mise en œuvre d'une politique de reconnaissance internationale des peuples colonisés via le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.⁷⁴² Or, c'est

⁷³⁹ Bretton Philippe, « Remarques générales sur les travaux de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du Droit humanitaire applicable dans les conflits armés », Annuaire français de droit international, volume 23, 1977. P. 204

⁷⁴⁰ Pour le confort des lecteurs, il paraît opportun de reproduire ici les dispositions du Protocole additionnel I en cause :

Article 1, paragraphe 4 : « Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies. »

Article 44, paragraphe 3 : « Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soient renforcée, 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. Etant 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. »

Article 96, paragraphe 3 : « L'autorité représentant un peuple engagé contre une Haute Partie contractante dans un conflit armé du caractère mentionné à l'article premier, paragraphe 4, peut s'engager à appliquer les Conventions et le présent Protocole relativement à ce conflit en adressant une déclaration unilatérale au dépositaire. [...] »

⁷⁴¹ D'ailleurs selon Mario Bettati, si le Protocole a finalement pu être adopté en ces termes c'est essentiellement parce qu'en 1977, la décolonisation était pour ainsi dire achevée. Bettati Mario, Droit humanitaire, Dalloz, Précis, Paris, 2012, p. 20-21.

⁷⁴² Cette reconnaissance n'est pas née dans le cadre du droit international humanitaire mais au sein des Nations Unies auxquelles le texte fait directement référence. Le principe en lui-même apparaît sous la forme d'un principe politique lors de la Révolution française et utilisé d'abord au soutien du développement des nationalismes. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes fit l'objet d'une première formalisation juridique dans la Charte des Nations puis a été consacré dans le cadre de la décolonisation par la résolution 1514 de 1960 de l'Assemblée générale des Nations Unies, « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux ». La portée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été précisée par la suite en 1970 dans les résolutions 2621 et 2625. La Cour internationale de justice lui reconnaît une opposabilité erga omnes dans sa décision de 1995 relative au Timor Oriental.

La lutte des peuples dans le cadre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est très exactement une lutte pour la reconnaissance à plusieurs niveaux. Le premier immédiatement constitutif, il faut être reconnu comme peuple, le second, revient à obtenir les droits attribués audits peuples.

L'importance de la reconnaissance est ici cruciale. En effet, les interrogations qui ont porté sur la portée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a conduit à s'interroger sur la notion de peuple et comment une population peut revendiquer ce statut.

bien l'ensemble des enjeux de reconnaissance qui ont pu freiner voire empêcher, du moins en partie, l'adhésion de certains Etats ou les ont incités à émettre des réserves à ces dispositions.

§2. Une réaction mitigée des Etats face à cette nouveauté.

La réticence des Etats à accepter l'introduction d'un nouveau type de conflit armé défini en fonction de la nature des belligérants s'est exprimé au travers de leurs réserves et déclarations (I) mais aussi, de manière plus drastique par un rejet de l'ensemble du Protocole (II).

I. La réponse des Etats dans leurs réserves et déclarations.

Cent soixante-quatorze Etats ont adhéré au Protocole additionnel I, trente-quatre Etats ont émis des déclarations ou réserves.

C'est à l'égard de l'article 96 §3 que les réserves et les déclarations sont les plus intéressantes quant à notre d'étude.

Celui-ci dispose que :

« L'autorité représentant un peuple engagé contre une Haute Partie contractante dans un conflit armé du caractère mentionné à l'article premier, paragraphe 4, peut s'engager à appliquer les Conventions et le présent Protocole relativement à ce conflit en adressant une déclaration unilatérale au depositaire. [...] »

Cette disposition permet donc à un mouvement armé de déclarer qu'il s'engage à respecter le droit international humanitaire. Les seuls mouvements concernés d'après le texte sont ceux impliqués dans les guerres de libération nationale visées par le paragraphe 4 de l'article 1.

Ce paragraphe de l'article 96 faisait craindre à certains Etats qu'une forme de reconnaissance soit accordée à des mouvements plus proches de groupes terroristes que d'armées de libération nationale.

Ainsi que l'évoque le Précis Dalloz de Droit international public, « traditionnellement, on s'accorde à distinguer deux types de critères d'identification, l'un objectif, constitué par la réunion d'éléments ethniques, culturels, linguistiques et géographiques, l'autre, subjectif, caractérisé par le constat, au sein d'une population donnée, d'un vouloir vivre collectif ». Cependant, cette approche ne traduit pas la réalité. En effet, le fait pour une population de correspondre parfaitement aux critères proposés ou de s'auto-identifier en tant que peuple n'emporte guère de conséquences juridiques dès lors que ce peuple n'est pas reconnu soit en interne soit sur la scène internationale. C'est parce qu'ils ont été reconnus comme des peuples colonisés que les populations soumises à la domination coloniale européenne ont pu légitimement revendiquer un droit à l'indépendance, y compris en usant du recours à la force armée.

De ce point de vue, l'approche la plus modérée se trouve dans les déclarations interprétatives de l'Allemagne et de l'Espagne qui n'apportent aucune modification au texte. On y décèle seulement la volonté d'encadrer les risques d'une interprétation dynamique des formules de l'article 1 §4. Ces deux Etats se contentant donc de préciser que l'interprétation de ce paragraphe doit être stricte. Si l'on peut supposer une crainte d'un usage détourné, il n'apparaît pas clairement dans le texte des déclarations.⁷⁴³

C'est dans le cadre des réserves que l'opposition des Etats s'est faite plus franche. Certains Etats, très préoccupés par le risque d'une démultiplication des mouvements de libération nationale autoproclamés, ont conditionné la reconnaissance de ce statut (A). Les Philippines se sont particulièrement inquiétées du fait que le texte aurait pu être interprété comme une reconnaissance de belligérance automatique (B). Enfin, des réserves étudiées ressort l'impression très claire de la crainte des Etats de voir le statut de combattants être attribué à des terroristes (C).

A. Conditionnement de la reconnaissance comme mouvement de libération nationale.

L'enjeu de reconnaissance est beaucoup plus net dans les réserves de sept autres Etats parties : la Belgique, le Canada, la France, l'Irlande, les Philippines, la République de Corée et le Royaume-Uni.

Ainsi, bien qu'elles présentent un certain nombre de variations, les réserves de ces pays traduisent le même souci d'interdire toute proclamation unilatérale d'un groupe armé comme mouvement de libération nationale. Plus exactement, elles précisent qu'une proclamation unilatérale n'emporterait aucune conséquence juridique à leur égard, et particulièrement en ce qui concerne la qualification du conflit ou les droits et obligations des parties tels que définis par le Protocole I.

⁷⁴³ Déclaration de l'Allemagne, 14 février 1991, extraits : « La République fédérale d'Allemagne interprète le paragraphe 3 de l'article 96 du Protocole additionnel I dans le sens que seules les déclarations faites par une autorité satisfaisant vraiment à tous les critères contenus au paragraphe 4 de l'article premier, peuvent avoir les effets juridiques décrits aux alinéas a) et c) du paragraphe 3 de l'article 96. »

Déclaration de l'Espagne, 21 avril 1989, extraits : « Les articles 1, paragraphe 4, et 96, paragraphe 3. Ces articles seront interprétés conformément au Principe énoncé à l'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies, tel qu'il est développé et réaffirmé dans les textes suivants : 1. Dispositif 6 de la Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1960, 2. Le dernier paragraphe relatif au principe de l'égalité des droits et de la libre détermination des peuples, de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, conformément à la Charte des Nations Unies, approuvées par la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970. »

Les réserves de la Belgique, du Canada, de l'Irlande et de la République de Corée introduisent une exigence non prévue par le Protocole quant à la détermination du statut de mouvement de libération nationale, la reconnaissance par une organisation régionale concernée.⁷⁴⁴ Qui plus est cette exigence ne semble pas suffisante (en particulier pour le Canada, l'Irlande et la République de Corée) et ne fait que participer à la reconnaissance par l'Etat lui-même du mouvement concerné. On comprend alors que la qualification de mouvement de libération nationale, pour ces Etats, appartient non pas aux mouvements eux-mêmes ou aux peuples qu'ils représentent, mais à leurs possibles adversaires ou à tout le moins aux Etats souverains.

Cette position, nuancée par la référence à une organisation régionale en ce qui concerne la Belgique, le Canada, l'Irlande et la République de Corée, est au contraire pleinement assumée par la France et le Royaume-Uni qui posent comme condition à l'application de l'article 1, paragraphe 4 et 96, paragraphe 3, la reconnaissance expresse, par eux-mêmes, de l'autorité comme représentant véritablement un peuple engagé dans un conflit de libération nationale.

Cette exigence est soulignée par ces deux Etats par la référence aux mouvements terroristes qui ne sauraient évidemment pas être reconnus comme des mouvements de libération nationale.

B. La question de la reconnaissance de belligérance.

Les Philippines de leur côté ont émis une déclaration, au moment de leur adhésion en 2012, qui ne modifie pas la nature de leur engagement conventionnel mais qui présente l'intérêt de soulever spécifiquement la question des statuts juridiques.

Cette déclaration entre donc pleinement dans le cadre de cette réflexion sur la réticence des Etats à s'engager dans une démarche de reconnaissance aveugle des mouvements de libération nationale en cas de proclamation unilatérale. Unique dans sa formulation, elle traduit visiblement le souci d'éviter qu'un quelconque mouvement armé puisse tirer quelque légitimité de l'application du Protocole I, les Philippines précisent ainsi que « *l'application du Protocole I, en particulier de ses articles 1, paragraphe 4 et 96, paragraphe 3, n'affectera ni le statut juridique des Parties au conflit ni le statut juridique du territoire concerné ; aucune revendication du statut de belligérance ne peut être invoquée à ce titre.* »

⁷⁴⁴ En revanche l'idée n'est pas complètement nouvelle puisqu'elle est issue directement des négociations de l'article. Une telle proposition avait, en effet, été faite puis rejetée. En se fondant notamment sur l'idée que « La qualité de peuple d'un groupe de population ne naît pas d'une décision d'une organisation intergouvernementale régionale ou universelle: par leurs déclarations, ces organisations constatent et proclament mais ne créent pas dans ce domaine. » Commentaire de l'article 1 du Protocole I.

Les Philippines en évoquant la question de la belligérance font référence à une pratique du droit des conflits armés dans lequel la reconnaissance tenait une place très importante.

Le fait de mentionner l'état de belligérance peut paraître surprenant dans la mesure où il s'agit d'une qualification quasiment obsolète. Pratique assez ancienne, la reconnaissance de belligérance intervenait lorsqu'un conflit interne atteignait un niveau d'intensité tel, qu'il convenait d'y voir une guerre civile, de reconnaître le mouvement rebelle pour ce qu'il était, un belligérant, et d'appliquer les lois de la guerre. La reconnaissance peut être le fait du gouvernement directement concerné et c'est celle qui pose le moins de problème ou bien le fait d'autres Etats qui souhaitent ainsi établir des relations, au moins partielles, avec le mouvement rebelle, tout en étant soumis aux obligations de neutralité applicables aux Etats qui ne participent pas à un conflit armé.

La liberté de reconnaissance en cette matière n'est toutefois pas totale. En effet, l'état de belligérance se caractérise par différents éléments de fait qui doivent être réunis faute de quoi la reconnaissance devrait être impossible.

Hersch Lauterpacht rappelle qu'il s'agit « *d'un état actuel d'hostilité entre le gouvernement légal et un groupe de personnes occupant et administrant une partie du territoire de l'Etat avec quelque espoir de permanence et conduisant les opérations sous la direction d'une autorité responsable, conformément aux règles de la guerre* ». ⁷⁴⁵ Les Etats ne sont normalement autorisés à reconnaître le gouvernement rebelle qu'à la condition que tous ces éléments soient réunis. Et de manière assez surprenante dans l'analyse de Lauterpacht, il apparaît qu'il existerait un droit à la reconnaissance des mouvements rebelles lorsque les différents éléments de fait sont réunis. Il refuse d'en faire une question politique et insiste sur sa nature juridique. L'Etat reconnaît une situation de fait non pour des raisons politiques mais parce que ces faits relèvent de telle qualification juridique. ⁷⁴⁶ Cependant, l'attribution du statut de belligérant parce qu'il donne au moins une personnalité internationale partielle au mouvement rebelle est loin de n'être que juridique.

C'est d'ailleurs la conclusion de Georges Scelle qui termine son paragraphe sur la reconnaissance de belligérance, dans son Précis de droit des gens, en affirmant au contraire que « *cette pratique [...] fournit aux gouvernement tiers la possibilité de favoriser dans une mesure plus*

⁷⁴⁵ Lauterpacht Hersch, « Les sujets du droit des gens », Règles générales du droit de la paix, RCADI n° 062, p. 272.

Dans le même sens voir : Patricia BUIRETTE, « RECONNAISSANCE, droit international », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 1 juillet 2014.

URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/reconnaissance-droit-international/>

⁷⁴⁶ Lauterpacht Hersch, « Les sujets du droit des gens », Règles générales du droit de la paix, RCADI n° 062, p. 274 et s.

ou moins large la conquête étatique. »⁷⁴⁷ Il en fait donc une pratique profondément politique au travers de laquelle les Etats décident de soutenir ou pas un changement potentiel de régime.

Se penchant plus récemment sur la question, Konstantinos Mastorodimos note que la reconnaissance de belligérance est surtout motivée par le besoin pour certains Etats d'établir des relations avec le mouvement rebelle.⁷⁴⁸ En l'absence de cette nécessité, la reconnaissance de belligérance ne suit pas la théorie juridique idéale de Lauterpacht et se fonde essentiellement sur la volonté des Etats. L'obsolescence de cette doctrine peut d'ailleurs s'expliquer par la méfiance des Etats vis-à-vis des reconnaissances de mouvements rebelles. En dehors du Protocole I, les dispositions du Protocole II, tout en utilisant une formulation proche pour définir le conflit armé interne de haute intensité, n'offrent pas ce statut international aux groupes armés visés.

Seuls les articles 1 paragraphe 4 et 96 paragraphe 3 se rapprochent de la reconnaissance de belligérance par leur conséquence, celle d'internationaliser le conflit.⁷⁴⁹ C'est sans doute ce qui explique la déclaration des Philippines qui souligne que ces dispositions n'ont pas d'autre effet finalement que celui de changer le corps de règles applicables au conflit et que c'est le seul effet qu'elles admettront. Et ce, même si l'article 4 du Protocole I prévoit déjà une disposition affirmant que le statut des parties reste inchangé. Mais il est vrai que l'article 4 paraît présenter des contradictions avec l'article 96 paragraphe 3 qui en établissant des droits et obligations de caractère international à l'égard des mouvements de libération nationale pourrait être interprété comme reconnaissant une certaine forme de personnalité juridique internationale audit mouvement et par conséquent, modifier son statut juridique. Et, d'une certaine manière c'est le cas, puisque selon la qualification que l'on veut bien reconnaître au mouvement en cause, la qualification du conflit change du tout au tout, en allant pour le cas le plus extrême vers la lutte contre le terrorisme, que les Etats cherchent à exclure du champ du droit humanitaire pour la ramener au domaine policier et de sécurité intérieure.

⁷⁴⁷ Scelle George, Précis de droit des gens : Principes et systématique, Première partie, Dalloz, Fac-similé, Paris, 2008, (1^{ère} édition, 1932), pp. 98-99.

⁷⁴⁸ Mastorodimos Konstantinos, « Belligerency recognition: past, present, future », Connecticut Journal of International Law, Spring 2014, source : Westlaw.

⁷⁴⁹ Ibidem.

C. Encadrement de la reconnaissance du statut de combattant : la crainte des Etats face au terrorisme.

Philippe Bretton décrivait l'article 44 comme l'autre enjeu important après l'article 1 paragraphe 4 des négociations durant la Conférence de Genève. « *Les représentants du Tiers Monde et de certains Etats socialistes y attachaient une importance considérable dans la mesure où il s'agissait pour eux de faire reconnaître le statut de combattant et le droit d'être considéré comme prisonnier de guerre à tous ceux qui, quelle que soit leur dénomination, partisan, guérillero, combattant de la liberté, mènent une guerre de libération nationale.* »⁷⁵⁰ C'était là encore une lutte pour la reconnaissance qui a abouti.

Mais les Etats déclarants ou réservataires ont veillé à ce qu'une telle reconnaissance soit strictement encadrée. Les dispositions de l'article 44 ont donc fait l'objet de plusieurs réserves ou déclarations. Par exemple, l'Italie restreint l'application de l'article 44 aux seuls cas d'occupation. Tandis que l'Allemagne, l'Australie, la Belgique, le Canada, la France, l'Irlande, le Japon, la Nouvelle-Zélande, la République de Corée et le Royaume-Uni précisent tous que l'article 44 ne s'applique qu'aux conflits visés par l'article 1 paragraphe 4, ce qui marque le rejet des techniques de guérillas en ce qui concerne les autres types de conflits internationaux. Il est difficile de conclure ici à la seule volonté de s'opposer à la reconnaissance en tant que combattants de membres des mouvements de guérilla. La crainte la plus nette est celle d'un abus dommageable aux populations civiles, ce qui est plutôt confirmé par l'interprétation extensive du terme de déploiement.

En revanche, le spectre du terrorisme et les risques d'abus apparaissent aussi de manière plus ou moins évidente. La déclaration de l'Argentine sans précisément viser le terrorisme évoque plus largement « *ceux qui violent les normes dont l'objectif est de faire la distinction entre les combattants et la population civile* »⁷⁵¹. Or c'est précisément une des techniques de base du terrorisme.

La France et le Royaume-Uni, là encore, ne s'embarrassent pas d'allusion et font directement référence aux actes terroristes.

⁷⁵⁰ Bretton Philippe, « Remarques générales sur les travaux de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du Droit humanitaire applicable dans les conflits armés », AFDI, vol. 23, 1977, p. 206.

⁷⁵¹ Extrait de la déclaration du 26 novembre 1986.

Il est bien évident que l'objectif du Protocole I n'a jamais été de légitimer des mouvements terroristes ou leurs méthodes visant spécifiquement les personnes civiles.⁷⁵² La position des Etats apparaît donc un peu extrême. Pourtant il est vrai qu'à part dans les cas les plus typiques, la frontière entre mouvements terroristes et mouvements de libération nationale n'est pas toujours nette et dépend souvent de l'angle de vue adopté, même si les actes eux-mêmes restent illégaux et doivent être poursuivis. Introduire le concept de lutte pour la reconnaissance et par opposition de résistance à une telle reconnaissance permet de préciser les contours de cette méfiance des Etats. Il n'est pas juste question d'interdire tel ou tel acte, ce que fait le protocole, mais d'accorder ou pas ce statut symbolique, de conflit armé international d'une part et de combattant légitime d'autre part.

Malgré ces difficultés et les positions prudentes des Etats en ces matières, ceux-ci ont quand même adhéré au Protocole I, même si certains l'ont fait assez tardivement. Ce n'est pas le cas de tous les Etats toutefois.

II. La réserve des Etats sous forme de rejet du Protocole.

Les Etats-Unis ont ainsi refusé de ratifier le Protocole I en partie en raison des implications en termes de reconnaissance, que celui-ci pouvait avoir.

Bien que la délégation américaine menée par George Aldrich ait joué un rôle prééminent durant les négociations, le Président Reagan, au moment de la ratification, a décidé qu'il ne convenait pas pour les Etats-Unis d'adhérer au Protocole I. Dans son message au Sénat lui transmettant le Protocole II de 1977 aux fins d'examen et ratification, il explique que les Etats-Unis devraient s'abstenir de ratifier le Protocole I en raison notamment du statut qu'il accorde aux mouvements de libération nationale et à leurs combattants. Le président Reagan analyse le contenu de l'article 1 paragraphe 4, 96 paragraphe 3 et 44 comme favorable aux mouvements terroristes et visant à légitimer leurs actions et leurs méthodes.

Il déplore également le fait que, dans la compréhension que les Etats-Unis se font du texte, le Protocole I aboutisse à reconnaître des droits et obligations à des entités non-étatiques ce qui leur conférerait un statut juridique trop proche de celui des Etats souverains.⁷⁵³

⁷⁵² En ce sens: Gasser Hans-Peter, « An appeal for ratification by the United States », AJIL, 1987, n°81, p. 913 : « Protocol I neither recognizes terrorist groups nor legitimizes terrorist acts. »

⁷⁵³ Voir: Agora : The U.S. decision not to ratify Protocol I to the Geneva conventions on the protection of war victims, Letter of transmittal, AJIL, 1987, n°81, p. 910 :

«It would give special status to "wars of national liberation", an ill-defined concept expressed in vague, subjective, politicized terminology. [...] I believe that these actions are a significant step in defense of traditional humanitarian law and in opposition to the intense efforts of terrorist organizations and their supporters to promote the legitimacy of their aims and practices. The repudiation of Protocol I is one additional

Si l'on en croit Theodor Meron, une des raisons pour laquelle les Etats-Unis se sont montrés si réticents sur ces points tient essentiellement au conflit israélo-palestinien.⁷⁵⁴

Israël n'est évidemment pas partie au Protocole I et a par ailleurs lutté contre l'adoption des articles que nous étudions.⁷⁵⁵ Le problème évident était la possible légitimation des mouvements armés palestiniens. Or, en allié traditionnel d'Israël, les Etats-Unis ne pouvaient souscrire à des dispositions qui devaient s'appliquer au cas Palestinien.

Analysé sous cet angle, le refus de ratification est encore plus clairement lié à un enjeu de reconnaissance, qui sous les aspects du général, vise en fait un cas particulier de refus de reconnaissance qui s'est perpétué jusqu'alors. Ce refus de reconnaissance déguisé doit alors être lu en miroir des différentes déclarations des pays du Moyen-Orient précisant que leur adhésion ne pouvait être interprétée comme une reconnaissance tacite d'Israël.

Ce n'est évidemment pas l'unique raison du rejet américain du Protocole I, des raisons d'ordre militaire et stratégique ont également été avancées⁷⁵⁶. Cependant le juge Sofaer⁷⁵⁷ fait de l'article 1 paragraphe 4 la cause principale du refus américain.⁷⁵⁸

Ce qui est plus troublant c'est que les Etats-Unis n'ont toujours pas ratifié le Protocole alors même que les années ont prouvé que l'article 1 paragraphe 4 et l'article 96 ne trouveraient

step, at the ideological level so important to terrorist organizations, to deny these groups legitimacy as international actors. »

Et Gasser Hans-Peter, « An appeal for ratification by the United States », AJIL, 1987, n°81, p. 913 :

« In this short presentation it will be shown that they are hardly an accurate evaluation of Protocol I, that Protocol I indeed resulted from the most serious effort ever undertaken to strengthen the protection of noncombatants from the effects of modern warfare and that, contrary to the claims in the President's letter, Protocol I neither recognizes terrorist groups nor legitimizes terrorist acts. » Voir également p. 918 et s.

⁷⁵⁴ Meron Theodor, « The time has come for the United States to ratify Geneva Protocole I », AJIL, 1994, n° 88, p. 678 et s. L'idée défendue par Theodor Meron qu'il était temps en 1994 de ratifier le Protocole I est resté lettre morte et même sous la présidence de Barack Obama, il semblerait que la question n'ait pas été soulevée.

⁷⁵⁵ Voir en ce sens : Bretton Philippe, « Remarques générales sur les travaux de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du Droit humanitaire applicable dans les conflits armés », Annuaire français de droit international, volume 23, 1977. Pp. 197-220. Dans le détail des étapes de l'adoption du Protocole I, Philippe Bretton rapporte ainsi les demandes systématiques d'Israël de faire voter les participants à la conférence sur chaque article et non simplement de renvoyer à un vote global.

Et Lapidot Ruth, Shany Yuval, Rosenzweig Ido, Israel and the Two Protocols Additional to the Geneva Conventions, Policy Paper 92, Jerusalem, December 2011, Résumé. (L'ouvrage n'existe à l'heure actuelle qu'en hébreu) :

« Israel was the only state that voted against the approval of the final version of the protocols in concluding meeting of the diplomatic conference in Geneva and even voted, in the course of the conference, against the adoption of some of their central provisions. »

⁷⁵⁶ Le déroulement de la guerre du Vietnam prouvait également qu'il était possible de vaincre des armées régulières en utilisant des techniques de guérilla.

⁷⁵⁷ Il s'agit du juge Abraham David Sofaer (né en 1938), professeur à l'université de Columbia de 1969 à 1979, juge fédéral de 1979 à 1985 et conseiller juridique du Département d'Etat des Etats-Unis de 1985 à 1990.

⁷⁵⁸ Cité par Aldrich George H., « Prospects for United States ratification of additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions », AJIL, 1991, n°85, p. 1 et s.

probablement jamais à s'appliquer en dehors des situations historiques auxquelles les rédacteurs du texte avaient pensé. Ainsi il n'existe plus, pour le moment, de régime d'apartheid et l'Afrique du Sud a ratifié le Protocole. A part quelques cas litigieux, il ne reste presque plus de colonies et tous les Etats européens concernés ont fini par adhérer également au texte. Reste le conflit Israélo-palestinien et le drame des territoires occupés qui n'a pas vraiment connu d'amélioration majeure. Il faut probablement ajouter aujourd'hui la lutte contre le terrorisme qui n'a sans doute pas favorisé, depuis le 11 septembre 2001, l'idée que les Etats-Unis devraient être partie au Protocole I.

Quant au refus d'Israël, les raisons avancées étaient tout à fait similaires et ont également perdu en vigueur. En effet, si le conflit demeure, la Haute Cour de Justice israélienne a déjà estimé que le conflit israélo-palestinien devait être considéré comme un conflit armé international et d'autre part a pu faire référence au Protocole I en tant que source coutumière du droit international humanitaire.⁷⁵⁹ Dans ces conditions, les obstacles à la ratification ne paraissent plus insurmontables, du moins juridiquement.

⁷⁵⁹ Voir par exemple :

HCI, *The Public Committee against Torture in Israel, Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. Government of Israel, Prime minister...*, Judgment of 11 December 2005, Case HCI, 769/02, §20 : « In addition, the laws concerning an international armed conflict are enshrined in the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977 ('the First Protocol'). Israel is not a party to this protocol, and it has not been adopted in Israeli legislation. Of course, the customary provisions of the First Protocol are a part of Israeli law. » (Notre traduction : En sus, les règles relatives à un conflit armé international sont consacrées par le Protocole additionnel aux Conventions de Genève (...). Israël n'est pas partie à ce protocole, et il n'a pas été intégré à la législation israélienne. Bien sûr, les dispositions coutumières du Premier Protocole font partie du droit israélien.)

Et §21 : « According to this approach, the fact that the terrorist organizations and its members do not act on behalf of a state does not make the struggle merely an internal matter of the state [...] Contending with the risk of terror constitutes a part of international law that concerns armed conflicts of an international nature. [...] As we have seen, the premise on which the Supreme Court has relied for [...] is that the armed dispute is of an international character. In this judgment we are continuing with this approach » (Notre traduction : Selon cette approche, le fait que les organisations terroristes et ses membres n'agissent pas pour le compte d'un Etat ne transforme pas l'affrontement en simple affaires intérieures de l'Etat [...] Lutter contre le risque terroriste constitue une partie du droit international qui se rapporte aux conflits armés de nature internationale. [...] Comme nous l'avons vu, le postulat sur lequel la Cour suprême s'est fondée depuis des années [...] est que le différend armé présente un caractère international. Dans ce jugement nous confirmons cette approche.)

HCI, *Physicians for human rights and others v. Prime minister and others and Gisha Legal Centre for Freedom of Movement and others v. Minister of Defense and others*, Judgment of 19 January 2009, Cases HCI 201/09 and HCI 248/09, §14 : « Admittedly, the classification of the armed conflict between the state of Israel and the Hamas organization as an international conflict raises several difficulties. But in a host of judgments we have regarded this conflict as an international conflict. » (Notre traduction : Il est vrai que la classification du conflit armé entre l'Etat d'Israël et le Hamas comme conflit international soulève plusieurs difficultés. Mais dans de nombreuses décisions, nous avons considéré ce conflit comme un conflit international.)

Et §15 : « [...] and the first Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977 (hereafter — 'the First Protocol'), to which Israel is not a party, but whose customary provisions also constitute a part of Israeli law » (Notre traduction : [...] et le premier Protocole additionnel (...) auquel Israël n'est pas partie, mais dont les dispositions coutumières constituent aussi une part du droit israélien.)

De plus, il faut se ranger à l'avis de George Aldrich lorsque celui-ci affirme que l'article 1 paragraphe 4 est resté lettre morte. Même si la rédaction des articles et la lecture des commentaires du CICR laissent penser qu'ils pourraient s'appliquer à toute situation matérielle remplissant les conditions prescrites par le Protocole I, la doctrine comme les faits démontrent que ce n'est pas le cas.

Il n'en reste pas moins que, malgré le nombre très important d'Etats parties au Protocole I, celui-ci a fait l'objet de plus de réserves et déclarations et reste moins largement ratifié que les Conventions de Genève.

Cette méfiance plus grande vis-à-vis du Protocole I s'explique pour partie par le rejet de cette reconnaissance des mouvements de libération nationale.

Yoram Dinstein qualifie d'ailleurs les dispositions qui y sont relatives d'absurdes tant elles ont nui au Protocole dans son ensemble.⁷⁶⁰

Seule la prudence en matière de reconnaissance peut expliquer la réticence maintenue de certains Etats dans la mesure où le Protocole I n'a plus vocation aujourd'hui qu'à s'appliquer aux conflits armés matériellement internationaux.

La question de la reconnaissance du statut juridique des acteurs armés du conflit n'est pas le seul aspect du conflit dans lequel on trouve une lutte pour la reconnaissance. Les revendications identitaires tiennent également un rôle très important, d'une part comme source des conflits, mais également comme élément de rhétorique dans les discours guerriers et comme éventuelles justifications à certaines politiques criminelles.

Section 3. Les revendications identitaires, une cause juste défendue dans les conflits les plus meurtriers.

La question de l'identité est au cœur de nombre de conflits anciens et contemporains. Sans que ce soit toujours le cas, la cohabitation de plusieurs identités peut dessiner des lignes de fractures au sein d'une société donnée. Des lignes de fracture qui, avec le temps et en fonction des événements politico-historiques, sont susceptibles de dégénérer en sources de conflit.

⁷⁶⁰ Dinstein Yoram, « Commentaire au sujet du Protocole I », RICR, 1997, n°827.

Les identités peuvent alors devenir meurtrières⁷⁶¹ comme l'ont si dramatiquement bien démontré les conflits génocidaires du XXe siècle. Qu'est-ce qui peut alors expliquer que l'identité joue un tel rôle dans les conflits armés ?

L'identité, tout comme la vengeance, apparaît être un élément que l'on retrouve au cœur du déclenchement de la violence (§1). Les revendications identitaires sont souvent fondées sur l'idée de l'appartenance à un groupe en danger qu'il convient de défendre. Elles sont aussi largement manipulées, instrumentalisées afin de faire accepter aux membres du groupe le recours à des politiques criminelles voire génocidaires. Dans la logique infernale de l'opposition entre le « nous » et « les autres », « le même » et « le différent », les distinctions qui permettent au droit international humanitaire de fonctionner perdent de leur influence et conduisent inévitablement à des conflits particulièrement violents dont nous étudierons quelques exemples (§2)

§1. L'identité, une dimension essentielle des conflits.

Afin de bien cerner la question du rôle de l'identité comme origine des conflits et comme facteur de non-respect du droit international humanitaire, il convient tout d'abord de s'attarder sur la notion (I) puis de s'intéresser au besoin d'identité dans la théorie des conflits insolubles (II).

I. L'identité, une définition.

Il faut d'abord revenir brièvement sur la définition de l'identité. Il s'agit, comme nous l'avons évoqué au début de cette section, d'un concept complexe. La définition retenue souligne que l'identité trouve à s'exprimer à différents niveaux, un niveau individuel et un niveau collectif.⁷⁶²

De la même manière que l'identité individuelle se construit dans le rapport à l'autre, l'identité collective ou l'identité du groupe n'apparaît que par l'existence d'au moins un autre groupe. En effet, c'est la différence de l'un qui permet de créer l'unité de l'autre. Pour qu'un groupe prenne conscience de son existence au sein d'une société donnée, il faut donc qu'il cohabite et entre en relation avec d'autres groupes. L'identité est fondamentalement relationnelle.⁷⁶³ Or comme toute

⁷⁶¹ On emprunte ici l'expression à Amin Maalouf et son ouvrage Les identités meurtrières.

⁷⁶² Les conflits qui nous intéressent dans le cadre des conflits armés portent naturellement sur des identités considérées au niveau collectif. C'est-à-dire des identités de groupe.

⁷⁶³ Voir en ce sens : Tajfel Henry, « La catégorisation sociale », in Moscovici Serge (Ed.), Introduction à la psychologie sociale, Paris, 1972, Larousse, p. 295 :

« [...] les caractéristiques de son propre groupe (son statut, sa richesse ou sa pauvreté, sa couleur de peau, sa capacité à atteindre ses buts) n'acquièrent de signification qu'en liaison avec les différences perçues avec les

relation, celle-ci peut prendre un tour positif ou négatif⁷⁶⁴, c'est-à-dire se traduire par une collaboration et des échanges pacifiques ou au contraire par une opposition pouvant déboucher sur un véritable conflit.

Un des aspects très délicats de la dynamique identitaire tient au fait que le conflit favorise la construction identitaire du groupe. La collaboration, surtout si elle est profonde, tend à rendre plus floue la limite entre les groupes qui échangent et se rapprochent en s'influençant l'un l'autre. A l'inverse, l'opposition a pour effet direct le renforcement de la différence et du sentiment d'appartenance identitaire. Il conduit à une crispation identitaire qui implique moins de collaboration et moins d'échanges. Il est alors très facile de tomber dans un cercle vicieux conduisant à une lutte armée.⁷⁶⁵

En plus de cet aspect potentiellement conflictuel intrinsèque à la dimension relationnelle de l'identité, l'identité a également été définie comme un besoin fondamental par les théoriciens des besoins⁷⁶⁶. Or dans la théorie des besoins, l'insatisfaction d'un besoin risque de provoquer des conflits et des conflits d'une nature particulièrement violente si le besoin n'est pas rapidement satisfait.

II. Le besoin d'identité, moteur des conflits insolubles et cause des violations du droit international humanitaire.

Cette théorie des besoins, élaborée dans le cadre de la psychologie sociale, a été adaptée aux réflexions sur la résolution des conflits et sur le développement humain.

autres groupes et avec leurs différences évaluatives [...] un groupe devient un groupe en ce sens qu'il est perçu comme ayant des caractéristiques communes ou un devenir commun, que si d'autres groupes sont présents dans l'environnement. »

Kenneth D. and Fuat Keyman Emin, « Identity-based conflict : Rethinking security in a Post-Cold War world », *Global governance* 3, 1997, p. 319 :

« Ethnic identities are always relational. They are constructed not in isolation but through interaction with other groups ». Cette affirmation portant plus précisément sur les groupes ethniques peut facilement être étendue à d'autres formes d'identité collective comme les identités religieuses ou nationales.

⁷⁶⁴ Etant entendu que l'un n'est pas systématiquement exclusif de l'autre et qu'il faut également envisager des évolutions dans le temps et éventuellement dans l'espace.

⁷⁶⁵ Il n'est pas difficile alors de penser à une corrélation entre un phénomène de mondialisation croissant et la montée, non plus des nationalismes, mais des identités. La mondialisation qui permet un brassage des cultures de plus en plus intense et de plus en plus rapide en favorisant d'abord le partage de l'information et le développement de la communication mais également les mouvements de populations, donne l'impression d'une dilution des identités locales au profit d'une identité globale ponctuée de particularismes locaux.

⁷⁶⁶ La théorie des besoins est une théorie développée en psychologie sociale, qui se rapproche sous certains aspects du fonctionnalisme. Elle est intégrée à la théorie de la motivation humaine élaborée notamment par Adam Maslow (1908-1970), fondateur de la psychologie humaniste. La théorie des besoins explique une partie du comportement humain par la recherche nécessaire de la satisfaction des besoins qui selon Maslow sont hiérarchisés.

Là où Adam Maslow hiérarchise les besoins dans une pyramide⁷⁶⁷, la théorie des conflits les place sur un pied d'égalité. Cependant le principe reste le même, les individus et les communautés se battent afin de satisfaire ces besoins.

On trouve donc au sein de ces besoins, évidemment les besoins primaires que sont les besoins physiologiques, mais également un certain nombre d'autres besoins considérés comme essentiels. Selon Sandra Marker, les besoins essentiels identifiés sont les suivants : sûreté et sécurité, l'amour et l'affection, l'estime de soi, la réalisation de soi, l'identité, la sécurité culturelle, la liberté, une distribution équitable des ressources et enfin la participation à la vie politique.⁷⁶⁸

Dans le cadre de notre réflexion, seules l'identité et la sécurité culturelle importent. La seconde est en effet liée à la première, en ce sens qu'elle vise la protection de la culture (langue, religion, us et coutume) d'une population donnée.

Comme mentionné plus haut, les théoriciens des besoins affirment que la frustration de besoins essentiels peut être directement reliée aux conflits les plus difficiles à gérer. D'abord et avant tout, parce qu'à la différence des intérêts, il n'est pas possible de renoncer à la satisfaction d'un besoin comme il l'est de poursuivre un intérêt, pas plus d'ailleurs que de faire de vrais compromis.⁷⁶⁹ Ainsi, John Burton explique que si dans un système donné il n'apparaît pas possible de satisfaire tel ou tel besoin, les individus chercheront à obtenir cette satisfaction en dehors du système et s'il le faut en menant des actions extrêmes.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ Ainsi que Maslow l'explique très bien il faut d'abord satisfaire les besoins physiologiques avant de passer à des besoins supérieurs. Dans une situation de faim extrême, seule la faim compte et toutes les actions seront organisées dans le but de satisfaire cette faim. Mais dès lors que la subsistance est assurée sans grande difficulté, la faim cesse d'être définie comme un besoin qui régit l'existence. Elle passe au second plan pour laisser la place à des besoins supérieurs, selon la pyramide de Maslow. Chez Maslow, ces besoins supérieurs sont les suivants : la sécurité et la sûreté, l'amour, l'estime de soi, le besoin de se réaliser. Voir : Maslow Adam H., « A theory of Human Motivation », *Psychological Review*, 1943, n°50, pp. 370-396.

⁷⁶⁸ Marker Sandra, « Unmet human needs », *Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: August 2003 <<http://www.beyondintractability.org/essay/human-needs>>.

⁷⁶⁹ Ibidem : «That is, needs theorists understand that needs, unlike interests, cannot be traded, suppressed, or bargained for. »

⁷⁷⁰ Burton John W, *Violence Explained: The Sources of Conflict, Violence and Crime and Their Prevention*, Manchester University Press, Manchester, New-York, 1997 p. 19 :

« On the contrary, the needs that are frustrated by institutions will be pursued in one way or another. These needs would seem to be even more fundamental than food and shelter. Individuals are prepared to go to extreme lengths to defy systems in order to pursue their deeply felt needs, even death by suicide bombing or by hunger strikes ».

Les conflits liés aux besoins ont ainsi pu être appelés des conflits insolubles⁷⁷¹ dans la mesure où ils ne paraissent pas pouvoir être résolus par les techniques de médiation et de compromis. Le groupe de travail de l'Université du Colorado « *Beyond intractability* » a identifié trois éléments caractéristiques des conflits insolubles : l'existence de désaccords moraux irréconciliables, des enjeux de distributions des ressources très importants et enfin des conflits de domination entre les groupes. Or, Heidi Burgess et Guy M. Burgess font très justement remarquer que le plus souvent les conflits identitaires présentent les trois caractéristiques en même temps. Et qu'ils font donc partie des conflits les plus difficiles à résoudre de ce fait.⁷⁷² Certains auteurs comme Jay Rothman et Michal Alberstein estiment même que l'identité sous-tend tous les conflits.⁷⁷³

Les auteurs mettent également l'accent sur le fait que les conflits identitaires tendent à être des conflits dans lesquels les violences commises sont les plus graves.

De manière générale, dans ce genre de conflits, la distinction civils – combattants tend à s'effacer, perdant de sa pertinence dans la logique des groupes qui s'opposent. L'ennemi est à nouveau un bloc indivisible, la personne est absorbée par le groupe et l'immunité des civils n'est plus respectée. Or, cette immunité est essentielle à leur protection. Il s'ensuit donc que les conflits identitaires entraînent souvent des massacres au sein de la population civile.

Par exemple et par définition, tous les conflits génocidaires sont des conflits identitaires. Par ailleurs, même non génocidaires, les conflits identitaires se traduisent souvent par l'idée que la

⁷⁷¹ La formule en anglais est la suivante : « intractable conflict ». La traduction retenue est la nôtre.

⁷⁷² Burgess, Heidi and Guy M. Burgess. « What Are Intractable Conflicts?. » *Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: November 2003 <http://www.beyondintractability.org/essay/meaning-intractability>:

«All of these issues, for example, are combined in the identity conflicts which divide the many different ethnic, religious, class, and national groups which are at the center of so many of the world's tragic and deadly trouble spots. Identity conflicts involve conflicts over social status and privilege and the distribution of scarce resources, along with a moral component, since each group tends to believe in its own moral superiority. The combination of all three of these aspects makes these conflicts especially difficult to resolve. »

« Identity, in particular, is a human need that is singled out by numerous authors as a fundamental driver of intractable conflict. When identities are threatened, people respond very negatively and take either defensive or often also offensive action to protect what they see as the essence of themselves. Identity conflicts in particular are not negotiable interest-based conflicts, so if they are approached with interest-based negotiation, the settlements are likely to be temporary, at best. »

⁷⁷³ Rothman Jay, Alberstein Michal, « Individuals, groups and intergroups : theorizing about the role of identity in conflict and its creative engagement », *Ohio State Journal on dispute resolution*, 2013, 28 OHSJDR 631. www.westlaw.com :

« In our view identity is not merely one of the many basic human needs, rather it is a distinct category that underlies all conflicts ».

survie du groupe est menacée. Or dès lors que l'on se trouve dans une situation impliquant la survie du groupe, le respect de la règle de droit ne paraît pas pouvoir être placé au premier plan. De plus, dans la plupart des conflits identitaires, il y a une forme de diabolisation de l'ennemi, une déshumanisation caractéristique qui permet alors de ne plus traiter son adversaire avec un minimum d'humanité.⁷⁷⁴

Un autre facteur de violation dans les conflits identitaires est constitué par la concurrence entre sa propre vie et la vie de l'autre. Quand la lutte à tort ou à raison prend les allures d'un combat pour la survie d'une population le droit ne peut plus être respecté. Une valeur plus importante que la vie de l'autre apparaît, sa propre survie.

« Quand les Communautés ont le sentiment que leur survie même est en jeu, elles laissent rarement en travers de leur chemin des engagements à respecter le droit alors qu'elles essaient de se défendre elles-mêmes. Et si vraiment le choix se pose entre la légalité et la survie, il est alors parfaitement évident que toute personne saine d'esprit, et de fait, tout Etat sain d'esprit choisirait la survie. Il serait extrêmement hypocrite de prétendre le contraire, ou pour d'autres qui ne sont pas exposés, de souligner que ceux qui le sont doivent se comporter avec ce type de fidélité quasi inhumaine à la légalité. »⁷⁷⁵

Cette hiérarchie est plus que certainement universelle, et s'oppose sans aucun doute au droit humanitaire.

Il n'est pas question ici de faire de l'identité l'unique source de tous les conflits possibles, ni l'unique explication des conflits animés par des affrontements identitaires. En effet, les conflits identitaires ne sont pas en soi une fatalité dès lors que différents groupes vivent sur un même territoire. Il faut d'abord et avant tout avoir conscience que les identités ne sont ni figées ni uniques. Les individus appartiennent à différents groupes dont la conscience d'être un groupe solidaire peut fluctuer en fonction des circonstances historiques et sociales. La question identitaire n'est donc jamais le seul facteur en cause dans un conflit. Cependant, elle y tient souvent un rôle qui peut devenir majeur, d'autant plus qu'elle se prête facilement à l'instrumentalisation politique.

⁷⁷⁴ Kriesberg, Louis. « Identity Issues. » Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: July 2003 <http://www.beyondintractability.org/essay/identity-issues> :

«If people in the enemy collectivity are viewed as subhuman, even denigrated as vermin, they are more easily subjected to gross human rights violations and even extermination attempts. If enemy people are regarded as evil, then extreme methods are justified to destroy them. Obviously, the targets of such characterizations will reject them and may subsequently reciprocate them. »

⁷⁷⁵ Frésard Jean-Jacques, Origines du comportement dans la guerre, Révision de la littérature, CICR, Genève, 2004, édition numérique, p. 75.

Or, il semble tout à fait possible d'analyser la plupart des conflits identitaires comme des conflits de reconnaissance. En effet, le plus souvent lorsqu'un conflit identitaire émerge, il le fait sur la base de revendications qui ont trait à la reconnaissance.

Les exemples suivants illustrent parfaitement le fait que les conflits identitaires présentent tous les caractéristiques d'une lutte pour la reconnaissance. De plus, ce sont des conflits dans lesquels les violations du droit international humanitaire ont été nombreuses.

§2. Conflits identitaires, juste cause et violations du droit international.

Nombre de conflits, si ce n'est tous, présente une dimension identitaire, soit qu'elle ait été originelle soit qu'elle ait été créée de toute pièce pour service de combustible à la violence. Cependant, les revendications identitaires comme exigence de reconnaissance apparaissent aussi parfois comme l'élément central de la rhétorique guerrière et conduisent bien souvent, surtout si la survie du groupe est en jeu, à la commission de violations du droit international humanitaire.

Afin d'éclairer notre réflexion théorique, nous nous sommes attachés à l'analyse de trois situations conflictuelles⁷⁷⁶ : le conflit au Kosovo (I), les guerres de Tchétchénie (II) et enfin le conflit israélo-palestinien (III).

I. Le conflit au Kosovo.

Le conflit au Kosovo est l'histoire de revendications identitaires croisées dans un contexte de conflit asymétrique. Il plonge ses racines au cœur de l'histoire de la Serbie et du Kosovo (A) avant d'éclater avec la guerre d'indépendance (B). Il a opposé les Serbes qui voient dans cette terre, un élément de leur histoire aux Albanais qui le vivent comme un foyer de peuplement (C).

A. Brève histoire du Kosovo.

Les origines du conflit au Kosovo, même si elles ont aussi une histoire proche, remontent loin dans le temps.⁷⁷⁷ C'est en effet dans les mouvements de population et les changements de

⁷⁷⁶ Cette analyse, nous en avons conscience, demeure parcellaire dans les conflits présentent toujours de multiples dimensions.

⁷⁷⁷ Jura Christian, «Kosovo – History and actuality », AGORA, International Journal of Juridical Science, 2013, n°3, p. 82 :

« There were several causes which determined the conflict from Kosovo In 1999, but an immediate cause of this conflict was Slobodan Milosevici and his manner of persecution of Kosovarian Albanians during his

souveraineté et d'allégeance au cours des siècles que ce sont formées les deux entités serbes et albanaises cohabitant sur le territoire du Kosovo.

Au cours du Moyen-Age (XI-XIIIe siècle), le Kosovo devient une province du Royaume de Serbie. La population y est alors majoritairement chrétienne mais déjà slave et albanaise.

Par la suite, la conquête ottomane commencée à la fin du XIIIe siècle va conduire progressivement à la conversion à l'Islam d'une partie de la population albanaise. La conversion de ladite population entraîna une évolution dans les rapports entre elle et le conquérant ottoman et les premières tensions interethniques au Kosovo entre minorité slave orthodoxe et majorité albanaise musulmane.⁷⁷⁸ En effet, en devenant musulmans, les Albanais bénéficiaient alors du même traitement que les Turcs.

Au XIXe siècle, alors que des vellétés d'indépendance de l'empire ottoman s'affirment, deux projets contradictoires prennent forme. D'une part, la Serbie qui souhaite se réapproprier le Kosovo considéré comme une province historique du royaume, d'autre part, un projet mené par les Albanais visant à obtenir l'indépendance du Kosovo, pour plus tard de former une Grande Albanie. La première guerre mondiale favorisa les projets serbes. Ceux-ci s'empressèrent de récupérer le Kosovo tout en cherchant à assimiler la population albanaise.

La seconde en revanche va permettre aux Albanais de développer leur idée d'une Grande Albanie, incluant le Kosovo et conduire à la fuite d'une partie de la minorité serbe. Toutefois ce projet n'aboutit pas : la Fédération Démocratique de Yougoslavie est créée en 1944, le Kosovo lui est rattaché.

Le régime de Tito, installé en 1945, met en place une politique d'autonomie de la région à partir de 1966 (confirmé en 1974 par une modification de la constitution) mais va réprimer très sévèrement le nationalisme albanais entraînant la déportation d'un grand nombre de personnes en Turquie.

La mort du Maréchal Tito en 1980 puis l'arrivée au pouvoir de Slobodan Milosevic en 1989 dans un contexte d'affaiblissement puis de dislocation de l'Union soviétique conduit à la résurgence des

mandate as president of the Federal Republic of Yugoslavia. His persecutions determined eventually the creation of a violent opposition of Kosovar Albanians against Serbians, first by creating an Army of Liberation of Kosovo and then by the successive acts of violence between 1998 and 1999. However, the antecedents of conflict are back in the history. »

⁷⁷⁸ Daskalovski Zhidas, « Towards an Integral Theory of Nationalism ? Case-Study Kosovo », *International Journal on Minority and Group Rights*, 1999, n°6, p.485 :

«Therefore, the first contacts of the Serbian and Albanian people bore no resemblance to a conflict of any kind; their relationship were marked by a lack of hostility right up to the sixteenth century, the time of conversion of great number of Albanians to Islam. »

nationalismes en Yougoslavie et à l'indépendance progressive des différentes entités qui la composent.

A l'issue de cet éclatement, plusieurs Etats sont créés : la République Fédérale de Yougoslavie, la Croatie, la Slovénie, la Bosnie-Herzégovine, la Macédoine.

B. La guerre d'indépendance.

Le Kosovo devient alors une province de la nouvelle République Fédérale de Yougoslavie en 1992.

Les tensions déjà existantes entre les populations serbes et albanaises s'aggravent assez rapidement et débouchent sur un véritable conflit armé en 1998. Le Kosovo privé de son autonomie depuis 1989, finit par réclamer son indépendance.

Ce conflit prend alors un tournant très brutal, ce qui conduit à l'intervention de l'OTAN en mars 1999 sans mandat onusien en raison des violences des forces serbes à l'égard des kosovars.

Les instances des Nations Unies sont naturellement saisies de la situation au Kosovo et le Conseil de sécurité adopte une résolution en 1999, la résolution 1244, qui demande à ce que soient appliqués les accords de Rambouillet mettant fin au conflit du Kosovo.⁷⁷⁹

Les accords de Rambouillet⁷⁸⁰ posent plusieurs principes pour trouver une solution politique au conflit au Kosovo. Toutefois, ces accords n'ont d'accord que le nom puisqu'une seule des deux parties les a signé. Aussi, le Conseil de sécurité doit-il en imposer l'application sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans sa résolution.

Par cette résolution 1244, le Conseil de sécurité exige que les hostilités cessent et le Kosovo soit démilitarisé. Par ailleurs il prescrit qu'une autonomie substantielle doit être accordée au Kosovo par la République Fédérale de Yougoslavie.

Le Conseil décide aussi du déploiement d'une mission civile et de sécurité, la MINUK. C'est-à-dire qu'il place le Kosovo sous administration internationale afin d'assurer une transition pacifique et la mise en place d'institutions autonomes démocratiques. Cette décision s'accompagne d'une demande de déploiement d'une présence de sécurité. Celle-ci sera assurée par l'OTAN qui constitue

⁷⁷⁹ Résolution n°1244 (1999) portant statut international du Kosovo, Conseil de sécurité, Nations Unies, New-York, 10 juin 1999.

⁷⁸⁰ C'est en janvier 1999 que les Etats-Unis, le Royaume-Uni, l'Allemagne, la France, l'Italie et la Russie décident d'ouvrir une conférence à Rambouillet afin de trouver une solution politique au conflit au Kosovo. L'objectif est d'abord le rétablissement de la paix, mais surtout s'assurer que le Kosovo retrouve l'autonomie politique qu'il avait perdue et que les politiques de discriminations à l'égard des Albanais-Kosovars menées par le gouvernement serbe cessent. Toutefois, il est impossible d'obtenir un accord entre les deux parties au conflit. Ces accords serviront pourtant de base à la résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unis 1244, précédemment citée.

la KFOR, mission de l'OTAN au Kosovo, dont l'objectif principal est d'assurer le départ des troupes serbes et la sécurisation du Kosovo.

Le Kosovo le 11 juin 1999 est donc toujours une province de la RFY, mais placé sous administration internationale. Son statut n'est pas encore défini. La résolution pose même que la MINUK aura en partie pour mission la facilitation d'un processus politique visant à déterminer le statut du futur Kosovo, mais dans le respect de la souveraineté de la RFY.

La situation est un peu trouble à définir, surtout pour la RFY, qui doit s'abstenir d'intervenir au Kosovo mais qui n'en demeure pas moins l'Etat souverain. En 2003, la RFY devient la Serbie.

Les institutions du Kosovo sont donc progressivement mises en place et des élections libres et démocratiques sont organisées. Un gouvernement se met en place.

Le 17 février 2008, l'Assemblée du Kosovo déclare son indépendance.

Cette déclaration est diversement reçue par les Etats et si certains y sont favorables d'autres s'y opposent franchement. La Serbie affirme avec force qu'elle ne reconnaîtra jamais l'indépendance du Kosovo.⁷⁸¹⁷⁸²

A ce jour un peu plus de quatre-vingt-dix Etats ont reconnu le Kosovo. Certains autres Etats dont la Serbie et la Russie refusent toujours cette reconnaissance et souhaitent que des négociations soient ouvertes afin qu'il réintègre la Serbie.

⁷⁸¹ L'Assemblée générale des Nations Unies a par ailleurs demandé son avis à la CIJ sur la licéité de la déclaration d'indépendance. La CIJ a répondu le 22 juillet 2010, que cette déclaration était licite au regard du droit international.

⁷⁸² A la suite de cette déclaration d'indépendance, les Etats qui y étaient favorables ont mis en place un Groupe d'orientation sur le Kosovo, dont l'objectif était d'accompagner cette indépendance. Ce groupe a terminé sa mission et voté sa dissolution en septembre 2012. Son action, acceptée par les autorités du Kosovo ne repose pas sur un mandat des Nations Unies, cependant sa dissolution a marqué pour beaucoup de commentateur l'accès à la pleine souveraineté du Kosovo. Et ce d'autant que le mandat de la MINUK avait été largement réduit à la suite de la déclaration d'indépendance, de façon à ce qu'il soit principalement axé sur la promotion de la sécurité, de la stabilité et du respect des droits de l'homme au Kosovo.

Cependant, il faut noter que la MINUK, la KFOR et l'EULEX, à l'heure où nous écrivons, sont toujours présentes et indispensables. Que des troubles importants agitent le nord du Kosovo opposant les autorités à des groupes sécessionnistes. Certains commentateurs allant jusqu'à dire, le gouvernement du Kosovo n'a jamais pu exercer ses compétences sur cette zone.

C. Le Kosovo : une terre historique pour les Serbes, un foyer de peuplement pour les Albanais.

L'élément identitaire dans ce conflit au Kosovo est très fort. En effet, la majorité albanaise estime que ce territoire fait partie des terres albanaises. Au point d'ailleurs, qu'a toujours été envisagé le rattachement à l'Albanie et non la seule indépendance.⁷⁸³ Selon les Albanais, leur présence au Kosovo est aussi ancienne voire plus ancienne que celle des Serbes. Ils se rattachent aux populations illyriennes installées dans l'ouest des Balkans durant l'Antiquité. Ils font également valoir les efforts continus du peuple Kosovar pour obtenir l'indépendance du Kosovo, notamment contre les occupations étrangères.⁷⁸⁴ De plus, suite aux différents mouvements de population, le Kosovo compte aujourd'hui 90% d'Albanais.⁷⁸⁵

Cependant, du côté serbe, le Kosovo est considéré comme une province historique de la grande Serbie. L'écrivain serbe Dobrico Cosic estime même que le Kosovo est un berceau importante de l'identité serbe.⁷⁸⁶ Le Kosovo du fait principalement de la grande bataille de Kosovo Polje, le 15 juin 1389,⁷⁸⁷ est un symbole essentiel de la lutte des Serbes pour leur liberté et leur indépendance.⁷⁸⁸ Cette défaite d'une coalition de princes chrétiens des Balkans devant les forces ottomanes a pris la force d'un mythe fondateur de l'identité serbe.⁷⁸⁹

⁷⁸³ La perspective de créer une « Grande Albanie » est toujours présente ainsi que le laisse penser les propos du Premier ministre du Kosovo, Hashim Taçi, lors de la commémoration de 100 ans de l'indépendance de l'Albanie en 2012 : « L'avenir nous invite à créer un espace unique pour une nation unique ». Propos rapporté par Lévy Alexandre, « Les rêves de grandeur des Albanais », *Courrier international*, 28 novembre 2012.

⁷⁸⁴ Extrait de la Déclaration relative à l'Etat indépendant et souverain du Kosovo, Assemblée du Kosovo, Pristina, 3 février 2003 :

« Ayant à l'esprit les efforts séculaires déployés par le peuple du Kosovo pour obtenir sa liberté, tels qu'ils ont été reflétés dans la Conférence de Bunjaj en 1943-1944, le référendum sur l'indépendance de 1991 et la guerre légitime menée par le peuple du Kosovo pour libérer le Kosovo, sous la direction de l'Armée de libération du Kosovo ».

⁷⁸⁵ Odile PERROT, « KOSOVO ou KOSSOVO », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 17 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/kosovo-kossovo/> :

« Déjà majoritaires dans la première moitié du xx^e siècle, les Albanais représentent les deux tiers de la population du Kosovo après 1945 et les trois quarts lors du recensement de 1981. »

⁷⁸⁶ Cité par Jura Christian, « Kosovo – History and actuality », *AGORA, International Journal of Juridical Science*, 2013, n°3, p. 82 :

« The Serbian writer Dobrico Cosic stated in 1999 that Kosovo province "is not only a piece of land, it represents the Serbian identity. With the loss of Kosovo... the Serbian people was mutilated". »

⁷⁸⁷ Universalis, « KOSOVO BATAILLE DE (15 juin 1389) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 17 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/bataille-de-kosovo/> :

« Livrée à Kosovo Polje (le « champ des Merles »), entre les armées du prince serbe Lazar Hrebeljanović et celles du sultan ottoman Murad I^{er}, la bataille de Kosovo est une victoire turque qui marque l'effondrement des ambitions de la Serbie, alors la principauté la plus puissante des Balkans, et l'encerclement complet par les armées ottomanes de l'Empire byzantin, dont la fin approche. »

⁷⁸⁸ Daskalovski Zhidas, « Towards an Integral Theory of Nationalism ? Case-Study Kosovo », *International Journal on Minority and Group Rights*, 1999, n°6, p. 487 :

La suite de l'histoire peut être résumée en une alternance de la domination d'un des deux peuples sur l'autre en fonction des circonstances historiques et au développement de revendications opposées. Les Serbes veulent se voir reconnaître une plénitude de souveraineté sur les terres du Kosovo et assurer leur domination sur la majorité albanaise. Alors que de leur côté les Albanais n'ont cessé de revendiquer leur indépendance et leur droit à disposer d'eux-mêmes.

La base historique donnée aux revendications des deux camps est dénoncée par les historiens et les commentateurs⁷⁹⁰ comme un exemple de réécriture de l'histoire au profit du récit fondateur des uns et des autres. Cette réécriture souligne combien l'identité n'est pas un fait indiscutable mais bien une construction intellectuelle.

Les deux camps évoquent la menace de l'épuration ethnique au Kosovo. Menace bien réelle puisque les alternances de domination ont systématiquement donné lieu à des campagnes de discriminations, voire de déportation, mais aussi de fuite des populations.⁷⁹¹ Comme le souligne Daskalovski Zhidas, une des particularités dans ce conflit tient à la similarité des arguments des deux camps. Ils utilisent la même menace, fondent leur revendication sur l'histoire du territoire et veulent la même chose, la souveraineté sur le territoire du Kosovo.⁷⁹²

Ces arguments en miroir expriment une exigence de reconnaissance incompatible. C'est sans doute ce qui explique que la Serbie refuse toujours officiellement de reconnaître le Kosovo comme un Etat indépendant. Des deux côtés, on trouve la même volonté, plus ou moins affirmée, de faire disparaître l'autre de son territoire. Dans ce conflit, les mécanismes de reconnaissance mutuelle sont

« What did matter for Serbs is that Kosovo became '... the key to [Serbian] history, the banner of national freedom'. Thus, for some Serbian historians 'Kosovo [is not] a myth, but a historical idea, which helps a nation to forge a link with its real historical past'. »

⁷⁸⁹ La place attribuée ainsi à cette bataille dans les affrontements interethniques au Kosovo peut paraître très surprenante à un observateur extérieur. Et pour cause, la coalition comptait dans ses rangs des forces albanaises.

⁷⁹⁰ Par exemple : Odile PERROT, « KOSOVO ou KOSSOVO », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 17 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/kosovo-kossovo/> :

« Le Kosovo a hérité d'une histoire mouvementée et souvent reconstruite à des fins politiques. »

Ou Daskalovski Zhidas, « Towards an Integral Theory of Nationalism ? Case-Study Kosovo », *International Journal on Minority and Group Rights*, 1999, n°6, p. 483 :

« There, more than anywhere else, history has been repeatedly (mis)used to support claims to other people's territory, to provide an excuse for aggression, to find explanation and point to reasons for and origins of some current problems.

⁷⁹¹ Di Francesco Tommaso, Scotti Giacomo, « Soixante ans de « purifications ethniques » », *Le Monde Diplomatique*, mai 1999.

⁷⁹² Daskalovski Zhidas, « Towards an Integral Theory of Nationalism ? Case-Study Kosovo », *International Journal on Minority and Group Rights*, 1999, n°6, p. 501 :

«Although both the Albanian and the Serbian side claim their 'right to Kosovo' as being unique, both give a very similar argumentation in favor of this right. »

complètement enrayés. Ce qui conduit directement à un conflit, et un conflit particulièrement violent puisque l'objectif est de détruire l'autre peuple.

II. Les guerres de Tchétchénie.

Comme dans tous les conflits identitaires, une partie des ferments des guerres de Tchétchénie doit être cherchée dans son histoire (A) afin de mieux comprendre le déroulement d'un conflit long et douloureux (B) aux enjeux identitaires notables (C).

A. Formation de la Tchétchénie.

La Tchétchénie est une République du Caucase Nord qui abrite la majeure partie de la population tchétchène de la Fédération de Russie. Si l'origine des Tchétchènes est assez mal connue, on peut tout de même la faire remonter à l'antiquité. Peuple des montagnes puis des plaines du Caucase, la société tchétchène s'organisait autour de clans familiaux. Initialement christianisé par les Géorgiens au VIII^e siècle, l'Islam venu du Daghestan s'étend à partir du XVI^e siècle dans les plaines puis au XIX^e dans les montagnes.⁷⁹³ L'Islam tchétchène se rattache à la branche soufie qui est habituellement considérée comme modérée.

Le XIX^e siècle est également celui de la conquête russe à laquelle les Tchétchènes puis tous les peuples du Caucase vont opposer une lutte acharnée jusqu'aux années 1850-1860. L'Islam devient alors un élément d'identification de la lutte pour la liberté. Ce combat sera toutefois perdu.

Lors de la révolution Bolchévique en 1917, une nouvelle tentative est faite pour obtenir sinon l'indépendance, plus d'autonomie. Là encore, les forces russes l'emportent en 1924 et la répression est violente. Au point que les tchétchènes se tournent contre les armées russes pendant la seconde Guerre mondiale.⁷⁹⁴ Cette trahison vaudra au peuple tchétchène d'être massivement déporté par le régime communiste en Asie centrale, laissant la place à une colonisation russe.⁷⁹⁵ Ce n'est que dans les années 1950 que les Tchétchènes déportés sont autorisés à rentrer.

⁷⁹³ Charles URJEWICZ, « TCHÉTCHÈNES », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 18 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/tchetchenes/>

⁷⁹⁴ Chaudet Didier, « D'une guerre de libération tchétchène à une rébellion djihadiste : les racines du mal », *Huffington Post*, 31 janvier 2014.

⁷⁹⁵ « La situation en Tchétchénie par Oumar Khanbiev », <http://www.ina.fr/video/I08287786/la-situation-en-tchetchenie-par-oumar-khanbiev-video.html>.

B. De la première guerre de Tchétchénie à la fin des opérations antiterroristes russes.

La fin de l'Union soviétique laisse croire à une possibilité d'indépendance qui conduit un général tchétchène, Djokhar Doudaev à s'emparer du pouvoir en 1991 et à proclamer l'indépendance de la Tchétchénie-Ingouchie. Les deux régions se détachent et le gouvernement du Général Doudaev s'oppose à Moscou. Un coup d'état raté en 1994 conduit à l'intervention de la Russie.⁷⁹⁶ Les forces russes rencontrent une forte résistance de la part des indépendantistes tchétchènes, mènent des campagnes de bombardement meurtrières et pourtant perdent ce qu'on appellera la première guerre de Tchétchénie. La sortie de crise est assurée par une négociation menée à Khasaviourt entre le gouvernement russe et le chef des indépendantistes, le 31 août 1996. Toutefois cette négociation repose sur un malentendu entre une Russie qui n'entend pas reconnaître l'indépendance de la Tchétchénie et des forces indépendantistes qui en ayant objectivement gagné la guerre ne vont pas mettre de côté leur projet pour revenir dans le giron de Moscou. Le statut de la Tchétchénie demeure une question non résolue et les négociations sont repoussées à cinq ans.⁷⁹⁷

La situation est loin d'être apaisée. Le temps que le gouvernement de la République de Tchétchénie se réorganise, le mouvement indépendantiste se désagrège en multiples factions opposées et les islamistes s'installent dans le pays grâce aux victoires de Chamil Bassaev lors de la guerre.

Pourtant, en 1997, les élections présidentielles portent Aslan Maskhadov, un modéré, au pouvoir. Cela ne fera pas désarmer Chamil Bassaev qui tente une incursion au Daghestan en 1999. La même année plusieurs attentats terroristes non-revendiqués sont à déplorer à Moscou.

Le gouvernement russe accuse la Tchétchénie d'être la base arrière du terrorisme islamiste en Russie et décide alors de lancer une grande opération de lutte contre le terrorisme qui très clairement prend la forme d'un conflit armé et provoque la mort, la disparition ou la fuite de centaine de milliers de civils, sans parler des destructions matérielles causées par les campagnes de bombardements.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶ Universalis, « TCHÉTCHÉNIE RÉPUBLIQUE DE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 18 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/republique-de-tchetchenie/>

⁷⁹⁷ Astigarraga Isabelle, « Tchétchénie, trois ans de chaos », *Le Monde diplomatique*, mars 2000.

⁷⁹⁸ Guerre en Tchétchénie : rappel historique. Archive de l'INA, <http://www.ina.fr/video/2653425001005>, (18/09/2014) ;

Comme Aude Merlin et Anne Le Huérou le démontrent fort bien, l'origine de la deuxième guerre de Tchétchénie est à rechercher dans la première et même dans l'histoire plus ancienne.⁷⁹⁹

Les demandes des indépendantistes sont fondées naturellement sur une revendication identitaire forte. Le peuple tchétchène n'est pas russe, ne partage pas la même religion et surtout, la Tchétchénie n'a été finalement conquise par la Russie qu'assez récemment. Les indépendantistes tchétchènes se rattachent donc à une tradition historique, celle de la résistance à l'envahisseur russe.⁸⁰⁰ C'est pourquoi, ils revendiquent la légitimité de leur combat.

Si la première guerre de Tchétchénie se définit clairement comme une guerre d'indépendance, Aude Merlin et Anne Le Huérou pointent du doigt le glissement sémantique opéré par Moscou lors de la seconde. Il ne s'agit plus de contrer un mouvement sécessionniste, mais d'une lutte contre le terrorisme. L'adversaire perd complètement sa dimension politique au profit d'une certaine forme de diabolisation qui permet au gouvernement d'obtenir le soutien de sa population. Isabelle Astirraga dénonce d'ailleurs le discours raciste et xénophobe développé par le gouvernement russe à ce moment-là, stigmatisant l'ensemble de la population musulmane du Caucase Nord.

Cette évolution du vocabulaire prend une dimension bien réelle lorsque l'interlocuteur considéré comme légitime en 1997, Aslan Maskhadov est identifié comme cible et abattu par les forces russes.⁸⁰¹

La fin de ce conflit meurtrier est difficile à dater. Si les affrontements les plus violents ont cessé en 2002, la guérilla elle s'est maintenue pendant de longues années. Une date qu'il est possible de retenir est la fin officielle de l'opération antiterroriste de Moscou, le 16 avril 2009. Le bilan est également délicat à établir. Les chiffres annoncés vont de cent mille à trois-cent mille victimes.⁸⁰²

⁷⁹⁹ Merlin Aude et Le Huérou Anne, « Le conflit tchétchène à l'épreuve de la reconnaissance », Cultures & Conflits [En ligne], 87 | Automne 2012, mis en ligne le 26 décembre 2013, consulté le 22 janvier 2013. URL : <http://conflits.revues.org/18475>

⁸⁰⁰ Kipp Jacob W., « Russia's Wars in Chechnya », The Brown Journal of World Affairs, Winter/Spring, 2001, Vol. VIII, Issue 1, p. 49-50 :

« Chechen President Aslan Maskhadoc, a colonel who served in the Soviet Army described the current war as the continuation of a four-century struggle : "Here, the Chechen people are fighting Russia. Russia does not want to clarify its relations with Chechnya. For this reason, the war has been continuing for more than 400 years." This is no exaggeration since the struggle between Russians and Muslims of the Caucasus began in the 17th century. That unequal and bitter struggle has defined their mutual relations and the Chechens' sense of their place in the world. »

⁸⁰¹ Le Huérou Anne et Regamey Amandine, « La guerre russe en Tchétchénie : discours antiterroriste et légitimation de la violence », Critique internationale, 2008/4 n° 41, p. 99-118. DOI : 10.3917/cii.041.0099

⁸⁰² Libération, « La Russie annonce la fin de la guerre en Tchétchénie », 16 avril 2009.

C. Les enjeux identitaires du conflit en Tchétchénie.

Dans cette lutte pour la reconnaissance, la Russie a largement tenté de profiter des conséquences politiques des attentats du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis.⁸⁰³ Sa lutte contre le terrorisme islamiste en Tchétchénie apparaît alors justifiée et justifiable, alors que les revendications indépendantistes des Tchétchènes, qui semblaient sinon justifiées, au moins rationnelles, s'effacent devant la menace du fanatisme religieux. Un fanatisme religieux qui n'était pourtant pas majoritaire en Tchétchénie.⁸⁰⁴ La Russie obtient alors que les critiques à l'égard de son intervention en Tchétchénie diminuent. Dans la grande dialectique du bien et du mal de l'après 11 septembre, cela lui permet de s'inscrire du côté du bien, au moins temporairement, selon le point de vue des Occidentaux.

Bien entendu, le conflit en Tchétchénie est loin d'être purement identitaire et les enjeux de sécurité sont majeurs. Mais comme dans presque tous les conflits la question de l'identité reste présente, de même que les enjeux de reconnaissance. La question de l'identité ne recouvre ainsi pas seulement sa propre identité mais celle de l'autre. Dans le cadre de tensions séculaires, comme c'est le cas en Tchétchénie, l'identité de l'ennemi se construit au fil du temps. Il est de plus en plus diabolisé justifiant des exactions toujours plus graves.⁸⁰⁵ Ce que l'on reconnaît dans l'autre c'est le seul ennemi, avec comme risque évident la perpétuation de la dynamique conflictuelle dans le temps. Jacob W. Kipp identifie en Tchétchénie plusieurs éléments d'une dichotomie profonde :

⁸⁰³ Cornel Svante E., «The War against terrorism and the conflict in Chechnya : a case for distinction », The Fletcher forum of world affairs, Summer/Fall 2003, vol. 27, 2, p. 168 :

« The attacks of September 11 introduced a new paradigm into world politics, and Chechnya has since been one of the regions most affected by the increased focus on terrorism. Indeed, it did not take long after 9/11 for the Russian government to draw comparisons between the terrorists attacks on the United States and the situation in Chechnya. »

⁸⁰⁴ Astigarraga Isabelle, « Tchétchénie, trois ans de chaos », Le Monde diplomatique, mars 2000 : « Pourtant, les islamistes restent très impopulaires. A leur apogée, début 1998, et alors qu'ils se pavanent partout dans leurs grosses Jeeps américaines, prétendant imposer leur loi par la force - ce qu'ils ne réussiront jamais vraiment à faire -, ils ne comptent guère que 4 000 hommes. Qu'ils n'aient pu en recruter plus, dans un pays de 700 000 habitants, en ruine, où 80 % des hommes sont au chômage, donne la mesure de leur impopularité. » Ce qui ne signifie pas pour autant que les mouvements islamistes n'aient pas de poids. Dotés de moyens financiers importants, à la tête des mouvements indépendantistes, tel Chamil Bassaev, ils ont réussi à s'imposer à la population.

⁸⁰⁵ Kök Havva, «Reducing violence : applying the human needs theory to the conflict in Chechnya », USAK Yearbook, 2008, vol.1, p.256 :

« A protracted conflict like the one in Chechnya, having lasted for more than a decade (in fact, for three centuries), promotes enemy images and a lack of trust which makes any communication difficult. [...] culture and education throughout the years have created images of the "good and the evil" ».

steppe et montagne, Cosaques et peuples des montagnes, Chrétiens et Musulmans, soldat et guérilleros, oppresseur et bandits.⁸⁰⁶

L'interprétation d'un affrontement originellement identitaire est vivement critiquée par Jakob Rigi. Il explique en effet qu'au sein de la société civile, il y avait une véritable croyance en une identité soviétique commune et que la guerre en Tchétchénie est l'affaire de voyous, les voyous de Grozny et les voyous du Kremlin.⁸⁰⁷ Cependant, les deux invasions de la Russie ont donné à l'identité proprement tchétchène plus de place dans la mesure où les populations étaient convaincues que le but des forces russes était leur éradication.⁸⁰⁸ Par ailleurs, toujours selon ses observations, entre le premier et le second conflit en Tchétchénie, le ressenti des Russes avaient également évolué vers un nationalisme beaucoup plus prononcé.⁸⁰⁹

Rigi soutient donc que ces identités antagonistes se sont forgées dans le conflit et n'avaient pas de réalité auparavant. Bien entendu, le peuple tchétchène conservait ses pratiques traditionnelles, mais la période soviétique selon cet auteur, avait permis la création d'une identité commune en sus.

Du côté de la Russie, ce qui est en jeu c'est d'abord l'intégrité de la Fédération de Russie.⁸¹⁰ La peur de l'effet domino, dans un pays comptant une multitude d'entités territoriales à base ethnique,⁸¹¹ revient régulièrement dans les analyses de la politique russe.⁸¹² De même, asseoir sa

⁸⁰⁶ Kipp Jacob W., « Russia's Wars in Chechnya », *The Brown Journal of World Affairs*, Winter/Spring, 2001, Vol. VIII, Issue 1, p. 48 :

«Steppe and mountain, Cossack and mountaineer, Christian and Muslim, soldier and guerrilla, oppressor and bandit – these dichotomies describe the conflict between Russians and Chechens. »

⁸⁰⁷ Rigi Jakob, « The war in Chechnya : The chaotic mode of domination, violence and bare life in the Post-Soviet context », *Critique of Anthropology*, 2008, n°27 (1), p. 38 :

« This common belief in the shared Soviet identity of Chechens and Russians, and their opposition to what the saw as a mafia war, stood in stark contrast to the view prevalent in the West, where the war was believed to be the result of the clash between the Chechens' drive for independence and Russian imperial rule. »

⁸⁰⁸ Ibidem, p. 49 :

«After the Russian invasion they put aside their differences and rallied behind Dudaev. In this way, Yeltsin nationalized the war for the Chechens. But for the majority of the Russians the war remained Yeltsin's war. It took five years, and a number of catastrophic national and international events, most of them unrelated to Chechnya, to turn the second Chechen war, which started in 1999, into a national war for Russians»

⁸⁰⁹ Rigi Jakob, « The war in Chechnya : The chaotic mode of domination, violence and bare life in the Post-Soviet context », *Critique of Anthropology*, 2008, n°27 (1), p.54 :

«The war has also poisoned Russian society with nationalism. I returned to Russia in summer 2003 and stayed in St Petersburg, my favourite city, for three months. Things had changed dramatically; that generous Russian spirit has, if not vanished, been greatly enfeebled. Various corners of society had been flooded by chauvinism.»

⁸¹⁰ Ibidem, p. 47.

⁸¹¹ Expression empruntée à Radvanyi Jean, « Pourquoi Moscou relance la guerre de Tchétchénie », *Le Monde diplomatique*, novembre 1999.

⁸¹² Kök Havva, «Reducing violence : applying the human needs theory to the conflict in Chechnya », *USAK Yearbook*, 2008, vol.1, p. 254 : « According to the domino effect argument Chechnya's breakaway would cause a chain reaction among other Russian ethno-national republics and lead to the eventual disintegration of the

domination en Tchétchénie permet à la Russie de confirmer et de rappeler son statut de grande puissance, notamment militaire.

Dans une période qui fait suite au démantèlement de l'URSS et à l'apogée des Etats-Unis, la Russie a besoin de conserver l'image d'un Etat fort. Ce qui repose en partie sur le maintien de son territoire. Un des grands défis pour la Russie post-soviétique c'est de se redéfinir en tant qu'Etat.⁸¹³ Les enjeux économiques et géopolitiques sont également très importants. En effet, l'oléoduc qui passe par la Tchétchénie est concurrencé par d'autres qui évitent le territoire russe. Cette possibilité notamment pour l'Europe, grand débouché des hydrocarbures russes, de réduire la dépendance énergétique vis-à-vis de la Russie ne peut que nuire à la puissance commerciale et diplomatique de cette dernière.⁸¹⁴ Selon Ignacio Ramonet, les enjeux vont bien au-delà de la seule économie, « *il s'agit, pour Moscou, de reconquérir la Tchétchénie et, au-delà, de rétablir la Russie comme puissance dominante dans tout le Caucase.* »⁸¹⁵

D'une manière différente que dans le conflit au Kosovo, on retrouve donc, dans cas-ci aussi, des enjeux identitaires et une lutte pour la reconnaissance. Or, ce conflit a fait un nombre de victimes très importants et les violations du droit humanitaire y ont été répandues. Les nombreuses affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme (plus de deux cent) permettent de se faire une idée précise et documentée des nombreuses exactions qui ont été commises.⁸¹⁶

Russian Federation. It is based on the experience of the breakdown of the Soviet Union, which resulted in the emergence of the fifteen independent states. »

⁸¹³ Rigi Jakob, « The war in Chechnya : The chaotic mode of domination, violence and bare life in the Post-Soviet context », *Critique of Anthropology*, 2008, n°27 (1), p. 53 : «The expansion of NATO eastward, the war in Yugoslavia, Russia becoming a second- or even third rate power, a decline of society due to neoliberal policies, all contributed to this. The West also humiliated Russians by depicting Russia as backward, corrupt and despotic [...]Russians are painfully aware of these derogatory and hypocritical attitudes, and, after being seduced by the West in the late Soviet and early post-Soviet era, they feel they have been used, cheated and betrayed. A response to this, among other reasons, contributed to the rise of Russian nationalism. Russians wanted to regain a strong state under the banner of nationalism. »

⁸¹⁴ Ramonet Ignacio, « Tchétchénie », *Le Monde diplomatique*, février 2000.

⁸¹⁵ Ibidem.

⁸¹⁶ Ces nombreuses affaires portent « plus particulièrement sur l'usage indiscriminé de la force meurtrière, des exécutions extrajudiciaires, des cas de détention irrégulière, de torture et de mauvais traitements, des disparitions, des dommages aux biens et destructions de biens, la présence de mines terrestres, des restrictions à la liberté de circulation et l'absence de recours effectif. Dans la plupart de ces affaires, la Cour a conclu à un chef de violation au moins. » Voir par exemple : 24, février 2005, Issaïeva c. Russie ; 9 octobre 2008, Alberkov et autres c. Russie ; Maskhadova et autres c. Russie, 6 juin 2013. Et enfin Abdulkhanov c. Russie du 3 octobre 2013. Dans cette affaire pour la première fois, la Russie reconnaît qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie).

III. L'absence de reconnaissance dans le conflit israélo-palestinien.

Il est très difficile de tenter de résumer la création de l'Etat d'Israël et le conflit israélo-palestinien. Il s'agit d'un sujet particulièrement épineux. Pourtant, la tentative mérite d'être faite aussi incomplète qu'elle doive être, tant les enjeux de reconnaissance sont ici prégnants. Les relations entre Israël et la Palestine nous semblent parfois relever de la tragédie grecque ou du mythe tant leurs destins nous paraissent indissociables et maudits (A). Se rappeler l'origine des deux Etats (B) est indispensable à la compréhension du conflit d'existence insoluble (C) et des enjeux civilisationnels (D).

A. Israël-Palestine, des destins liés.

La Palestine est un territoire à l'histoire riche et complexe. Après la première guerre mondiale, les territoires arabes dominés par l'Empire ottoman défait sont répartis entre les diverses puissances victorieuses. Un territoire correspondant à la Palestine est alors placé sous mandat Britannique par la Société des Nations en 1920.

Le mouvement sioniste profita de ce changement de pouvoir pour demander que ce territoire soit transformé en foyer pour le peuple juif. Si cette transformation pure et simple fut refusée⁸¹⁷, la SDN ainsi que la Grande-Bretagne admirent que des immigrés juifs puissent venir s'installer tout en garantissant aux Arabes présents la préservation de leur culture.

Cependant dès 1930, la Société des Nations s'inquiète à la fois de l'affluence d'immigrés juifs qui font l'acquisition de terres et de l'incapacité de la Grande-Bretagne à créer un Etat palestinien indépendant.

Une première proposition de partage fut faite prévoyant la création de deux Etats, l'Etat palestinien comme il était prévu à l'origine, mais aussi un Etat juif, dans des limites territoriales fixes. Les deux camps rejetèrent le projet. Les uns ne voulant pas d'un Etat juif, les autres favorables, mais refusant d'arrêter la conquête territoriale.

⁸¹⁷ BAZIN Marcel, KLEIN Claude, LAFON François, PERLEMUTER Lily, SCHWEITZER Ariel, Universalis, « ISRAËL », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/israel/> :

« La lune de miel entre les Britanniques et les Juifs aura été de courte durée. Dès 1922, un premier Livre blanc vient marquer les limites du dessein britannique : foyer national en Palestine, certes, mais la Palestine ne devait pas devenir un foyer national pour le peuple juif. À la suite des émeutes de 1929, plusieurs commissions d'enquête aboutissent à formuler les premières limitations substantielles, notamment en matière d'immigration. »

A la suite de la deuxième guerre mondiale un premier projet à deux Etats est proposé en 1947 dans le cadre des Nations Unies. Il est rejeté par les Arabes.

En 1948, David Ben Gourion proclame l'indépendance d'Israël qui est rapidement reconnu par les Etats occidentaux mais pas par les Etats arabes.

Les tensions entre population arabe et population juive n'ont pas attendu la seconde guerre mondiale pour dégénérer en affrontements. Dès le début du mandat britannique des attentats et des attaques ont lieu, en particulier dans les années 30. Toutefois, c'est l'indépendance de l'Etat d'Israël qui va marquer le début d'une succession de conflits armés qui ne semble pas pouvoir être arrêtée.⁸¹⁸

B. Aux racines des deux Etats.

Les parties au conflit israélo-palestinien poursuivent le même but, avoir le droit d'exister dans des limites territoriales données. Or, nœud gordien s'il en est, la terre d'accueil des deux peuples est la même et l'hypothèse d'un partage qui supposerait la création d'une identité nationale englobante ne paraît n'avoir d'attrait pour personne. Israël souhaite recréer son royaume antique, foyer millénaire perdu d'un peuple juif lassé d'errer (1), alors que le peuple palestinien s'est construit une identité nationale dans le conflit (2).

1. Eretz Israël, la terre retrouvée.

La création de l'Etat d'Israël correspond à la reconstruction d'une nation juive dotée d'une identité forte et unifiée⁸¹⁹. Certes la terre d'Israël est sacrée dans la religion hébraïque et le principe du retour inscrit dans les textes de la tradition juive⁸²⁰, mais la mise en œuvre concrète de ce retour est moins religieuse que politique.

C'est dans le sionisme que se trouvent les germes de l'identité israélienne actuelle. Ce mouvement politique prônant l'idée que la survie des Juifs passe par la création d'un Etat national en

⁸¹⁸ PÉRY Christophe, « CONFLIT ISRAËLO-ARABE - - (repères chronologiques) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/israelo-arabe-reperes-chronologiques/>

⁸¹⁹ Les premiers royaumes israélites ont émergé aux alentours du début du 1^{er} millénaire avant la naissance de Jésus Christ, c'est alors l'Israël des temps bibliques.

⁸²⁰ Greilsammer Ilan, *Le sionisme*, Presses Universitaires de France « Que sais-je ? », Paris, 2005, p. 8 : « Tous les textes de la tradition, qu'il s'agisse du Talmud, des commentaires rabbiniques, et jusqu'aux poèmes et odes composés au fil des siècles (par exemple ceux de Judah Halévi), sont imprégnés de cette soif du retour. »

Israël est apparu au XIXe siècle en Europe.⁸²¹ Face à l'antisémitisme croissant, mais également en adéquation avec la montée des nationalismes, Théodore Herzl, figure de proue du mouvement sioniste, développe l'idée « *que le problème juif ne pourra être résolu que s'il est considéré avant tout comme un problème de type national.* »⁸²²

Si le mouvement commence à rencontrer des succès concrets dès le début du XXe siècle et obtient des Britanniques le droit de fonder un foyer national en Palestine grâce à la déclaration Balfour du 2 novembre 1917, c'est le drame de la seconde Guerre Mondiale qui popularisera le projet sioniste au sein de la communauté juive, jusque-là restée majoritairement sceptique, indifférente ou même parfois hostile.⁸²³ Le génocide qui a directement mis en jeu la survie du peuple juif fait prendre tout son sens à un projet d'Etat juif en Israël. De plus, si l'on se réfère aux observations faites jusqu'à présent, l'hostilité rencontrée par les Juifs du fait de l'antisémitisme ne pouvait que conduire à la formation d'une identité forte susceptible de porter un projet collectif commun visant à assurer la survie du groupe.

La construction de cette identité s'est également faite au travers de la création de mythes fondateurs par la valorisation de certains événements historiques ou légendaires (ou les deux)⁸²⁴, comme la révolte des Maccabées⁸²⁵ ou plus encore la chute de Massada⁸²⁶.

⁸²¹ Ibidem, p. 5.

⁸²² Dieckhoff Alain, « SIONISME », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 29 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/sionisme/>

⁸²³ Ibidem.

⁸²⁴ Ibidem, p. 86 : « Il fallait donc, pour reprendre les termes d'Eric J. Hobsbawm à propos du nationalisme européen, « imaginer » une tradition nationale, narrer une histoire commune, façonner des mythes historiques. »

⁸²⁵ La révolte des Maccabées est un épisode de l'histoire du peuple juif en Judée qui s'est déroulé au IIe siècle avant JC. Ce territoire était alors placé sous le contrôle des Séleucides. Si les premiers monarques de cette dynastie menèrent une politique de tolérance vis-à-vis du peuple juif et de ses croyances, la situation dégénéra à partir de -169. Les Juifs qui refusaient de s'helléniser firent alors l'objet de persécutions importantes. C'est ces campagnes de persécutions qui conduisirent à la révolte des Maccabées commencée en -167 par Mattathias et ses fils. Cette révolte poursuivait le but de libérer le peuple juif du joug étranger et d'assurer l'indépendance politique de la Judée. Celle-ci fut acquise par le dernier survivant des fils de Mattathias, Simon qui fonda la dynastie des Asmonéens. La fête de Hanouka commémore cette victoire importante qui symbolise la résistance spirituelle du peuple juif. → JOUHET Marguerite, « MACCABÉES LES », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/les-maccabees/>; LAPERROUSAZ Ernest-Marie, MANTRAN Robert, Universalis, « PALESTINE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/palestine/>;

⁸²⁶ La chute de Massada est un épisode de l'histoire du peuple juif rapportée par Flavius Josèphe, seul témoin à l'avoir décrit.

Au sommet d'un plateau rocheux surplombant le désert de Judée fut élevée une citadelle par le grand prêtre Jonathan au IIe siècle avant JC, au temps des Maccabées. Cette citadelle accueillit un drame mythique, celui du suicide collectif de centaines de Juifs, derniers résistants à l'Empire romain. Rome assit sa domination sur la Judée en l'an 6 après JC. En 66, fut alors déclenchée la première guerre des Juifs face aux abus commis par les Romains. Elle aboutit au siège de Jérusalem et à l'incendie du temple en 70 par Titus. La Judée est alors soumise sauf la citadelle de Massada qui fut assiégée en 72. Les troupes romaines comptaient entre dix mille et

Autre élément essentiel dans cette démarche d'élaboration d'une tradition, la langue. Celle-ci a joué un rôle fondamental avec la restauration, après deux mille ans, de l'hébreu comme langue non plus seulement culturelle, mais usuelle.⁸²⁷

L'Etat d'Israël est donc directement issu du mouvement sioniste⁸²⁸ qui a redéfini la communauté juive en nation, en peuple autonome, produisant une identité juive nouvelle.⁸²⁹

Sur ce point, il faut préciser, comme l'indique Ilan Greilsammer, qu'il est indispensable de distinguer identité juive et identité israélienne.

L'identité juive, d'une part, est loin d'être uniforme. En effet, Ilan Greilsammer distingue plusieurs catégories⁸³⁰ au sein des personnes revendiquant une appartenance au peuple juif, allant de ceux qui voient dans le judaïsme, leurs seules origines historiques, à ceux qui y donnent une signification religieuse, en passant par les laïques qui mettent l'accent sur l'aspect culturel de la judéité.⁸³¹

C'est à partir de cette diversité que se construit l'identité israélienne. Tous les israéliens ne s'identifient pas au sionisme et au principe d'un Etat juif, c'est particulièrement le cas des Juifs ultra-religieux, pour lesquels le sionisme est dans son principe, une aberration, mais également celui, par

quinze mille hommes alors que les Zélotes assiégés étaient au nombre de neuf cent soixante-sept. Les Romains mirent des mois à prendre Massada. A la veille de la prise de la citadelle en 73, Eléazar, chef de la citadelle, donna pour consigne aux habitants de se suicider afin de ne pas offrir une vraie victoire aux légions romaines. La véracité historique de ce suicide collectif a été mise en doute, mais cela n'est que de peu d'importance puisque c'est le symbole de cette résistance ultime qui compte. Cet évènement qui fut longtemps oublié a été redécouvert au XIXe siècle par les premiers sionistes et popularisé par le Poème de Massada d'Isaac Lamdan publié en 1927. Dans ce poème, Isaac Lamdan fait de Massada (le refuge en hébreu) le symbole de la résistance juive face aux persécutions et notamment face aux pogroms en Europe qui avaient provoqué la troisième aliya⁸²⁶, en terminant son poème par cette formule : « Plus jamais Massada ne tombera »⁸²⁶.

Il est aisé de comprendre la valeur de ce mythe pour le sionisme dans la mesure où il célèbre la Judée comme refuge d'une part, et d'autre part il lie à l'identité juive, une dimension guerrière qui s'était largement perdue avec la diaspora.

⁸²⁷ Zawadski Paul, « Aux origines d'Israël : deux regards récents sur le sionisme », Revue française de science politique, 1996, n°6, p. 997. :

« Mais si les fondateurs du sionisme s'opposaient sur la forme à donner au futur Etat, avant même d'être véritablement confrontés à la question de son institutionnalisation et de sa territorialisation, leur défi préalable restait de construire « une nation » juive. Le ciment de cette nouvelle identité nationale fut l'hébreu. »

⁸²⁸ Le Sionisme ne se limite pas à la création d'un Etat des Juifs, il poursuit également, par exemple, le but de réunir en terre sainte l'ensemble des Juifs du monde. Par ailleurs, il a vivement été critiqué comme raciste et discriminatoire. Aussi le fonctionnement et l'existence concrète de l'Etat d'Israël ne correspond pas en tout point à l'idéologie sioniste.

⁸²⁹ Ibidem : « L'Etat d'Israël n'est pas uniquement l'Etat de ses seuls citoyens, juifs et arabes, mais aussi, potentiellement, celui des juifs de la Diaspora qui, en vertu de la loi du retour (1950), bénéficie d'un droit naturel à immigrer et à obtenir, automatiquement, la nationalité israélienne. Le caractère sioniste de l'Etat d'Israël qui se manifeste clairement au travers de cette disposition se retrouve dans l'aménagement institutionnel qui codifie les relations entre l'Etat et l'Organisation sioniste mondiale. »

⁸³⁰ Sachant que ces catégories sont poreuses et schématiques.

⁸³¹ Greilsammer Ilan, « Réflexions sur l'identité israélienne aujourd'hui », Cités, 2007/1 n° 29, p. 40 :

« Et au total, lorsqu'on considère les Juifs aujourd'hui (au moins ceux qui revendiquent une identité juive), on s'aperçoit d'un véritable foisonnement de définitions identitaires. Disons-le clairement : chaque Juif perçoit sa judéité à sa façon. Mais en gros, puisque nous sommes obligés de classer, on peut distinguer quatre grandes catégories de Juifs, en Israël comme en diaspora. »

définition, des arabes israéliens. Pour autant, Ilan Greilsammer explique que les uns comme les autres s'identifient progressivement à Israël, les uns en raison de l'aspect pratique de la vie dans un Etat très favorable à la pratique religieuse, les autres en raison du bien-être qu'il y a à vivre dans un Etat démocratique, malgré une certaine forme de discrimination.⁸³²

L'identité israélienne aujourd'hui est donc distincte de l'identité juive même si l'une et l'autre ne sont pas étrangères.⁸³³

Or la survie de l'Etat d'Israël est indispensable à l'existence même de l'identité israélienne. On comprendra donc que toute négation de son existence rencontre une réponse forte, voire si les circonstances paraissent l'exiger une réponse militaire.⁸³⁴

La question de la reconnaissance d'Israël est également un enjeu majeur entre les parties au conflit israélo-palestinien. Si l'Organisation pour la libération de la Palestine et le Fatah ont reconnu l'Etat d'Israël, ce n'est pas le cas du Hamas qui continue à mener une guerre qui a pour but d'annihiler Israël. Ce qui justifie de la part du gouvernement israélien des réactions armées qu'un observateur extérieur peut juger disproportionnées, notamment au regard des pertes civiles.

2. La Palestine, une identité forgée dans le conflit.

Du côté palestinien, la question identitaire se présente un peu différemment. Alors que le judaïsme et le christianisme, tous deux apparus en Palestine s'en sont trouvés éclipsés (du moins avant le retour d'un peuplement juif important), l'Islam introduit au VI^e siècle de notre ère par la conquête de la Palestine s'y est maintenu.

Les habitants de la Palestine se sont donc progressivement convertis à l'Islam et arabisés sous l'influence des conquérants musulmans partis du désert d'Arabie. La Palestine elle-même devint une des principales provinces du monde musulman.

⁸³² Ibidem p. 45.

⁸³³ Cependant, s'il existe au sein de la société israélienne des mouvements en faveur d'une laïcisation complète de l'Etat israélien, ils sont loin d'être majoritaires. A titre d'exemple, le Premier ministre Benyamin Netanyahu a posé, en mars 2014, comme point de départ des négociations visant à aboutir à un accord-cadre, la reconnaissance par les autorités palestiniennes d'un Etat juif et pas seulement de l'Etat israélien. Cette demande s'est d'ailleurs vu opposer un ferme refus de la part des autorités palestiniennes et des membres de la ligue arabe. Voir : « Israel PM demands recognition of Jewish state », 5 mars 2014, Aljazeera.com., « Arab league rejects Israel as Jewish state », 9 mars 2014, Aljazeera.com.

⁸³⁴ Ibidem : « L'Etat d'Israël est devenu le pôle de l'identité juive moderne ; il a acquis, pour des juifs largement acculturés et sécularisés, une sorte de centralité ontologique. »

A partir du XVI^e siècle la Palestine passe sous domination ottomane et ce jusqu'à la première guerre mondiale. Au début du XX^e siècle la population palestinienne se compose d'une majorité de musulmans et de plusieurs minorités dont une minorité chrétienne et une petite minorité juive.⁸³⁵

La revendication territoriale des Palestiniens ne vient donc pas d'un droit au retour, mais d'un droit issu de l'occupation millénaire de ces terres.⁸³⁶ En effet, la population palestinienne n'est pas composée majoritairement d'envahisseurs mais bien des descendants des anciens occupants de la Palestine, progressivement, on l'a dit, arabisés sous l'effet de la conquête musulmane.

Bien qu'ayant eu durant son histoire des périodes d'indépendance politique, la Palestine depuis le XVI^e siècle et sa soumission à l'empire ottoman ne constituait plus un pays indépendant. Une des missions du Royaume-Uni dans le cadre de son mandat était d'ailleurs de permettre la construction d'un Etat palestinien indépendant. Ce qui fut un échec.

L'apparition de l'identité palestinienne moderne est à chercher dans cette période de désagrégation de l'empire ottoman. C'est à ce moment que va se développer le nationalisme palestinien, en partie déjà, par opposition aux premiers immigrants juifs venus s'installer en Palestine. La période britannique n'a fait que confirmer le phénomène. En miroir de l'identité juive, l'identité palestinienne s'est forgée dans le conflit armé, dans la perte de sa terre et dans son exil.

L'accession à l'indépendance de l'Etat d'Israël à la suite du refus palestinien d'entériner le plan de partage de 1947 qui prévoyait une répartition des territoires relativement égalitaire⁸³⁷ donne lieu à une guerre entre les communautés arabes et juives. L'intervention des Etats arabes voisins ne permet pas d'enrayer l'avancée des troupes israéliennes et ne demeurent arabes que la bande de Gaza et la Cisjordanie, respectivement contrôlées par l'Egypte et la Jordanie. La Jordanie annexera rapidement la Cisjordanie.⁸³⁸ Cette première guerre arabo-israélienne est désignée par les palestiniens sous le nom de Naqba, la catastrophe. Elle marque véritablement la perte de la terre puisqu'à l'issue de ce premier conflit, plus aucune zone n'est administrée par les Palestiniens. Cette

⁸³⁵ LAPERROUSAZ Ernest-Marie, MANTRAN Robert, Universalis, « PALESTINE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 1 octobre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/palestine/>

⁸³⁶ Quigley John, « Competing claims to the territory of historical Palestine », *The Guild Practitioner*, 2002, 59, n°76, p. 78 :

«The British historian Arnold Toynbee, who devoted considerable attention to Palestine, used the Arab conquest of the seventh century C.E. as his point of reference. Toynbee wrote that "by 1948, the Palestinian Arabs had been the inhabitants of Palestine for more than 1,300 years. This length of time," he said, gave them "a prescriptive right to continue to live in Palestine and to retain their property there." »

⁸³⁷ Ce plan de partage divisait la Palestine en huit parties. Trois revenant à chacune des Parties, une septième, la ville de Jaffa, devenait une enclave arabe en Israël et la dernière division, Jérusalem devait être placée sous un régime international. En termes de proportion les Arabes obtenaient 43% du territoire et les Juifs, 57%.

⁸³⁸ Page des Nations Unies relative à la Palestine, «La question de Palestine », <http://www.un.org/french/Depts/palestine/history2.shtml>

dépossession complète est confirmée après la Guerre des six jours, en 1967, à nouveau gagnée par Israël qui récupère le contrôle de la Cisjordanie et de la bande de Gaza. Il faudra attendre les accords d'Oslo dans les années 1990 pour que les Palestiniens récupèrent une certaine autonomie de gouvernement dans les territoires de la Cisjordanie et de Gaza.

Les conquêtes territoriales réalisées par les Israéliens s'accompagnent d'une forme de nettoyage ethnique des régions concernées. A cette période sont en effet expulsés environ sept cent mille arabes palestiniens des territoires devenus israéliens.⁸³⁹ Ces expulsions restent aujourd'hui un véritable problème dans les négociations de paix, puisque les Palestiniens exigent la reconnaissance par l'Etat israélien du droit au retour des réfugiés⁸⁴⁰, tel que consacré par l'Assemblée Générale des Nations-Unies, et que le gouvernement israélien le refuse, craignant pour la survie même de l'Etat⁸⁴¹. De plus, le gouvernement israélien a mené, selon Christine Pirinoli, une politique d'effacement de la présence palestinienne en détruisant les villages et plus surprenant les exploitations agricoles⁸⁴², arrachant des milliers d'arbres.

⁸³⁹ Quigley John, « Competing claims to the territory of historical Palestine », *The Guild Practitioner*, 2002, 59, n°76 p. 82 :

« By May 1948, the Jewish Agency had driven out about 300,000 of Palestine's Arabs. »

⁸⁴⁰ Résolution 194 (III) du 11 décembre 1948, « Palestine – Rapport intérimaire du Médiateur des Nations Unies », §. 11 :

« Décide qu'il y a lieu de permettre aux réfugiés qui le désirent, de rentrer dans leurs foyers le plus tôt possible et de vivre en paix avec leurs voisins, et que des indemnités doivent être payées à titre de compensation pour les biens de ceux qui décident de ne pas rentrer dans leur foyer et pour tout bien perdu ou endommagé lorsque, en vertu des principes du droit international ou en équité, cette perte ou ce dommage doit être réparé par les Gouvernements ou autorités responsables. »

Cette première résolution a été complétée par d'autres plus claires encore sur le droit au retour des réfugiés palestinien. → Résolution 3236 (XXIX), du 22 novembre 1974, « Question de Palestine », § 2 et 3 :

« Réaffirme également le droit inaliénable des Palestiniens de retourner dans leurs foyers et vers leurs biens, d'où ils ont été déplacés et déracinés, et demande leur retour ;

Souligne que le respect total et la réalisation de ces droits inaliénables du peuple palestinien sont indispensables au règlement de la question de Palestine ; ».

⁸⁴¹ L'exigence du Premier ministre israélien que non seulement les autorités palestiniennes reconnaissent l'Etat d'Israël, mais le reconnaisse en tant qu'Etat juif touche précisément à ce problème. En effet, un retour massif des réfugiés palestiniens expulsés en 1948 conduirait à une bascule de la démographie du pays et rendrait presque impossible la survie du projet sioniste, et probablement de l'Etat d'Israël lui-même. Et ce sans compter les problèmes économiques évidents que poserait une arrivée aussi massive de nouveaux citoyens.

⁸⁴² Pirinoli Christine, « Entre terre et territoire : enracinement de l'identité palestinienne »,

Etudes rurales, 2002/3 n° 163-164, p. 92-93 :

« Cette vision de l'histoire a été ensuite consolidée par les politiques israéliennes d'effacement des signes de l'existence palestinienne : outre la répression de toute expression de l'identité et de la culture palestiniennes (...). [...] Cet effacement s'est d'ailleurs également traduit, dans les territoires occupés, par l'arrachage de centaines de milliers d'arbres fruitier, et en particulier d'oliviers, éminemment évocateurs de l'identité palestinienne. Ces terres désormais « désertes » ont le plus souvent été confisquées par l'Etat d'Israël. ».

Dans le même sens et plus récemment voir :

« Israël-Palestine : la guerre des olives », *Le Point.fr*, 02/12/2013, http://www.lepoint.fr/monde/israel-palestine-la-guerre-des-olives-02-12-2013-1763897_24.php :

« Dépassant le simple enjeu économique, l'olivier revêt aujourd'hui dans cette région du monde une symbolique toute particulière qu'Israéliens et Palestiniens se disputent jalousement. Après avoir détrôné le

Il y a dans cette politique du gouvernement israélien une volonté d'anéantissement de la mémoire palestinienne comme pour faire en sorte que l'espace-temps qui a existé entre la fin de la domination juive en Palestine et son retour n'existe plus.

Dans son travail avec les réfugiés palestiniens, Christine Pirinoli, souligne combien le fait que la terre ait été cultivée représente la preuve d'un lien fondamental entre elle et le peuple palestinien.⁸⁴³ La terre est donc devenue centrale dans les revendications identitaires des Palestiniens, et ce, qu'ils soient toujours présents en Palestine ou qu'ils soient réfugiés. Ainsi, si Eretz Israël est essentielle à l'identité israélienne, la terre de Palestine ne l'est pas moins à l'identité palestinienne.⁸⁴⁴ Ce qui est dommage c'est que ce soit la même et qu'en réalité aucun des deux peuples ne souhaite la partager.

L'identité palestinienne du fait de cette histoire emmêlée est donc assez complexe. On peut déjà facilement en distinguer trois composantes.

La première tient au dédoublement de la population palestinienne entre une partie qui s'est maintenue sur le territoire de la Palestine et l'autre qui a été forcée de s'exiler. En une image inversée de l'identité israélienne, les Palestiniens sont donc à présent divisés entre ceux vivant sur le territoire national et une importante diaspora qui aspire au retour.

Il faut ajouter à ces deux composantes, une troisième, celle des arabes israéliens qui s'identifient quand même à la cause et à la nation palestinienne.

Il faut enfin, noter, qu'au sein de la population palestinienne territorialisée, la fracture territoriale entre la bande de Gaza et la Cisjordanie ne peut que conduire à plus de nuance encore dans cette identité. Les uns vivent piégés entre la Mer et Israël dans un territoire surpeuplé qui a été le théâtre des trois dernières crises entre Israël et la Palestine. Les autres sont soumis à la colonisation, à la spoliation de leur terre, à un contrôle militaire israélien quotidien. Ces différences ont été encore plus marquées avec la présence de deux gouvernements différents.

figuier de Barbarie et l'oranger dans le cœur des populations arabes, l'olivier, robuste et millénaire, a ainsi été dressé au rang d'emblème national chez les Palestiniens. Un symbole qui n'était pas du goût des premiers Israéliens, qui lui ont préféré le pin, arbre résistant, à la croissance rapide, à l'image de l'État hébreu naissant, rappelle Arnaud Garcette. Il fallait alors faire disparaître l'olivier, trace d'une civilisation sur une terre qui devait être sans peuple. En un siècle, des milliers d'oliviers sont déracinés, et à la place, "250 millions de pins sont plantés par le Fonds national juif (gestionnaire de milliers d'hectares de terre en Israël)". »

⁸⁴³ Pirinoli Christine, « Entre terre et territoire : enracinement de l'identité palestinienne », *Etudes rurales*, 2002/3 n° 163-164, p.94 et s.

⁸⁴⁴ *Ibidem* p. 98 :

« La terre, pilier du nationalisme palestinien, était donc également au cœur du discours étatique. »

Dans cette profonde complexité du conflit entre ces deux peuples et des enjeux géopolitiques, l'analyse permet de dégager trois dynamiques conflictuelles liées à l'identité. La première est de toute évidence, celle au cœur du conflit, l'opposition existentielle entre l'Etat palestinien et l'Etat israélien, la seconde touche à la situation des arabes israéliens et enfin la troisième à l'enjeu civilisationnel qui s'est greffé sur ce conflit.

C. Le conflit d'existence entre Israël et la Palestine.

Les revendications des Israéliens et des Palestiniens fonctionnent comme un dramatique jeu de miroirs.

Ils revendiquent tous la même terre et dans l'idéal l'ensemble de cette terre et pas les petites divisions issues des différents plans de partition. Ils affirment chacun avoir des droits historiques sur ces terres.⁸⁴⁵

Du fait des expulsions et des déplacements massifs de population du côté palestinien, les deux peuples clament leur droit au retour.

L'Etat d'Israël et l'Etat palestinien, c'est aussi l'histoire de la construction parallèle de deux nationalismes concurrents. Ils se construisent l'un avec l'autre et surtout l'un contre l'autre.

Et bien sûr, ils réclament naturellement le droit d'exister, en tant que peuple, mais également en tant qu'Etat. Et ce, alors même que dans chacun des deux camps, on trouve des tenants de l'annihilation de l'autre.

De même, on trouve la peur de disparaître ainsi qu'en témoignent deux auteurs, l'un palestinien, l'autre israélien.

Sari Nusseibeh, palestinien de Jérusalem, écrit : « Près d'un demi-siècle après l'annexion de Jérusalem-Est par Israël et 20 ans après la signature des accords d'Oslo, l'Union européenne (UE) commence à réaliser que l'absorption de cette partie du territoire occupé par Israël rend impossible une solution classique à deux États. La création d'un État palestinien le long des frontières de 1967 ayant pour capitale Jérusalem-Est ne paraît en effet plus réalisable. »

Tandis que David Grossman, écrivain connu pour son engagement en faveur de la Paix exprime sa peur dans un entretien publié dans le journal Ha'aretz : « *Ce qui me fait le plus peur, c'est de ne plus*

⁸⁴⁵ Même si c'est historiquement vrai, juridiquement la position israélienne est beaucoup plus délicate à soutenir dans la mesure où il s'agit d'une occupation très ancienne à laquelle le droit international ne donne aucune valeur juridique.

être sûr de l'existence d'Israël. Il y a toujours un doute. Je pense que quiconque vit ici, vit également l'alternative où Israël cessera d'être. C'est notre cauchemar. »⁸⁴⁶

Cette peur partagée par les deux parties au conflit lui donne donc une dimension tragiquement destructrice particulièrement nuisible à la bonne application des règles du droit des conflits armés.

Elle se traduit également dans les demandes répétées des uns et des autres pour qu'une reconnaissance réciproque soit confirmée. Pourtant malgré les efforts consentis (certes limités), cette demande ne paraît jamais pouvoir être réellement satisfaite. Les Accords d'Oslo de 1993 avaient pourtant marqué un début d'espoir avec l'échange d'une reconnaissance mutuelle entre l'OLP et Israël, les premiers admettant le droit à l'existence d'Israël et les seconds, la légitimité de l'OLP en tant qu'interlocuteur et représentant des Palestiniens.

L'enjeu de reconnaissance est immense ici, on l'a vu, mais il va au-delà de la simple reconnaissance d'Etat, il y a une exigence de reconnaissance d'identité.

Cette question est particulièrement prégnante du côté de l'Etat israélien, puisqu'il ne s'agit pas seulement pour le gouvernement d'obtenir une reconnaissance de l'Etat israélien par l'Autorité palestinienne, mais d'obtenir la reconnaissance d'un Etat juif. Cette exigence est considérée par Yosef Kuperwasser et Shalom Lipner comme un point clef des négociations israélo-palestiniennes et une des raisons majeures de leurs échecs quasi permanents.⁸⁴⁷⁸⁴⁸

Ce qui est certain, c'est que tant que ce besoin de reconnaissance ne sera pas satisfait réciproquement, on imagine mal la situation prendre un tour plus constructif sur le long terme. Or cette reconnaissance mutuelle pleine et entière n'est pas vraiment à l'ordre du jour. La position palestinienne manque de clarté d'autant que le Hamas nie tout droit à exister à Israël. De son côté, le

⁸⁴⁶ Nusseibeh Sari, « Palestine : l'histoire avance plus vite que les idées », Politique étrangère, 2013/3 Automne, p. 11 et entretien avec Amos Oz et David Grossman par Ari Shavit pour Ha'aretz sur le thème de les révoltes et les questionnements dans la société civile israélienne Israël : quel sionisme ? quelle identité ? mis en ligne le 11 janvier 2003 sur le site La Paix maintenant, <http://www.lapaixmaintenant.org/entretien-avec-Amos-Oz-et-David>. Les dix ans qui séparent les deux citations et l'évolution actuelle de la situation conforterait sans doute plus la vision actuelle de Sari Nusseibeh dans la mesure où la pression colonisatrice en Cisjordanie n'a pas cessé et a même repris en septembre 2014 par la confiscation de quatre cent hectares de terre. Israël ne cesse de violer les Accords d'Oslo II en annexant de nouveaux territoires.

⁸⁴⁷ Kuperwasser Yosef, Lipner Shalom, « The problem is palestinian rejectionism », Foreign Affairs, Novembre-Décembre 2011, Volume 90, n°6, p. 2 :

« The key reason for this failure is the Palestinians' refusal to recognize Israel as a Jewish state. »

⁸⁴⁸ Dans le même temps, de son côté Ronald R. Krebs, estime que les raisons de l'échec du processus de paix se trouvent dans le problème des territoires occupés et non dans la question de la reconnaissance ou non de l'Etat d'Israël, comme Etat juif. → Krebs Ronald R., « Israel's Bunker Mentality », Foreign Affairs, Novembre-Décembre, 2011, Volume 90, n°6, p. 11 :

« Since then, the question of what to do with the occupied territories has paralyzed Israeli politics. »

gouvernement israélien a clairement indiqué qu'il ne reconnaîtrait jamais un gouvernement palestinien qui inclurait le Hamas.

D. Les enjeux civilisationnels.

Certains voient également dans le conflit israélo-palestinien, l'affrontement de deux identités extérieures, celui du monde musulman et du monde occidental. La focalisation importante de la communauté internationale sur ce conflit, son traitement politique et médiatique, comparé à l'indifférence constatée à l'égard d'autres guerres, parfois bien plus meurtrières, laisse en effet penser qu'il s'y joue autre chose que le seul affrontement de deux peuples qui cherchent à voir reconnu leur droit d'exister dans un Etat indépendant. Pascal Boniface estime en ce sens que la Palestine pourrait devenir « *l'épicentre d'un éventuel choc des civilisations* ». ⁸⁴⁹ Il est vrai que plus que tout autre, le conflit israélo-palestinien opère une division très nette entre les pays musulmans et les pays occidentaux.

Israël bien que formellement situé à la jonction de l'Afrique du Nord et de la péninsule arabique se rattache géopolitiquement à l'Occident et même parfois à l'Europe. Même si ce point peut paraître pour le moins superficiel, on peut ici rappeler la participation d'Israël à l'Eurovision, à l'UEFA ou aux différents championnats d'Europe sportifs. Cependant, ce rattachement ne s'est pas fait naturellement, comme en témoigne le changement d'affiliation d'Israël passant de Confédération asiatique de football à l'UEFA. C'est en raison de l'opposition des pays arabes qui refusaient que leurs équipes jouent contre celle d'un Etat qu'ils ne reconnaissaient pas, qu'Israël a dû se tourner vers l'Europe pour pouvoir participer à un championnat régional.

Il s'agit d'ailleurs d'une corde que n'hésite pas à mobiliser le gouvernement israélien ainsi que le démontre l'assimilation du Hamas et de l'Etat islamique en Irak et au Levant par le Premier ministre israélien le 29 septembre 2014. En effet, Benyamin Netanyahu a dans un discours prononcé à la tribune des Nations-Unies exprimé l'idée que : « *Le Hamas est l'ISIS (Etat islamique) et l'ISIS est le Hamas* », a martelé le premier ministre israélien, selon lequel les deux organisations seraient « *les branches d'un même arbre toxique* ». ⁸⁵⁰

⁸⁴⁹ Boniface Pascal, « Le choc des civilisations et le conflit israélo-palestinien », Revue internationale et stratégique, 2004/1 n° 53, p.11

⁸⁵⁰ Smolar Piotr, « Benyamin Nétanyahou assimile le Hamas à l'Etat islamique », Le Monde, 30 septembre 2014. Voir également la transcription complète du discours sur le site du Jerusalem Post, <http://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/Full-text-of-Prime-Minister-Netanyahus-UN-speech-376626> :

Dans le même temps, la grave crise qu'a déclenchée l'offensive de Daesh en Irak pourrait faire évoluer ce soi-disant affrontement civilisationnel. La réaction négative à l'invasion de l'Irak par le mouvement islamiste a été partagée tant par les Occidentaux que par tous les Etats musulmans de la zone.

L'étude de l'exemple du conflit israélo-palestinien permet facilement de conclure qu'il appartient pleinement à la catégorie des conflits insolubles. En y appliquant la théorie des besoins, on s'aperçoit sans mal que les besoins en termes d'identité et de sécurité sont loin d'être satisfaits.⁸⁵¹ Or tant que cela ne sera pas le cas, le conflit ne s'arrêtera pas, pas plus que les abus et les violations du droit international humanitaire. Certains s'expliquent même précisément par le besoin d'identité, notamment les conquêtes territoriales, la destruction des villages et des exploitations agricoles qui n'ont guère de sens par ailleurs.

On l'a vu dans l'approche théorique des conflits insolubles, dès lors que l'enjeu en cause porte sur un besoin aussi fondamental que celui de la reconnaissance de son droit d'exister, les mesures les plus extrêmes peuvent facilement être envisagées. Les attentats et les représailles brutales semblent donc s'inscrire dans une mécanique pour ainsi dire naturelle contre laquelle il est bien difficile de lutter.

« And yet weeks before, some of these same countries, the same countries that now support confronting ISIS, opposed Israel for confronting Hamas. They evidently don't understand that ISIS and Hamas are branches of the same poisonous tree.

ISIS and Hamas share a fanatical creed, which they both seek to impose well beyond the territory under their control.

Listen to ISIS's self-declared caliph, Abu Bakr Al-Baghdadi. This is what he said two months ago: A day will soon come when the Muslim will walk everywhere as a master... The Muslims will cause the world to hear and understand the meaning of terrorism... and destroy the idol of democracy. Now listen to Khaled Meshaal, the leader of Hamas. He proclaims a similar vision of the future: We say this to the West... By Allah you will be defeated. Tomorrow our nation will sit on the throne of the world. »

⁸⁵¹ Marker, Sandra. "Unmet Human Needs." Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder. Posted: August 2003 <http://www.beyondintractability.org/essay/human-needs> :

« For example, the Palestinian conflict involves the unmet needs of identity and security. Countless Palestinians feel that their legitimate identity is being denied them, both personally and nationally. Numerous Israelis feel they have no security individually because of suicide bombings, nationally because their state is not recognized by many of their close neighbors, and culturally because anti-Semitism is growing worldwide. Israeli and Palestinian unmet needs directly and deeply affect all the other issues associated with this conflict. Consequently, if a resolution is to be found, the needs of Palestinian identity and Israeli security must be addressed and satisfied on all levels. »

TITRE II : LE CHOIX DES VOIES DE PROMOTION LES PLUS ADAPTEES.

Bien que le droit international humanitaire soit l'objet d'une adhésion étatique généralisée comme nous l'avons répété régulièrement au cours de cette thèse, nous avons également démontré que des facteurs extra-juridiques empêchaient sa bonne application.

Même si le contexte de la guerre est par force criminogène, qu'il est sans doute impossible d'espérer qu'un jour un conflit armé se déroule sans abus, tout n'est pas sans espoir et il est indispensable de travailler à sa promotion.

C'est pourquoi, après avoir tenté d'analyser la logique des résistances à l'aide de l'anthropologie et de la sociologie, il nous semblait indispensable d'étudier les stratégies à mettre en œuvre pour tenter de dépasser ses résistances.

Ces mêmes outils sont alors indispensables pour éclairer les démarches à adopter. Elles permettent d'élaborer des méthodes mais aussi d'enseigner l'art de l'observation tolérante.

Choisir les voies de promotion les plus adaptées suppose d'appivoiser la diversité culturelle (Chapitre I) mais également de savoir abandonner le droit au profit de la promotion de son esprit comme l'apprenait Marcel Junod alors qu'il faisait ses premiers pas au sein de la Croix Rouge⁸⁵² (Chapitre II).

⁸⁵² JUNOD Marcel, *Le Troisième Combattant*, Payot, Paris, 1963

CHAPITRE I : La diversité culturelle apprivoisée.

Le XXe siècle a été marqué par l'admission progressive de la diversité du monde et de son impossible réduction de son explication à une simple équation évolutionniste.

Le droit international a très longtemps été un droit essentiellement européen.⁸⁵³ Il est aujourd'hui véritablement international même si certains, sans doute à raison, le jugent encore trop occidental. Quelles que soient les branches du droit envisagées, dans leur version moderne, elles prennent presque toute racine dans l'histoire européo-occidentale. Et c'est naturellement le cas du droit international humanitaire. Même si nous avons rapidement expliqué que les principes et les règles qui le sous-tendent ne sont pas l'apanage de la société occidentale, au contraire, et qu'on trouve des règles similaires dans différentes zones culturelles, le droit humanitaire moderne a été formalisé en Europe à partir du terreau formé de l'histoire des conflits européens.

Cet européocentrisme, sans jamais conduire à la remise en cause complète du droit, a pu conduire à des points de tensions, comme l'histoire des emblèmes le démontre parfaitement.

Afin de déterminer quelles sont les voies de promotion du droit humanitaire les plus adaptées, il faut s'intéresser à la diversité des systèmes juridiques existants (Section 1) et s'adapter à chacun d'eux pour assurer la meilleure transmission possible des règles du droit international humanitaire (Section 2).

Section 1. Comprendre et accepter la diversité.

Comprendre et accepter la diversité suppose de l'étudier en adoptant une attitude ouverte et tolérante. Il faut tenter d'abandonner nos préjugés ou au moins d'avoir conscience de leur existence. Ne pas juger ce que l'on observe et simplement constaté. Il ne s'agit ni de se départir de son esprit critique, ni de ses propres valeurs, mais d'accepter qu'il y ait d'autres vérités et d'autres valeurs. La difficulté pour le juriste est alors de concilier cette première attitude d'observation avec ses objectifs de transmission et de diffusion de la même règle à tous. C'est pourquoi on ne peut adopter une position relativiste complète, mais il est indispensable de tirer quelques leçons de cette théorie anthropologique. (§1). La nécessité d'être et de demeurer ouvert au monde et conscient de notre propre relativité est parfaitement illustré par les déboires rencontrés par la Croix Rouge pour faire accepter un seul et unique symbole (§2).

⁸⁵³ Voir sur le thème de l'europanisation du monde : GRATALOUP Christian, Géohistoire de la mondialisation : le temps long du monde, Armand Colin, collection U. Géographie, 2007, 255p.

§1. Diversité, relativisme et diffusion de la norme.

La communauté internationale est aujourd'hui composée d'à peine moins de deux cents Etats. Ceux-ci s'inscrivent dans différents ensembles civilisationnels, culturels, linguistiques, religieux et politiques divers qui ne se recoupent pas nécessairement. Les sphères d'influence des uns et des autres varient en fonction de facteurs plus divers encore. Les communautés qui les composent présentent elles aussi une variété extraordinaire.

Le modèle occidental longtemps considéré comme l'aune de toute chose est à présent concurrencé par des approches divergentes sinon opposées, même s'il reste dominant.

Cette concurrence nous⁸⁵⁴ a conduit à réaliser que la vérité occidentale n'était peut-être pas la vérité du monde et qu'il fallait, sinon la disqualifier complètement, au moins l'interroger. C'est le principal enseignement du relativisme éthique.

Il ne s'agira pas ici de mener une étude exhaustive de la diversité du monde qui est tout simplement impossible, mais plutôt d'effleurer la diversité des rapports au droit et des différents systèmes normatifs (I). Ce que nous essayons de suggérer c'est l'importance d'une posture ouverte et curieuse dans la diffusion du droit (II).

I. Approche de la diversité juridique.

La place du droit dans les différentes sociétés est extrêmement variable. Or, le droit international humanitaire est un droit. Sa place et l'acceptation dont il peut faire l'objet risque donc de varier en fonction de celle du droit en général dans une société donnée. On essaiera, très imparfaitement ici, d'emprunter son regard à l'anthropologue (A) afin d'étudier les grands systèmes symboliques et leur signification pour le droit (B).

⁸⁵⁴ Au sens « nous, Occidentaux ».

A. Le regard de l'anthropologue.

Un des meilleurs outils de l'étude de la diversité du monde reste l'anthropologie culturelle parce qu'elle est une science de l'homme. « Elle s'attache aux données qui peuvent aider à connaître les caractères d'une collectivité humaine, ou des humains en général. »⁸⁵⁵ Elle nous enseigne que les sociétés humaines sont multiples et fondamentalement égales.

Ainsi que Claude Rivière l'écrit, l'anthropologie est « soucieuse de totalité, [elle] étudie l'homme sous toutes ses dimensions, en montrant comment, à l'intérieur de ce que M. Mauss appelle le phénomène social total, des éléments d'une économie par exemple ne peuvent être compris et expliqués qu'en relation avec des phénomènes politiques, religieux, parentaux, techniques, esthétiques. Chaque élément isolé prend signification de l'ensemble culturel et social dans lequel il s'insère. »⁸⁵⁶

C'est-à-dire que rien dans les constructions humaines n'est en dehors du phénomène culturel, chaque chose s'enracine dans un terrain prédéfini qui est presque invisible aux membres de la culture en question.

Dans le regard de l'anthropologue, le droit n'est donc qu'une construction humaine poursuivant un objectif celui de permettre la vie en société. Il n'est qu'une solution fonctionnelle parmi d'autres et non une vérité universelle.

Cependant, au quotidien, le juriste classique ne pense pas le droit comme institution d'une société, de sa société, participant à la définition d'une culture et étant en lui-même représentant de cette culture. Le juriste classique, élevé dans la tradition du droit positif, détache le droit et son analyse, des données sociales et politiques. La norme existe par elle-même et en elle-même à un moment donné.

L'anthropologue et plus spécifiquement l'anthropologue du droit, puisqu'il adopte une approche anthropologique, revient nécessairement sur ce mythe. Le droit est fondamentalement le résultat et l'expression d'une culture. Les normes qui le forment traduisent sous forme juridique les aspirations et tabous d'une société donnée.

Claude Bontems décrit ainsi son initiation à l'anthropologie juridique, « les enseignements des deux Jean (Gaudement et Carbonnier) venaient remettre en cause quelques-uns des dogmes de la

⁸⁵⁵ SACCO Rodolfo, Anthropologie Juridique, apport à une macro-histoire du droit, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2008, p. 3.

⁸⁵⁶ RIVIERE Claude, Introduction à l'anthropologie, Hachette Supérieur, coll. Les fondamentaux, Paris, 1999, 156p, p.16

*sylogistique juridique. La norme n'était pas le seul produit de la raison universelle, mais avant tout celui d'une culture. »*⁸⁵⁷

Norbert Rouland explique de son côté que, « *tout système de Droit est l'émanation d'une culture. »*⁸⁵⁸

En allant plus loin, il faut tout de suite admettre que la notion de droit n'est pas une notion si évidente que cela. Et que si l'on s'arrêtait aux définitions généralement retenues dans les Facultés, il n'y aurait pas d'anthropologie du droit.

En effet, tous les auteurs, anthropologues du droit, s'accordent sur ce point, le droit au sens occidental du terme, c'est-à-dire au sens usuel en France, « *est une notion qui n'a pas d'équivalent précis dans toutes les cultures. La charia islamique, le fa de la tradition chinoise, le dharma hindou ne correspondent pas parfaitement au « droit ».* »⁸⁵⁹

Par ailleurs « *La loi n'a ni la même expression ni la même signification en Chine, en Afrique noire, en pays d'Islam ou en France [...]. »*⁸⁶⁰

Claude Bontems insiste même sur la relativité temporelle de l'engouement pour le droit tel qu'il est pratiqué aujourd'hui. « *Certes il existe des sociétés qui professent le culte de la mise en œuvre du droit, et d'autres qui l'ignorent. Mais lorsque l'on interroge l'histoire, ce qui frappe, c'est la prolifération récente des premières. Le culte du droit n'est apparu que chez quelques sociétés antiques : la Grèce, Rome puis le monde de l'Islam. »*⁸⁶¹

Le droit selon l'anthropologue correspond plutôt à la notion de « *juridicité* ». Il ne s'arrête pas au droit étatique et moderne constitué par un ensemble de règles positives promulguées par les autorités assorties de sanction, il veut englober tous les phénomènes juridiques pour s'assurer une bonne compréhension du système juridique de chaque culture étudiée et non une compréhension biaisée par des préjugés sur ce que l'on attend du droit.

⁸⁵⁷ BONTEMS Claude, « La découverte de l'anthropologie juridique, un témoignage », in *Anthropologie et Droit, Intersections et Confrontations, Cahiers d'Anthropologie du droit*, 2004, Revue Droit et Cultures, Hors-série, 2004/4, Karthala, Paris, 2004, p. 73.

⁸⁵⁸ ROULAND Norbert, *L'Anthropologie Juridique*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris, 1995, p.89

⁸⁵⁹ SACCO Rodolfo, *Anthropologie Juridique, apport à une macro-histoire du droit*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2008, p. 8.

⁸⁶⁰ ALLIOT Michel, *Le Droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, Paris, 2003, p. 287.

⁸⁶¹ BONTEMS Claude, « La découverte de l'anthropologie juridique, un témoignage », in *Anthropologie et Droit, Intersections et Confrontations, Cahiers d'Anthropologie du droit*, 2004, Revue Droit et Cultures, Hors-série, 2004/4, Karthala, Paris, 2004, p. 79

Ainsi il est « *proposé d'appeler droit la règle – disposition générale et permanente – et de considérer la juridicité comme une qualité propre non seulement au droit mais également à tout mécanisme de contrôle assumé par un groupe social vis-à-vis des comportements de ses membres, le droit ayant recours aux sanctions, et les autres mécanismes ayant pour but de retrouver l'harmonie sociale si celle-ci a été rompue* ». ⁸⁶²

Selon Michel Alliot, le « *droit d'une société s'ordonne ainsi autour des limites des sphères d'action de chacun dans les domaines qu'elle tient pour vitaux : il est à la fois consensus sur ces limites et pratiques, visant ou aboutissant à les confirmer ou à les déplacer. Ainsi défini, le droit n'est lié par nature ni à l'existence d'un État, ni à la formulation de règles, ni à la reconnaissance de sa rationalité. [...] Le droit n'est pas plus lié à l'existence de règles qu'il n'est lié à l'État.* » ⁸⁶³

Le phénomène juridique est donc bien plus vaste que celui envisagé dans le cadre du droit occidental.

Le fait de vouloir intégrer les mêmes normes au sein de différentes cultures imposent d'avoir en tête cette variabilité du phénomène juridique et de s'interroger au cas par cas sur la pertinence de tel ou tel processus de mise en œuvre.

B. Grands systèmes symboliques et droit international.

Les systèmes juridiques ne sont, on l'a vu que l'expression d'une culture donnée. Ils reposent donc sur les mêmes grands systèmes symboliques que le reste de la culture dont ils sont issus. Là encore Michel Alliot explique admirablement le phénomène, « *pour toute société, le monde invisible explique le monde visible : il lui donne cohérence et sens. [...] D'où l'importance aussi de se référer à l'invisible pour comprendre le monde visible non seulement dans son ensemble mais aussi dans chacune de ses manifestations. Or, l'invisible des trois univers en question apporte trois explications différentes du monde visible : monde créé dans la tradition chinoise, monde créé dans la tradition égyptienne et africaine mais par une divinité qui ne s'est que progressivement distinguée de lui, monde de la tradition du livre soumis à un Dieu radicalement distinct auquel il doit sa création à l'origine et à chaque instant de façon continue. Une telle divergence dans l'explication du monde ne saurait être écartée par quiconque cherche à comprendre les phénomènes juridiques.* » ⁸⁶⁴

On comprend dès cet instant que les systèmes juridiques vont reposer sur des fondements si profondément différents que leur logique interne ne pourra qu'être extraordinairement éloignée.

⁸⁶² SACCO Rodolfo, *Anthropologie Juridique*, apport à une macro-histoire du droit, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2008, p. 9.

⁸⁶³ ALLIOT Michel, *Le Droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, Paris, 2003, p. 284.

⁸⁶⁴ *Ibidem* p. 310.

Très grossièrement, on pourra dire que le monde chinois, dans la tradition confucéenne, encourage l'autorégulation, fondée sur l'éducation et estime que le monde idéal est un monde sans loi dans lequel les individus et la société se gouvernent spontanément sans nécessité de recourir à la force.

Dans la société africaine, si l'origine du monde est bien une création et que les divinités gardent une place importante, le rôle de l'homme est majeur. L'homme africain n'existe guère par lui-même, « *ses ancêtres sont en lui et déjà il est sa descendance* »⁸⁶⁵ d'une part, mais d'autre part il constitue un maillon essentiel d'une société fondée sur l'interdépendance et la solidarité de ses membres. L'homme est responsable du monde et de son harmonie. La conciliation est ainsi privilégiée par rapport à la contrainte, ce qui limite le nombre de règles générales préétablies.

En revanche, les trois sociétés majoritairement influencées par les religions du livre, reposent sur une création du monde par un Dieu extérieur qui impose sa loi au monde et aux hommes. Dès l'origine, les hommes sont donc soumis à une autorité supérieure et à ses lois assorties de sanction. L'homme ne se gouverne pas, il est gouverné.

La différence entre l'Islam et le monde chrétien tient à la disqualification de Dieu dans le monde chrétien. Les Etats sont conçus à son image, on le voit par exemple à la notion de monopole de la force légitime.

La conception toute occidentale de la loi issue d'une autorité quasi divine, confère à ladite autorité la possibilité et le pouvoir de changer la société par la loi, fait sans doute presque unique parmi tous les phénomènes juridiques.

En plus de se distinguer en archétypes fondés sur des cosmogonies différentes, les sociétés se distinguent aussi par des logiques variées. Michel Alliot distingue par exemple les sociétés responsables d'elles-mêmes de celles qui remettent leur destin à un pouvoir supérieur.

On comprendra donc que le droit occidental est caractérisé par un droit provenant d'une autorité à laquelle la population se soumet de bonne grâce ou non. Ne pas se soumettre c'est être dans l'illégalité et donc se marginaliser, s'extraire soi-même de la société. Le droit connaît au moins en apparence une genèse extérieure à la société.

Le mode de création de la règle de droit international ne correspond pas réellement au modèle occidental. En effet, la société internationale n'est pas une société étatique, il s'agit d'une société composée d'entités dotées, aujourd'hui, d'une valeur juridique équivalente mais de pouvoir économique ou politique varié. Il n'y a pas de super-Etat qui créerait le droit et l'imposerait à tous. Le

⁸⁶⁵ Ibidem.

droit international est avant tout affaire de compromis et de consensus. C'est ce qui explique sans doute la force de la coutume dans ce système. Elle n'y est pas, comme dans les systèmes juridiques occidentaux internes, résiduelle, au contraire. Elle a une place fondamentale dans la construction du droit et notamment du droit international humanitaire.

Cependant, lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit international en interne et in fine aux individus, le plus souvent, le mode de transfert correspond à celui de la législation. On intègre le droit international parmi les normes internes applicables qui s'imposent aux individus. Si cette logique est parfaitement compréhensible et probablement relativement efficace dans les pays occidentaux fondé sur un système juridique adapté, qu'en est-il des Etats qui connaissent des systèmes juridiques différents. En particulier au niveau individuel, quand on sait que toutes les populations ne sont pas ouvertes à la réception du droit étatique.

Si l'on doit reconnaître que le mode de formation du droit international peut paraître moins occidental qu'on ne le croyait, il subsiste un problème d'importance. La question de la légitimité des auteurs de ce droit. En effet, dans ces évolutions contemporaines, le droit international tend de plus en plus à s'appliquer directement aux individus et non plus seulement aux Etats. On a même pu considérer que les individus devenaient ainsi sujet du droit international. Cependant, il faut toutefois noter, que les individus apparaissent moins ici sujets du droit qu'objets du droit. Ils ne participent pour ainsi dire aucunement à la formation même du droit.

Prétendre qu'ils le font au travers des autorités qui les représentent ne ferait que cautionner une virtualité juridique qui ne repose sur aucun fait. Bien au contraire, on s'aperçoit que bien souvent les traités conclus au niveau international ne prennent guère en compte ou seulement de manière marginale la position des populations. La construction européenne en offre un exemple flagrant ces derniers temps. Le renoncement quasi systématique au référendum afin d'éviter le rejet des traités illustre parfaitement cette idée.

Il y a donc aujourd'hui et ce quel que soit la culture concernée une profonde dichotomie entre le système international et les personnes finalement visées par ses normes. On observe un manque de légitimité populaire criant des institutions internationales qui ne permet guère de plaider pour une universalité réelle et autre qu'imposée des normes internationales.

II. Comprendre le processus normatif pour pouvoir l'adapter à chaque contexte.

Il faut ici s'intéresser à la pensée du doyen Jean Carbonnier qui nous a offert une vision du droit qui se détache du fond de la norme pour en expliquer son processus d'existence.

Qu'est-ce que le droit du point de vue du sociologue juridique ?

Selon le doyen Carbonnier, « *si le droit, ce peut-être la promulgation d'un texte, donc une date qui marque une franche coupure, ce sont aussi des applications qui s'étirent dans le temps, des coutumes qui se perpétuent dans d'imperceptibles répétitions* ». ⁸⁶⁶

L'anthropologue aura une définition du droit sans doute un peu plus vaste que celle du sociologue puisqu'il doit prendre en compte dans son étude des sociétés qui ne reposent pas sur du droit étatique. Cependant, en ce qui nous concerne, le droit international apparaît comme un droit étatique. Jean Carbonnier a décrit les différentes étapes qui conduisent de la création d'une norme à son acceptation comme obligatoire par les individus qu'elles visent. Ces étapes sont essentielles et représentent toutes des moments sur lesquels il convient d'agir pour promouvoir, développer ou diffuser une norme juridique. La première est l'apparition du droit (A), elle est suivie de la prise de connaissance, de l'adhésion et de la participation au droit qui apparaissent comme les clefs de sa bonne application (B).

A. L'apparition du droit.

L'apparition du droit passe par un processus de production, une application et enfin une réception.

La première étape, la production du droit, est plutôt simple à circonscrire, dans un cadre étatisé. Le droit est alors issu des organes de gouvernement au sens général. C'est-à-dire du législateur, de l'exécutif et, dans sa partie créatrice, du pouvoir judiciaire.

Au sein d'une société acéphale, le droit naît d'une manière différente. Si on s'intéresse aux petites sociétés humaines, il s'agira plutôt de droit spontané qui prendra la forme de droit coutumier.

La société internationale, elle-même société acéphale produit du droit coutumier naturellement, mais aussi du droit conventionnel qui n'est autre qu'un droit contractuel. C'est-à-dire que chaque membre de cette société égalitaire au moins théoriquement s'engage pour créer du droit.

Après la production vient l'application du droit. « *L'application du droit est un processus, une suite d'actions et de réactions tendues vers un but. Mais c'est un processus animé par des hommes,*

⁸⁶⁶ CARBONNIER Jean, *Droit et Passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Coll. Champs, 1996, p. 7

les acteurs de l'application que l'on pourrait dire coauteurs du droit, car, nous le savon, le droit serait souvent vain s'il n'était pas appliqué. »⁸⁶⁷ Il est fait référence ici aux professionnels de la justice. Au niveau du droit international, dans un raisonnement par analogie, il faut comprendre, les Etats au premier chef qui ont la responsabilité d'appliquer et de faire appliquer le droit, mais aussi les juridictions internationales.

On le voit, ces dernières ont eu un rôle à jouer très important dans le développement du droit international humanitaire, dans la délimitation de son champ d'action etc.

Il faut ici préciser que ces développements s'appliquent essentiellement à l'apparition de règles de type législatives. Dans le cas des règles coutumières, le processus est inversé puisque l'application est la première étape de création de la règle. Cependant, le droit humanitaire moderne, lorsqu'il doit être diffusé auprès des individus correspond plutôt au modèle législatif qu'au modèle coutumier.

L'étape suivant l'application du droit est constituée de sa réception qui permet l'entrée du droit dans les mœurs. Cette étape est cruciale pour assurer le respect d'une norme.

B. Connaissance, adhésion, participation : les clefs du respect du droit.

Le droit doit encore être reçu par ses destinataires, la société. « *Il ne suffit pas que le droit prenne son envol en direction de la société, encore faut-il que celle-ci la reçoive.* »⁸⁶⁸

La réception passe par la connaissance de la règle, l'adhésion à la règle, la participation des destinataires à cette règle et enfin son entrée dans les mœurs.

En général, la connaissance de la règle on le sait est présumée selon l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » qui est une fiction juridique. Adage intéressant s'il en est lorsqu'une violation de la loi est commise et qu'il s'agit d'en tirer les conséquences. En l'absence d'une telle connaissance présumée, toute personne responsable d'une violation n'aurait qu'à plaider qu'elle ne connaissait pas la règle. Adage inutile en revanche, si l'enjeu n'est pas de pouvoir sanctionner les manquements mais bien d'éviter la commission de ces manquements.

On le voit, la punition des crimes de guerre sans être pleinement effective ne cesse de s'améliorer depuis l'introduction du droit international pénal dans le système juridique planétaire. Cela n'a pas ou guère d'incidence sur les actes commis au cours des conflits. Le défi du droit humanitaire n'est pas la sanction du droit mais bien sa réception. Or c'est l'un des premiers éléments où le bât blesse.

⁸⁶⁷ Ibidem, p.73

⁸⁶⁸ Ibidem p.101

La réponse passe ici par l'éducation et la diffusion naturellement. Elle est mise en œuvre par le CICR et les mouvements nationaux de la Croix Rouge, elle devrait l'être aussi par les Etats eux-mêmes, mais ils se limitent le plus souvent à la formation de leurs forces armées.

Dans ce premier domaine, l'anthropologie peut aider à développer une diffusion plus adaptée au public visé.

Le deuxième élément de réception est donc l'adhésion à la règle. Par « *réception du droit, on comprend d'ordinaire quelque chose de moins superficiel que la perception, de plus intime. Le sujet assume le droit qui est venu vers lui, il y adhère. La connaissance s'approfondit en un acte de volonté, voire un mouvement affectif* ». ⁸⁶⁹

Il faut donc que le destinataire croit dans la règle, croit dans sa nécessité, dans son utilité, dans les raisons qui ont poussé à son édicition. La question de l'adhésion à la règle recoupe celle quelque part de la légitimation de la règle et de la subordination à la règle. En effet, l'adhésion doit au moins en partie dépendre de la légitimité de la règle et de l'adhésion dépend la subordination.

Certaines sociétés fonctionnent donc avec un droit étatisé et d'autres avec un droit spontané. L'invasion du monde par la culture occidentale tend à imposer le modèle du droit étatisé partout, mais il faut se méfier des implantations partielles qui ne touchent pas la société en profondeur.

« *La première réaction consiste dans la résistance du droit traditionnel au modèle européen. Quant à l'Afrique, (...) l'obtempération fait défaut là même où la loi est connue. Les témoins parlent clairement. Ils nous disent que l'on avait cru réduire la règle autochtone à une donnée résiduelle, et qu'au contraire le dynamisme de la tradition a frappé les observateurs. Ils concluent que ce droit traditionnel a triomphé.*

Le savant parle de la loi ivoirienne sur la famille, il se pose la question de savoir si la population se soumet à elle, et il répond que l'honnêteté la plus élémentaire nous force à répondre négativement : la plupart des citoyens n'acceptent pas les nouvelles procédures, et les institutions coutumières sont très vivaces». ⁸⁷⁰

Si on est en présence d'une coutume, la question ne se pose pas particulièrement puisque c'est par l'adhésion des membres de la société que la règle naît. En revanche dans le cas du droit étatisé comme dans le cas d'un droit étranger introduit en interne, l'adhésion peut ne pas être immédiate, ne l'est souvent pas.

⁸⁶⁹ Ibidem p.102

⁸⁷⁰ SACCO Rodolfo, Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit, Dalloz, Coll. Esprit du droit, Paris, 2008, p.57

*« La coutume agit car elle est acceptée par les intéressés. Elle est légitime car ceux-ci sont compétents, à titre originaire, pour donner leur consentement. Les nouveau-nés la reçoivent en même temps que la langue et la culture. Discuter de sa légitimité n'est pas plus profitable que discuter de la légitimité de la langue polonaise ou de la cuisine provençale ».*⁸⁷¹

La légitimation du droit dans une société étatisée est plus complexe. Si l'on se place dans le cadre d'un empire, d'un Etat religieux ou même totalitaire, le pouvoir central va être sacralisé. La légitimation du droit sera d'origine transcendante.

*« Le droit moderne occidental a besoin, lui aussi, et dispose, d'une légitimation. Sa légitimation est moins évidente que celle qui pare le droit lié à une confession religieuse ou à un parti. Sa légitimation ne dépend pas des armes, car, si la division du travail a séparé les hommes armés de ceux non armés, les uns et les autres sont égaux en droit.*⁸⁷² *En fait, le droit des grandes démocraties modernes est légitimé par une utopie qui les irrigue toutes ainsi que la communauté internationale, celle de la protection de l'être humain et des droits de l'homme.*

Il y a aujourd'hui dans la culture occidentale et dans d'autres cultures aussi mais peut-être pas à ce degré d'intensité, une sacralisation de l'être humain, de sa vie et de ses droits. Les systèmes juridiques contemporains sont ainsi conçus de plus en plus comme permettant de garantir son épanouissement.

Si l'on s'en tient au principe de la société acéphale, le droit international est, s'il est issu de la coutume, légitime intrinsèquement, et s'il est issu de l'engagement contractuel, il tire sa légitimité de la liberté de tous les acteurs égaux de se lier, du consentement au droit donc. Ceci dit, depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, la communauté internationale a instauré les prémices d'un système centralisé, l'Organisation des Nations Unies. Certes héritière de la Société des Nations, elle apparaît quand même comme la première organisation à vocation plus ou moins générale, à regrouper l'ensemble des Etats du monde et à disposer d'un certain champ d'actions. Sa vocation première n'est pas générale, naturellement, elle a été créée afin d'aider au maintien de la paix dans le monde. Ceci dit cet objectif a justifié des développements dans des domaines qui dépassent largement le maintien de la Paix.

Ce mouvement vers une forme d'étatisation balbutiante s'accompagne aussi du développement d'une forme de légitimité basée sur cette même idée de protection de l'être humain et de respect des droits de l'homme.

⁸⁷¹ Ibidem p.109

⁸⁷² Ibidem p.115

Le droit humanitaire s'inscrit probablement dans tous ces niveaux de légitimation. Mais ceci ne vaut qu'au niveau international, cela ne vaut pas en interne. En effet, le droit international ne s'applique théoriquement pas directement aux individus, il existe donc un filtre étatique qui le met en œuvre en interne. Certes on peut distinguer système moniste et dualiste et le fait que dans certains Etats, le droit international est réputé s'appliquer directement dans l'ordre juridique interne. Pourtant, il apparaît toujours comme étranger, comme extérieur au système juridique donné. La question de sa légitimité en interne est donc fondamentale pour s'assurer une adhésion de la population à ses règles.

Le droit humanitaire pourrait très bien être légitimé par cette volonté de protection de l'être humain, la question est de savoir si cette volonté de protection touche l'ennemi en période de conflit armé.

Ici encore, on comprend que l'adhésion à la règle est un point d'achoppement particulièrement sensible pour le respect du droit. Là encore l'anthropologie peut apporter son éclairage. D'abord et avant tout, les outils de l'anthropologue sont de nature à permettre d'évaluer l'adhésion à la règle dans une société donnée. En dehors de toute considération théorique de l'existence d'un texte ou de son absence, l'anthropologue peut mettre en lumière à quel système de règles une population adhère. Par ailleurs, l'anthropologue peut aussi fournir des pistes afin de trouver des sources de légitimation du droit. Cela peut passer par une mise en avant de règles coutumières existant dans la zone concernée et qui correspondent elles-mêmes au droit humanitaire. Il est certainement plus facile d'encourager une règle coutumière traditionnelle au détriment d'une autre que d'introduire de force une règle étrangère qui repose sur un mode de production et d'existence fondamentalement différent de celui de la société de réception. Ici, on développera une stratégie du résultat. Ce qui compte c'est que la règle substantielle soit respectée et non la règle formelle.

De l'adhésion dépend évidemment la participation, au sens où l'application ou la non-application par les individus jouent sur l'existence de la règle de droit. Une règle qui ne sera jamais appliquée tombera en désuétude. Une règle interprétée dans un sens qui n'était pas son sens originel se fixera dans le premier et le dernier n'aura plus cours.

Selon le doyen Carbonnier, « *la réception approchera de la perfection lorsque l'application de la règle sera devenue un comportement sinon mécanique, du moins usuel. Et la passion peu à peu*

s'éteindra. Le droit, dit-on alors, est entré dans les mœurs, la loi s'est transformée en coutume et c'est sa réussite »⁸⁷³.

C'est là le véritable but que doit poursuivre le droit international humanitaire, entrer dans les mœurs. Devenir un comportement si intrinsèquement obligatoire que seule une frange marginale de la société puisse être tentée d'y manquer et en s'exposant au désaveu de toute la société.

Il me semble difficile d'affirmer que c'est le cas aujourd'hui. Sans doute que certaines règles du droit humanitaire atteignent ce statut, mais pas toutes. Son application est loin d'atteindre ce niveau perfection.

Avoir une démarche volontariste ne suffit pas. Affirmer la valeur coutumière de la grande majorité du droit humanitaire ne suffit pas. Ce n'est pas parce qu'un texte est introduit dans un ordre juridique et qu'on le déclare avoir une valeur absolue que ce sera le cas dans les faits. Comme le rappelle le doyen Carbonnier, une loi peut être abrogée « *dogmatiquement et non sociologiquement* ». ⁸⁷⁴ Par exemple à la Révolution française les rentes féodales ont été abolies et pourtant dans certaines provinces elles continuèrent à être versées, alors que l'obligation juridique n'existait plus. De même en Inde, le système des castes est aboli et pourtant lorsqu'on interroge les Indiens eux-mêmes on s'aperçoit que bon nombre d'entre eux savent pertinemment à quelle caste ils appartiennent et que ces diverses appartenances ont toujours un impact sur les mariages par exemple, mais aussi sur la distribution du travail. La règle n'existe plus en droit positif mais elle perdure dans le droit « *matériel* ».

Pour permettre au droit international humanitaire d'atteindre cet ultime achèvement et devenir un réflexe subconscient, il faut travailler à sa connaissance et à son acceptation. Mais ce travail doit se faire en connaissant et respectant les sociétés auxquelles on s'adresse. C'est à ce moment-là que l'on peut réintroduire des éléments tirés du relativisme.

⁸⁷³ CARBONNIER Jean, *Droit et Passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Coll. Champs, 1996, p.104

⁸⁷⁴ *Ibidem*, p. 103.

III. Les enseignements du relativisme : adopter une démarche respectueuse de la différence.

L'inconvénient de la norme juridique telle qu'elle est conçue dans le monde occidental, et en particulier dans le système romano-germanique, tient à son caractère binaire. Une chose est autorisée ou elle ne l'est pas, elle est bonne ou mauvaise. Si l'on y adjoint les principes démocratiques d'égalité devant la loi et l'interdiction des discriminations le droit positif laisse peu de place au relativisme.

Pourtant les théories relativistes imposent un changement de paradigmes, de mode de pensée, qui a le mérite de nous interroger sur nos certitudes.

Comme le souligne Mireille Delmas-Marty, « *[M]algré ses outrances, [le] relativisme savant a pour effet bénéfique de replacer la question des méthodes au cœur des études comparatives. Il pique l'esprit et l'incite à chercher les méthodes adéquates pour se représenter les nouvelles pratiques juridiques.* »⁸⁷⁵

On doit en retenir l'égalité intrinsèque de toutes les cultures (A) qu'il faut apprendre à regarder autrement (B) pour construire une approche morale fondée sur la tolérance (C).

A. L'égalité intrinsèque de toutes les cultures, le pendant obligé de l'égalité de tous les êtres humains.

Le principe d'égalité des cultures est sans doute à l'origine de la pensée relativiste, il était en tout cas à l'origine du travail de Claude Lévi-Strauss contre le racisme. Ce dernier est présenté par les auteurs actuels comme un des piliers du relativisme culturel. Le relativisme théorique a pris toute son importance suite aux guerres de décolonisation durant lesquelles l'attitude des anthropologues à l'égard des peuples étudiés a été remise en question. Il a permis de remettre sur un pied d'égalité, au moins théorique à défaut d'économique ou politique, toutes les formes de cultures classées généralement en cultures traditionnelles et primitives face à la culture occidentale. L'évolutionnisme avait alors défini la civilisation occidentale comme plus avancée sur le chemin de l'universel que les autres civilisations, en retard de ce fait.

L'évolutionnisme pouvait ainsi justifier la colonisation. L'Occident étant perçu comme évolué, faire partager son avancée économique mais aussi éthique aux peuples du monde devenait une obligation morale.

⁸⁷⁵ DELMAS-MARTY Mireille, *Le Relatif et l'Universel, Les forces imaginantes du droit I*, Seuil, la Couleur des idées, Paris, 2004, p. 47.

« Or aux yeux des relativistes, soutenir cette vision de l'Histoire, c'est faire de la civilisation occidentale, placée au sommet de la hiérarchie, le destin obligé de toutes les cultures, et des étapes qui y conduisent les relais nécessaires qu'elles sont appelées à franchir. C'est là le fondement théorique de l'ethnocentrisme qui a sévi si longtemps en Occident. »

Cette vision du monde peut sans doute encore être reprochée à l'Occident, nombreux sont les discours qui parlent de néocolonialisme et les interventions pour faire respecter le droit international humanitaire ne sont pas totalement étrangères à ce phénomène.

Le relativisme replace tous les traits d'une culture dans leur contexte d'origine et interdit qu'un jugement de valeur soit porté parce qu'il le serait avec des référents étrangers à cette culture. Le relativisme part ainsi du « *présupposé selon lequel toute expression, toute croyance n'a de signification et de validité qu'à l'intérieur de son contexte d'usage* »⁸⁷⁶

Selon Gilbert Rist commenté par Fernand Ouellet, « *la culture occidentale* » apparaît comme une forme particulière de culture ethnique et elle ne peut avoir aucune prétention de supériorité intrinsèque par rapport aux autres systèmes culturels avec lesquels elle entre en contact ». ⁸⁷⁷ C'est cette absence de prétention légitime à la supériorité qui devrait lui interdire de diffuser des valeurs qu'elle juge vraies et bonnes. Parce que diffuser ses propres valeurs comme justes n'est pas autre chose que de l'ethnocentrisme.

Il est important de noter que l'égalité des cultures est évaluée, puisque aucun jugement de valeur ne doit être porté, par leur adaptation fonctionnelle aux besoins des hommes qui composent sa société. Cette adaptation peut se faire sous diverses formes, sans qu'on puisse en juger du contenu.

B. Appréhender les cultures autrement.

Charles Widmer⁸⁷⁸ explique ainsi que deux démarches d'étude des cultures sont possibles, dans le relativisme cognitif cette fois, une démarche dite « *étique* » et une démarche dite « *emic* ». La première est celle relativement classique de l'observateur extérieur qui ne cherche pas à se départir de ses acquis culturels personnels de sa façon d'envisager le monde. Cette approche ne peut être

⁸⁷⁶ BONTE Pierre et IZARD Michel, « *Relativisme* », in Dictionnaire de l'ethnologie et l'anthropologie, PUF, Quadrige, Paris, 2000, p.618

⁸⁷⁷ OUELLET Fernand, Essai sur le relativisme et la tolérance, Les Presses de l'Université de Laval, Laval (Canada), 2000, p. 54

⁸⁷⁸ WIDMER Charles, Droits de l'homme et science de l'homme : pour une éthique anthropologique, Librairie Droz, Genève-Paris, 1992, p. 130-131

validée par les relativistes, en effet, ce chercheur ne pourrait alors interpréter correctement les traits culturels qu'il étudie puisqu'il utiliserait à cette fin des instruments inadaptés que sont ses schémas mentaux d'apprentissage, d'étude, ses valeurs...

La deuxième démarche, « *emic* », veut que le chercheur tente de se départir de toutes influences culturelles afin d'acquérir celle du peuple étudié pour pouvoir en comprendre le sens profond et non en avoir un aperçu superficiel filtré par sa propre culture.

Widmer souligne alors que cette dernière démarche, qui serait sans doute celle approuvée par les relativistes, ne peut fonctionner à plein. Il cite alors Dasen : « *une approche totalement « emic » n'est pas possible : non seulement est-il impossible de se démettre totalement de sa propre enculturation, mais encore tout résultat d'une recherche totalement « emic » serait par définition incommunicable à quiconque en dehors de la société étudiée.* »⁸⁷⁹

Ce qui signifie qu'il n'y a pas de moyens d'acquérir une connaissance réelle des autres cultures, ni, si cela était malgré tout le cas, de possibilité de transmettre cette connaissance.

Cette impossibilité qui repose à la fois sur l'idée de la divergence des acquis culturels et sur la barrière de la langue qui empêche que la traduction ne soit pas interprétation et déformation pose le problème de la diffusion du droit international humanitaire.

Est-ce qu'une diffusion pacifique (et en droit humanitaire elle ne devrait pas pouvoir être autre) est possible dans cette logique de segmentation des cultures ?

L'intérêt ici n'est pas tant de parvenir effectivement à une démarche pleinement « *emic* », mais bien de changer de mode de pensée. Cette approche pousse à aborder l'inconnu en sachant que l'on a, par force, des préjugés culturels et qu'il faut se montrer le plus ouvert possible pour parvenir à saisir au mieux la culture étudiée non la percevoir uniquement au travers du filtre de nos propres constructions culturelles.

Le relativisme dans la pratique devient en fait un outil de compréhension nécessaire qui permet d'éviter les erreurs d'interprétation de phénomènes qui paraissent familiers mais ne le sont pas toujours.

⁸⁷⁹ Ibidem.

C. Morale et tolérance.

En application du principe d'égalité et en adoptant une démarche « *emic* », il faut admettre que chaque culture développe sa propre moralité qui ne peut être ni comparée à celle des autres, ni évaluée par rapport à une moralité universelle hypothétique, que le relativiste nie en tout état de cause.

Cette absence de référent moral commun pose un grave problème quant à l'application du droit international humanitaire. Celui-ci repose a priori sur un minimum de référents moraux qui renvoie au respect de la vie, de la dignité, mais aussi de la liberté de religion, de l'égalité de tous les êtres humains...

Or, dans la théorie relativiste bien entendu, ces référents moraux sont issus d'une culture, certainement occidentale, et donc imperméable aux autres cultures. Ce n'est pas tant ici, qu'on ne puisse tenter de diffuser ces valeurs, mais c'est qu'elles ne devraient pas être compréhensibles par les autres cultures.

Pour reprendre une explication des mécanismes du relativisme, Suzan Khin Zaw, avance cette définition :

« Les valeurs n'ont un sens que dans une culture particulière. La conception d'une valeur absolue ou culturellement neutre est donc intrinsèquement contradictoire. Il s'ensuit que le système de valeurs d'une culture ne peut rationnellement être considéré comme absolument meilleur que celui d'une autre, puisqu'il n'existe aucun point de vue philosophique culturellement neutre à partir duquel les valeurs de différentes cultures seraient intelligibles et pourraient faire l'objet d'une comparaison impartiale et d'un jugement rationnel en s'appuyant sur les critères de la valeur absolue. Mais si la raison ne peut montrer pourquoi un système de valeurs est absolument meilleur qu'un autre, l'imposition à d'autres cultures d'une hégémonie culturelle dans le domaine des valeurs ne peut être moralement justifiée. La raison exige donc que chaque système de valeurs tolère les autres. »⁸⁸⁰

Cette dernière exigence de tolérance va sans aucun doute profondément à l'encontre de la notion de droit international humanitaire. En effet, cela signifie à peu de choses près que si des exécutions sommaires de prisonniers de guerre, la mutilation ou la destruction de la population civile sont légitimes dans le contexte culturel dans lequel elles sont commises, personne d'extérieur à cette culture n'est en droit d'exprimer un jugement et encore moins de condamner ces actes.

⁸⁸⁰ KHIN ZAW Suzan, « Tolérance, relativisme et raison. Locke et le multiculturalisme », in OUELLET Fernand, Essai sur le relativisme et la tolérance, Les Presses de l'Université de Laval, Laval (Canada), 2000, p.178

Les seules personnes aptes à faire cette démarche sont les membres de cette culture, d'autant plus qu'un observateur extérieur ne pourra absolument pas comprendre les tenants et les aboutissants de la démarche destructrice.

Identifier les voies de promotion les plus adaptées oblige à emprunter au relativisme pour comprendre le public à destination duquel on s'adresse, pour adapter son discours et les vecteurs utilisés. Adopter une démarche qui questionne nos évidences permet d'éviter d'imposer un modèle, un processus qui nous paraît le seul à même de parvenir à but précis, par exemple, améliorer la connaissance du droit, alors que sans doute il y a plusieurs chemins pour parvenir à un même point. Accepter la diversité du monde est essentiel pour communiquer avec celui-ci.

L'histoire des emblèmes de la Croix Rouge et du Croissant Rouge est une illustration intéressante des points que nous venons de développer d'autant qu'elle s'étale de la fin du XIXe siècle au début du XXIe période durant laquelle la prise en compte de la diversité du monde n'a cessé d'évoluer.

§2. L'histoire des emblèmes ou le renoncement à l'unicité.

La recherche d'un emblème unique a très tôt été freinée par la difficulté à identifier un signe neutre et universel dans un monde multiculturel. D'autant que l'on souhaitait que ce signe soit également doté d'une certaine valeur symbolique.

Les débuts de cette histoire (I) sont marqués par des oppositions et des tensions qui traduisent en fait des incompréhensions culturelles plus que des oppositions sur l'idée d'un emblème unique (II).

I. Origine de la Croix-Rouge sur fond blanc et la première remise en cause culturelle d'un symbole unique.

Sur les champs de bataille européens du XIX^e siècle où le droit humanitaire moderne trouve son origine, les services médicaux et sanitaires ne se distinguaient pas toujours nettement du reste de l'armée ou, si c'était le cas, arboraient des symboles d'identification différents dans chaque camp. La conséquence de cet état de fait était que les médecins et infirmiers de campagne, de même que les baraquements réservés aux malades pouvaient et faisaient souvent l'objet d'attaques alors même qu'ils ne participaient pas directement au combat. Cette situation accroissait donc encore les souffrances de la guerre et conduisait à plus de cruauté encore.

C'est ce qui explique la nécessité de créer un symbole unique permettant d'identifier les services de santé afin de les protéger des attaques (A). Le choix d'une Croix Rouge sur fond blanc n'est finalement que le résultat d'un hasard historique (B).

A. Introduction de l'idée d'un symbole uniforme.

Lucien Baudens, médecin inspecteur du service de santé des armées, en 1857, à son retour de la guerre de Crimée dénonçait ainsi dans un article de la *Revue des Deux Mondes* cet épineux problème. Alors qu'il décrit la vallée de la Tchernaiïa, il rapporte que :

« [C]’est là que tonnaient les batteries surnommées par nos soldats Bilboquet et Gringalet, et qui se sont tristement signalées après la bataille de Traktir en tirant sur les médecins et les infirmiers occupés à panser et à relever les blessés russes. Le même fait s’était déjà produit après la bataille d’Inkerman. Le gouvernement russe a hautement désapprouvé ces actes de barbarie ; le général de Luders, tout en les atténuant, les a flétris dans sa correspondance avec le général Canrobert et le général Pélissier. »

Dans ce court extrait, on constate à la fois que les attaques contre les services de santé n'étaient pas un phénomène rare et qu'elles étaient condamnées assez généralement mais que, pour autant, rien n'était spécialement mis en œuvre pour s'assurer qu'elles cessent.

C'est pourquoi Lucien Baudens propose immédiatement après :

« On rendrait ces méprises impossibles si, par une entente commune entre les nations, les médecins et le personnel hospitalier portaient un signe distinctif, le même dans toutes les armées et dans tous les pays, qui les fit reconnaître aisément des deux partis. »⁸⁸¹

L'article de Lucien Baudens, assez long, ne porte pas sur la question précise et unique de l'identification du corps médical sur les champs de bataille. Il traite des conditions sanitaires et médicales auxquelles étaient confrontés les membres des forces armées et les médecins pendant les campagnes militaires et des solutions trouvées dans les différents camps qu'il a pu visiter. Aussi cette idée n'a-t-elle pas eu directement l'écho qu'elle aurait mérité⁸⁸².

⁸⁸¹ BAUDENS Lucien, « Souvenirs d'une mission médicale à l'armée d'Orient », *Revue des Deux Mondes*, 2^e période, tome 7, 1857, pp. 876-906, p. 882.

https://fr.wikisource.org/wiki/Souvenirs_d'une_mission_médicale_à_l'Armée_d'Orient/01

⁸⁸² Lucien Baudens est mort l'année de la publication de cet article.

Mais elle était dans l'air du temps. Henri Dunant lui aussi s'émut du sort des blessés sur les champs de bataille et constata surtout que différentes catégories de personnes intervenaient pour les aider. Aux côtés des médecins militaires, il cite, dans Un Souvenir de Solférino, de nombreuses initiatives civiles, des exemples de dévouement individuel comme celui de Florence Nightingale. Il constate que toutes ses bonnes volontés faute d'être coordonnées ne sont peut-être pas aussi efficaces qu'il le faudrait et il propose à la fin de son ouvrage, en 1862, la création d'une Société internationale de secours. Il n'a pas à ce moment-là l'idée de concevoir un emblème commun à tous les services de santé, mais propose plutôt une organisation commune.

Cependant, à la différence de l'idée de Lucien Baudens, comme nous l'avons vu plusieurs fois, celle d'Henri Dunant donna lieu à la création d'un comité composé des cinq membres fondateurs et à la réunion d'un congrès international, la Conférence internationale de Genève, le 26 octobre 1863. Cette conférence non-diplomatique réunit des représentants de seize Etats⁸⁸³ et de quatre institutions philanthropiques adopta dix résolutions dont celle de créer des Sociétés nationales de secours et surtout, d'après l'idée de Louis Appia, d'adopter un emblème commun afin de s'assurer que les services de secours pourraient toujours être aisément identifiables par toutes les parties au conflit.

La huitième résolution préconise donc que lesdits services portent tous, dans tous les pays, comme signe distinctif uniforme un brassard blanc orné d'une Croix Rouge.

La Conférence formula également les vœux suivants :

« A. Que les gouvernements accordent leur haute protection aux Comités de secours qui se formeront, et facilitent autant que possible l'accomplissement de leur mandat.

B. Que la neutralisation soit proclamée, en temps de guerre, par les nations belligérantes pour les ambulances et les hôpitaux, et qu'elle soit également admise, de la manière la plus complète, pour le personnel sanitaire officiel, pour les infirmiers volontaires, pour les habitants du pays qui iront secourir les blessés, et pour les blessés eux-mêmes.

C. Qu'un signe distinctif identique soit admis pour les corps sanitaires de toutes les armées, ou tout au

⁸⁸³ Le nombre précis d'Etats représentés varie entre quatorze et seize selon les documents consultés. Le paragraphe de présentation des résolutions de la conférence proposé sur le site du CICR indique le nombre de seize Etats et c'est la raison pour laquelle nous avons retenu ce nombre.

Parmi les nations représentées, on comptait les suivantes : Grand-duché de Bade, Royaume de Bavière, France, Grande-Bretagne, Royaume de Hanovre, Grand-duché de Hesse, Italie, Pays-Bas, Autriche, Prusse, Russie, Royaume de Saxe, Suède et Espagne.

moins pour les personnes d'une même armée attachées à ce service.

Qu'un drapeau identique soit aussi adopté, dans tous les pays, pour les ambulances et les hôpitaux. »

L'idée d'un emblème unique était donc solidement implantée et elle allait prendre une forme obligatoire l'année suivante à l'article 7 de la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne. Cet article précise ce qui suit :

« Un drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations. Il devra être, en toute circonstance, accompagné du drapeau national.

Un brassard sera également admis pour le personnel neutralisé, mais la délivrance en sera laissée à l'autorité militaire.

Le drapeau et le brassard porteront croix rouge sur fond blanc. »

L'emblème unique de la croix rouge était né.

B. Le choix d'une croix rouge sur fond blanc.

Pourquoi la conférence a-t-elle fait le choix d'une croix rouge sur fond blanc ? Le principe de l'usage d'un brassard blanc et d'un drapeau blanc a été introduit par Louis Appia et s'explique facilement par le symbole très ancien du drapeau blanc. Comme l'indique François Bugnion, le drapeau blanc permettait historiquement d'obtenir la cessation des hostilités, soit en raison de la reddition de l'ennemi agitant un drapeau blanc, soit ouvrant le droit de passage d'un parlementaire venu négocier avec son ennemi. Selon lui, le choix d'un symbole rouge serait sans doute lié à l'idée du sang et celui de la croix à sa visibilité et parce qu'elle serait un symbole d'humanité bien antérieur au christianisme. Il l'associe en fait à une représentation de l'être humain et de sa relation au monde⁸⁸⁴.

L'autre explication la plus souvent rencontrée est celle d'un hommage à la Suisse, pays d'accueil du Comité international de la Croix Rouge. Et en effet, la croix rouge sur fond blanc peut être facilement interprétée comme une inversion du drapeau helvétique. Il semblerait cependant que l'explication ne soit apparue qu'à partir de 1870⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ Interview de François Bugnion, « Une histoire d'humanité : la saga des trois emblèmes ».

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/audiovisuals/video/2014/150-years-emblems.htm>

⁸⁸⁵ DAVID Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 53.

Il ne semble pas qu'il y ait eu au moment du choix de ce signe unique de vifs débats. En tout cas aucun document ne mentionne ni d'après discussion ni les raisons de ce choix

Le CICR a toujours maintenu que la croix rouge n'avait pas de signification religieuse et n'en avait jamais eu. Une telle justification n'a d'ailleurs jamais été avancée.

Cependant, l'idée est apparue dans une enceinte culturellement homogène. La Conférence internationale de Genève de 1863 ne regroupait que des représentants de nations chrétiennes et on imagine assez bien qu'une croix ne pouvait pas leur apparaître comme un symbole négatif ou étranger. Les différents intervenants n'avaient pas dû, non plus, consacrer tellement de temps à la question de savoir si des cultures étrangères seraient prêtes à admettre leur choix sans discussion. Il y avait là un européocentrisme traditionnel indiscuté.

Selon John Magro, lieutenant de l'armée de l'air israélienne, même si les concepteurs de l'emblème n'ont jamais imaginé qu'il serait identifié comme un symbole religieux, on ne peut pas nier que la croix rouge est apparue dans un contexte européen chrétien et qu'elle renvoie indéniablement au christianisme.⁸⁸⁶

Qu'elle qu'ait été l'inspiration réelle derrière le choix d'une croix rouge sur fond blanc, sa symbolique religieuse possible conduisit très rapidement après l'adoption de la Convention de 1864 à une remise en question.

II. Remise en question de l'unicité des emblèmes.

Bien que depuis Baudens, il apparaisse assez clairement que l'unicité des emblèmes soit la seule solution efficace pour assurer la sécurité des services de santé et de secours intervenant sur les champs de bataille, la croix rouge fut vite remise en question. Elle le fut parce qu'elle n'était finalement pas un symbole universel et qu'au contraire, elle ne pouvait manquer de rappeler le symbole principal du christianisme. Affirmer que la croix rouge n'est pas de nature religieuse et que le symbole de la croix a été utilisé avant l'apparition de cette religion ne peut suffire à éviter l'amalgame.

Cette identification entre un symbole et un mouvement, une idéologie ou une religion en particulier peut être illustré par le svastika.⁸⁸⁷ Depuis la seconde Guerre mondiale, en Occident, il ne représente, pour ainsi dire, plus que le nazisme. C'est pourtant un symbole apparu dans des temps très anciens et sur presque tous les continents. En Asie, il est très utilisé comme symbole religieux ou

⁸⁸⁶ MAGRO John, « Thin Red Line – The future of the Red Cross emblems », Israel Defense Forces Law Review, vol. 1, pp. 291-310, p.294.

⁸⁸⁷ Nous n'établissons évidemment ici aucune comparaison entre le christianisme et le nazisme.

philosophique. Il est aisé d'imaginer qu'une organisation asiatique, se dotant, de nos jours, du svastika comme emblème aurait des difficultés à le faire accepter dans toutes les zones très touchées par le nazisme, et ce, indépendamment de la signification que lui donneraient ses premiers utilisateurs.

Il n'est pas ainsi possible de réfuter l'argumentation de ceux qui voient dans la croix rouge un signe religieux et qui de ce fait en rejettent l'usage, au moins par leurs représentants. Aussi, le CICR et les Etats durent-ils s'adapter à la diversité culturelle du monde et renoncer à l'unicité du signe protecteur (A). Mais devant les risques réels encourus par les services de santé, une solution récente a été proposée qui adopte justement l'idée d'une unicité respectueuse de la diversité, puisque que le cristal rouge choisi peut accueillir en son centre les autres symboles (B).

A. La création du Croissant rouge et du Lion et soleil : le risque de l'effet domino.

La première remise en question du symbole de la Croix rouge, sur la base que l'on vient d'évoquer, vint de l'Empire Ottoman durant la dixième guerre russo-turque. Dans une dépêche du 16 novembre 1876, le gouvernement ottoman dénonçait l'usage de la croix rouge comme blessant les susceptibilités du soldat musulman et expliquait que tout en comptant respecter les unités arborant cet emblèmes, les services de secours ottomans seraient dorénavant signalés par un croissant rouge sur fond blanc.⁸⁸⁸

Lors de l'adoption de la Convention de Genève de 1906 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, les rédacteurs décidèrent d'insister sur le fait que la croix rouge ne renvoyait pas à la croix chrétienne mais plutôt au drapeau suisse.

L'article 18 de la convention prévoit donc :

« Par hommage pour la Suisse, le signe héraldique de la croix rouge sur fond blanc, formé par interversion des couleurs fédérales, est maintenu comme emblème et signe distinctif du service sanitaire des armées. »

On notera cependant que l'idée d'une inversion du drapeau suisse n'écarte pas toute référence à la chrétienté dans la mesure où la croix blanche suisse est souvent considérée comme un symbole chrétien utilisé sur différents drapeaux et armoiries durant la construction de l'Etat helvète⁸⁸⁹.

⁸⁸⁸⁸⁸⁸ Voir BUGNION François, *Croix Rouge, Croissant Rouge, Crystal Rouge, CICR*, Genève, 2007, p. 10 et s.

⁸⁸⁹ Voir par exemple : KOPP Peter F., « Croix Fédérale », entrée du *Dictionnaire Historique de la Suisse*, 2010.

Malgré cette prise de position en faveur du maintien d'un seul et unique symbole, la convention laissait ouverte la possibilité d'émettre des réserves ce que ne manqua pas de faire l'Empire Ottoman. Il fut suivi par l'Egypte qui souhaitait également utiliser le croissant rouge. La Perse de son côté demandait à pouvoir faire usage d'un autre emblème encore, le lion et le soleil rouge. Le Siam avait aussi évoqué la possibilité d'utiliser un autre symbole mais y renonça finalement.

S'il faut se féliciter du fait que finalement seuls trois Etats rejetèrent effectivement l'usage de la croix rouge en 1906, l'histoire d'un emblème unique s'arrêtait là.

En 1929, la nouvelle version de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades acta l'abandon d'un unique emblème dans son article 19 :

« Par hommage pour la Suisse, le signe héraldique de la croix rouge sur fond blanc, formé par interversion des couleurs fédérales, est maintenu comme emblème et signe distinctif du service sanitaire des armées.

Toutefois, pour les pays qui emploient déjà, à la place de la croix rouge, le croissant rouge ou le lion et le soleil rouges sur fond blanc comme signe distinctif, ces emblèmes sont également admis dans le sens de la présente Convention. »

Cette formulation vise cependant à limiter l'effet domino en autorisant seulement la Turquie, l'Egypte et la Perse à faire usage d'un autre signe protecteur. D'après François Bugnion, il s'agissait cependant moins d'interdire à d'autres Etats d'adopter le croissant rouge ou le lion et le soleil rouge, que d'interdire la création de nouveaux symboles⁸⁹⁰.

Le problème ressurgit lorsque fut fondée en Palestine en 1935 une société de secours utilisant le bouclier-de-David rouge et fut donc rediscuté en 1949 lors de la Conférence de Genève.

Durant la conférence, Israël demanda à ce que le bouclier-de-David rouge, qu'il utilisait depuis vingt ans soit reconnu comme signe distinctif officiel au même titre que la croix rouge ou le croissant rouge.⁸⁹¹ Dans la mesure, où l'introduction du croissant rouge avait fait perdre l'idée de

www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F10104.php

⁸⁹⁰ BUGNION François, Croix Rouge, Croissant Rouge, Crystal Rouge, CICR, Genève, 2007, p. 13.

⁸⁹¹ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-B, par exemple, p. 223 :

neutralité du symbole de la croix, il semble logique que l'Etat d'Israël n'ait voulu ni d'un symbole, prétendument chrétien, ni d'un symbole renvoyant uniquement aux Etats musulmans⁸⁹². Le représentant d'Israël soutenu par plusieurs autres délégations avançait aussi qu'il y avait dans la forme de la disposition une discrimination évidente entre les différents pays. Si l'on autorisait les Etats musulmans à avoir leur propre emblème, pourquoi ce droit serait-il dénié aux autres ? L'égalité souveraineté des Nations semblait ici remise en cause. Si l'on devait respecter la susceptibilité des nations musulmanes pourquoi ne pas respecter celles de la nation juive ou toutes autres cultures ou religions ?⁸⁹³

Cependant, bien qu'une telle demande ait été compréhensible, y accéder aurait confirmé l'absence complète de neutralité du symbole choisi. Les emblèmes retenus auraient en plus fait directement référence aux trois religions du livre. Non seulement aucun n'était universel, mais ils en venaient presque à représenter des antagonismes religieux. Or le but d'un emblème commun pour tous les services de santé des armées et toutes les sociétés de secours était justement d'indiquer que leur rôle identique devait les mettre universellement à l'abri des dangers inhérents aux affrontements armés.

C'est ce qui motiva sans doute les propositions de la Birmanie et de l'Inde suggérant l'adoption d'un nouvel emblème sans signification religieuse, forme géométrique en rouge sur fond blanc⁸⁹⁴. Le CICR représenté par son président, Paul Ruggier, décida au contraire d'insister sur la nécessité de conserver la croix rouge comme emblème, sinon unique, du moins majoritaire et hautement symbolique. Dans son intervention, Paul Ruggier faisait en effet prévaloir que la croix rouge était, en 1949, devenue le symbole réel des sociétés de secours aux blessés et des services de santé et que son aura n'avait cessé de grandir. Selon lui, l'introduction d'un nouvel emblème, même définitivement neutre, n'aurait pas pour conséquence la limitation de leur prolifération⁸⁹⁵.

« the first [amendment] submitted by the Delegation of Israel, proposes that recognition as a distinctive emblem in the sense of the present Convention should be given to the Red Shield of David on a white ground, on an equal footing with the Red Cross and the Red Lion and Sun. »

⁸⁹² L'usage du lion et du soleil rouge était vraiment propre à l'Iran.

⁸⁹³ Sur ce point il est intéressant de noter que selon Margaret KOSUGE, au Japon comme en Chine, la Croix rouge était, du moins au XIXe siècle, considérée comme présentant un certain caractère religieux. Simplement pour ces Etats, cela n'était pas un fait rédhibitoire. Son article sur l'adhésion du Japon à la Croix Rouge est particulièrement intéressant, du fait qu'il illustre très bien les mécanismes culturels propres qui peuvent aboutir au même résultat objectif : l'adoption d'un même emblème. → KOSUGE Margaret, « The « non-religious » red cross emblem and Japan », RICR, vol. 85, n°849, mars 2003, p. 75 et s.

⁸⁹⁴ The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-B, p. 223 :

« This Resolution recommends that an appropriate procedure should be set up for devising an emblem which shall constitute an adequate sign of protection. This emblem should have no religious significance, should be red on a white ground, should possess maximum visibility and be a simple geometrical pattern. »

⁸⁹⁵ Ibidem, p. 223 et s. :

Si le problème n'apparaît pas aujourd'hui dans les textes ou les réserves faites aux conventions, le risque de l'effet domino était bien réel. Comme le note le commentaire de l'article 38 de la Convention I de 1952, des demandes avaient déjà été faites pour l'admission de symboles nouveaux, tels que la flamme, la niche à prières, l'arc, la palme, la roue, le trident, le cèdre, la mosquée.⁸⁹⁶

Finalement l'amendement israélien fut rejeté par vingt-deux voix contre vingt-et-une, les amendements de l'Inde et de la Birmanie plus largement et le statu quo fut maintenu à quarante voix contre six. Israël assortit sa ratification des conventions de Genève de 1949 d'une réserve indiquant qu'il utiliserait un signe distinctif différent, le Magen David Adom, ou Bouclier de David rouge⁸⁹⁷.

Il est intéressant de noter que tous les arguments en faveur des différentes possibilités soulignent la valeur universelle de l'emblème choisi ou envisagé. Or, il apparaît difficile d'accepter que tous les symboles aient une valeur universelle et que l'on ne parvienne pas à obtenir un consensus sur l'usage d'un seul. La question des emblèmes illustre, on le constate, particulièrement bien, les difficultés qui peuvent surgir à raison des différences culturelles. Si tout le monde s'entend sur l'idée qu'un seul emblème assurerait une meilleure protection des services de secours, l'impossible accord impose des compromis qui sont par force peu satisfaisants. L'unité universelle reste donc introuvable et l'on doit composer avec l'universelle diversité.

En 1974 lors de l'ouverture de la Conférence devant aboutir à l'adoption des deux protocoles additionnels, le problème des emblèmes n'avait pas évolué. Les services de secours israéliens avaient

«If the present Conference were to adopt new symbols, it would open the way to other exceptions in the future. The progressive weakening of the symbol of aid to war victims would be a positive disaster, since the protection of human lives is here at stake. »

« One thought, however, occurs to us : if, about 1870, the Red Cross had been part of the spiritual birthright of humanity as it is today, if the emblem and the term had at that time already acquired the high moral significance which is attached to it and which all peoples, whatever their creed, recognize today, would the Ottoman Empire have pressed for the adoption of the Red Crescent? »

⁸⁹⁶ CICR, commentaire article 38 Convention I, 1952.

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1FE694B4698A6606C12563BD002C7DDD

⁸⁹⁷ Réserve formulée par Israël le 6 juillet 1951 : « Sous la réserve que, tout en respectant l'inviolabilité des emblèmes et signes distinctifs de la Convention, Israël se servira du Bouclier Rouge de David sur les drapeaux, les brassards, ainsi que tout le matériel (y compris les navires-hôpitaux) se rattachant au service sanitaire. »

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humanitaire.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=0BD95B51795B6A52C12563FF0047C48

A

continué à se servir du Bouclier-de-David rouge et de plus en plus de pays choisirent le croissant rouge⁸⁹⁸ en lieu et place de la croix rouge.

Israël déposa un nouvel amendement au début de la conférence réclamant à nouveau la reconnaissance du Magen David Adom⁸⁹⁹. Mais le retira finalement lors de la soixante-quatorzième réunion du Comité I bien qu'il ait eu toutes les raisons de le maintenir. Selon François Bugnion ce retrait se justifiait par des considérations stratégiques et était préférable à un nouveau vote négatif qui aurait entériné la position de la conférence de 1949⁹⁰⁰.

Finalement les protocoles de 1977 n'apportèrent aucun changement sur la question des emblèmes. Trois emblèmes officiels étaient reconnus : la Croix rouge, le Croissant rouge et le Lion et le Soleil rouge.

Ce dernier emblème fut bientôt abandonné officiellement par la République islamique d'Iran par une déclaration du 4 septembre 1980 qui précisait ceci :

« Le Gouvernement de la République islamique de l'Iran afin de prévenir la multiplicité des emblèmes internationaux pour les œuvres d'assistance et de bienfaisance et de favoriser l'unification de ces emblèmes, a cru devoir renoncer à son droit d'utiliser « le lion et le soleil rouge » comme emblème officiel de l'Association internationale de la Croix-Rouge et de ce fait utilise le « croissant rouge » accepté par tous les pays islamiques. Cette démarche est faite afin que tous les pas soient tenus d'accepter l'un des deux emblèmes, c'est-à-dire ou la « croix rouge » ou le « croissant rouge ». »⁹⁰¹

Le problème n'était cependant pas réglé. L'utilisation du Magen David Adom par les services de secours israéliens impliquait qu'ils restent en dehors du Mouvement de la Croix Rouge et du Croissant Rouge.

La neutralité du symbole de la Croix rouge n'était pas acquise. Ainsi, en 1990, alors que les forces américaines se déploient en Arabie Saoudite lors de la deuxième guerre du Golfe, les autorités saoudiennes insistent pour que les services et installations sanitaires américains ne soient pas

⁸⁹⁸ Trente-trois pays utilisent actuellement le croissant rouge. Israël utilise seul le Magen David Adom. Les cent-cinquante-six autres Etats qui accueillent des sociétés nationales de secours affiliées au Mouvement de la Croix Rouge et du Croissant Rouge, utilisent la Croix Rouge.

⁸⁹⁹ L'amendement proposé se lisait comme suit : « "Where the Red Shield of David on a white ground is already used as a distinctive emblem, that emblem is also recognized by the terms of the Conventions and the present Protocol. »

⁹⁰⁰ BUGNION François, Croix Rouge, Croissant Rouge, Crystal Rouge, CICR, Genève, 2007, p.17.

⁹⁰¹ Département juridique du Ministère des affaires étrangères de la République islamique de l'Iran, note à l'Ambassade suisse de Téhéran, 4 septembre 1980. Source : SASSOLI Marco et BOUVIER Antoine A, Un droit dans la guerre ?, volume II, cas et documents, p. 802.

signalés par une croix rouge mais par un croissant rouge refusant toute exhibition d'un symbole chrétien⁹⁰². Les efforts pour faire comprendre que ni la croix rouge, ni le croissant rouge ne font référence à une religion ni ne constituent des signes d'appartenance n'ont jamais complètement abouti au niveau opérationnel et humain. Certes aujourd'hui, la Croix rouge est utilisée dans des pays qui ne sont pas rattachés à la tradition chrétienne, mais le croissant rouge, lui, n'a été retenu que par des Etats officiellement musulmans.

Un autre problème apparut également, celui de l'usage du double emblème. Certaines sociétés nationales de pays à la fois musulmans et chrétiens souhaitaient pouvoir utiliser la croix rouge et le croissant rouge en même temps. C'est aussi le choix qu'ont fini par faire le Mouvement international de la Croix Rouge et du Croissant Rouge. Cet usage double emblème renforçait encore l'impression d'un certain communautarisme religieux. Et quid des Etats qui n'appartenaient ni au monde chrétien ni au monde musulman ?

Avec toute la bonne volonté du monde, on ne peut voir ici qu'une exception au principe de neutralité. Elle se justifie parce que face aux réalités culturelles et géopolitiques du monde, ce clivage n'a pas encore pu être dépassé et qu'il faut se contenter d'un compromis qui n'est pas pleinement satisfaisant.

Aussi la réflexion autour de l'idée de créer et d'adopter un nouveau symbole reconnu neutre par tous refit surface.

B. L'introduction du cristal rouge : un symbole véritablement neutre.

Un groupe de travail chargé de réfléchir à une solution aux différents problèmes que nous avons évoqué avait été mis en place dans les années 1980 mais avait finalement été dissout faute de trouver une solution appropriée.

Ce n'est qu'une dizaine d'années plus tard que le processus de réflexion fut relancé face aux problèmes constants posés par l'existence de deux emblèmes qui pouvaient être compris comme présentant une connotation religieuse.

⁹⁰² Ibidem p. 1264 : Article paru le 8 septembre 1990 dans The Guardian. TISDALL Simon, « Hospital Appear on Desert Sands ».

Comme le soulignait Cornelio Sommaruga, alors président du CICR, en 1992, dans son appel à la création d'un nouvel emblème, « *la pluralité des signes témoigne d'une division, d'une incapacité à surmonter certaines divergences et à transcender des différences d'ordre religieux ou culturel.* »⁹⁰³ Cependant, il reconnaissait que les circonstances historiques ne permettaient plus de remplacer complètement la croix rouge et le croissant rouge par un nouveau symbole unique effectivement neutre et universel. Il faudrait donc, malheureusement, se contenter d'un signe distinctif supplémentaire que pourrait adopter toute société de secours qui ne pouvait se résoudre à faire usage de la croix ou du croissant.

A la suite de cette demande du CICR le processus de réflexion fut enclenché avec d'abord la réunion d'un groupe de travail du Mouvement puis l'implication d'une succession de conseils, comités et consultations qui débouchèrent sur la décision de réunir une conférence diplomatique afin d'adopter un nouveau protocole aux conventions de 1949 en 2000. Malheureusement, la survenue d'affrontements au Proche-Orient suspendit le processus pendant quatre ans.⁹⁰⁴

Ce n'est qu'en 2005, que l'initiative fut relancée. En novembre de cette année-là, le Conseil des délégués réuni à Séoul adopta une résolution qui préconisait la réunion d'une conférence internationale afin d'adopter un nouveau protocole réglant la question de l'emblème. La conférence se tint du 5 au 8 décembre 2005 à Genève et permit l'adoption d'un nouveau protocole : le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel⁹⁰⁵.

Le nouvel emblème est constitué par « *un cadre rouge, ayant la forme d'un carré posé sur la pointe, sur fond blanc* »⁹⁰⁶. Jean-François Quéguiner explique dans son commentaire du protocole, que les « *critères principaux ayant présidé à la sélection de ce graphisme se résument à sa simplicité, sa possibilité de reconnaissance à distance (notamment depuis les airs) ainsi que son absence de toute connotation religieuse, ethnique, raciale, régionale ou politique.* »⁹⁰⁷

⁹⁰³ SOMMARUGA Cornelio, « Unité et pluralité des emblèmes », RICR, n°796, août 1992.

⁹⁰⁴ Pour le détail du processus d'élaboration du troisième protocole voir : PULLES Gerit Jan, « Crystallising an emblem: on the adoption of the third additional protocol to the Geneva conventions », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, décembre 2005, pp. 296-319

⁹⁰⁵ « Adoption of an additional distinctive emblem », *Reports and documents*, RICR, vol. 88, n°186, Mars 2006, p. 187 et s.

⁹⁰⁶ Extrait de l'article 2 du protocole III.

⁹⁰⁷ QUEGUINER Jean-François, « Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel », RICR, vol. 88, Sélection française, 2006, p. 313 et s.

Le protocole ne nomme pas ce nouveau signe distinctif même si durant le long processus d'élaboration du texte des recherches avaient été menées afin de trouver une désignation adéquate. Bien qu'aucune décision n'ait été prise officiellement, à la fin des différentes consultations organisées sur la question du nom du nouvel emblème, un consensus se forma autour de cristal rouge. Ce nom présentait tout d'abord l'avantage d'être identique dans les trois langues de travail du Mouvement. De plus, le terme cristal renvoie dans de nombreuses cultures à la notion de pureté, à l'eau, source de vie ce qui lui accorde plus de valeur d'une simple dénomination géométrique sans pour autant introduire d'éléments idéologiques ou religieux.⁹⁰⁸

Une des premières conséquences positives de l'adoption de ce troisième emblème fut la possibilité pour le Magen David Adom de demander son rattachement au Mouvement puisqu'il acceptait d'utiliser le cristal rouge, avec en son sein le Bouclier de David rouge, lors des opérations internationales. Le 22 juin 2006, le Magen David Adom (et le Croissant-Rouge palestinien) sont officiellement admis par la Fédération internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en tant que membres de plein droit.

Le fait que le nouvel emblème puisse être utilisé associé aux autres emblèmes ou à des emblèmes nationaux est particulièrement digne d'intérêt dans le cadre d'une réflexion sur la prise en compte de la diversité culturelle. Ce caractère inclusif traduit effectivement l'idée d'une unité respectueuse de la diversité, capable d'admettre les variations en son sein mais constituée par l'adhésion aux valeurs commune du Mouvement de la Croix rouge et du Croissant rouge (et du Crystal rouge).

Trouver un emblème unique reconnu par l'ensemble des Etats du monde et des individus n'est pas impossible. Les Nations-Unies ou les Jeux Olympiques y sont parvenus, mais c'est peut-être parce que les deux logos choisis pour devenir des emblèmes font directement référence à l'ensemble du monde. Bien qu'il n'y ait jamais eu aucune velléité officielle de choisir un symbole religieux, le choix de la croix rouge s'est fait dans un contexte culturel homogène, relativement fermé aux influences extérieures, et il faut le dire, à l'époque, convaincu de sa supériorité sur le reste du monde. Il n'apparaît pas si étrange que l'adhésion à ce symbole ait été impossible parfois.

⁹⁰⁸ Par exemple : Interview de François Bugnion, « Une histoire d'humanité : la saga des trois emblèmes ». <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/audiovisuals/video/2014/150-years-emblems.htm>

Section 2. S'adapter pour mieux transmettre.

La diversité, une fois acceptée et comprise, exige un effort d'adaptation. Si le but poursuivi est toujours le même faire connaître et diffuser le droit international humanitaire partout dans le monde à tous les niveaux de chaque société, auprès de tous les êtres humains, chaque contexte culturel, historique et social appellera une méthode particulière, des intervenants différents, des enceintes de discussion spécifiques etc. Il ne faut donc pas hésiter à faire preuve de créativité en usant de multiples vecteurs de diffusion (§1) et à exploiter les mécanismes déjà en place susceptibles de participer à une meilleure application du droit international humanitaire, comme par exemple les cours régionales de protection des droits de l'homme (§2).

§1. Multiplicité des vecteurs de diffusion du droit : les initiatives locales du CICR.

Pour plus de commodité et surtout parce que c'est principalement lui qui en assume la charge, il sera ici essentiellement question des actions du Comité International de la Croix-Rouge. Même si d'autres acteurs peuvent être impliqués, telles que les organisations gouvernementales et non gouvernementales, le Comité reste l'acteur majeur dans la promotion, le développement et la diffusion du droit humanitaire.

Nous l'avons dit, la première étape pour assurer une diffusion attentive à l'altérité (II) c'est de s'adapter au contexte dans lequel on est appelé à intervenir (I).

I. Une démarche adaptative.

Adopter une démarche adaptative a été absolument indispensable pour faire face aux nouveaux enjeux issus des changements de situations auxquels le droit international humanitaire est confronté depuis une vingtaine d'années (A). Cette adaptation ne peut pas passer par une modification du contenu du message qui demeure obligatoire mais plutôt par une adaptation des méthodes (B).

A. Enjeux

Il y a vingt ans, Jean-Luc CHOPARD expliquait que : « *[!]a nouvelle typologie des conflits a bouleversé le champ de l'humanitaire : absence d'interlocuteurs aptes à faire passer un message du haut en bas de la hiérarchie ; présence de combattants qui ne sont plus clairement identifiés ;*

impossibilité de rappeler des règles puisque les acteurs ne les ont jamais apprises ; absence de limites à respecter, puisque l'autorité de l'Etat a laissé place à l'arbitraire des milices et du terrorisme. »⁹⁰⁹

Le premier enjeu était de réagir à cette nouvelle typologie pour trouver des réponses adaptées, afin de réduire le nombre de violations commises, ou en tout cas de le tenter.

Ces changements, les exactions commises au cours des derniers conflits ont initié une certaine remise en question. Le contenu des règles, leur validité, leur légitimité et même leur pertinence, ne sont pas en cause, mais les techniques de diffusions, le public visé, le sont.

Les forces armées officielles sont, dans la très grande majorité des cas, formées au droit international humanitaire. Les manuels militaires intègrent les règles du droit de Genève et du droit de La Haye.⁹¹⁰ Aussi, ce ne sont plus elles qui doivent être l'objet principal de la diffusion. Les conflits actuels (Syrie, Centrafrique, Mali, Lybie...) impliquent tous, l'intervention massive de personnes qui appartenaient à la population civile avant de devenir des combattants. Ces personnes n'étaient pas plus formées au maniement des armes qu'au droit applicable dans les conflits armés auxquels elles entendaient participer du jour au lendemain ou presque. La diffusion et l'appropriation par l'ensemble de la population en temps de paix sont fondamentales. Aujourd'hui les conflits non internationaux impliquent toute la population. Si des exactions de masse peuvent être commises, c'est que la majorité de la population est restée indifférente, quand elle n'est pas directement impliquée, mélangeant les rôles de telle sorte que les limites entre combattants et non combattants sont floues et mouvantes.

Le changement de public exige une adaptation des méthodes de promotion du droit international humanitaire pour gagner en efficacité. Ces méthodes doivent en fait être aussi variées que les différents publics et contextes le sont.⁹¹¹

Il faut également lutter contre l'image exogène du droit international humanitaire. Même s'il n'est pas rejeté comme occidental, sa nature internationale le rend étranger. C'est pourquoi il est vital de permettre à la population de considérer le respect des normes du droit humanitaire comme quelque chose de naturel et d'endogène. Et ce, pour parvenir à « *susciter des réflexes humanitaires*

⁹⁰⁹ CHOPARD Jean-Luc, « *La diffusion des règles humanitaires et la coopération avec les sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge au service de la prévention* », RICR, n°813, 30 juin 1995, pp.272-291, www.icrc.org

⁹¹⁰ Voir par exemple : DOMESTICI-MET Marie-José, « Cent ans après La Haye, cinquante ans après Genève : le droit international humanitaire au temps de la guerre civile », RICR, n°834, juin 1999, pp. 277-301.

⁹¹¹ En ce sens voir DJIBRIL Ly : « Fondements humanitaires dans la société pulaar en Mauritanie et au Sénégal », RICR, n°832, décembre 1998, pp. 695-706

dans la lecture des événements, un sentiment de responsabilité par rapport à la détresse de l'autre, la capacité de viser des objectifs à sa portée et de les atteindre, plutôt que de céder à un sentiment d'impuissance. »⁹¹²

Il s'agit encore de parvenir à faire primer sur les mœurs parfois guerrières, certaines règles de régulations qui les accompagnent. Dans la même idée d'équilibre que dans le droit humanitaire conventionnel. On admet la violence, mais on la limite.

« L'éthique et la symbolique populaires peuvent inclure une culture morale de la violence, renforcée par des valeurs de référence très ancrées, comme l'ethnicité ou le nationalisme. Cette ouverture à la violence peut être contrecarrée par des valeurs pacifiques, humanistes ou humanitaires, et tolérantes. »⁹¹³ Ces valeurs existent, elles aussi, dans toutes les sociétés, car toutes ont cherché à préserver d'une façon ou d'une autre la vie après la guerre. Parce que la guerre n'est pas conçue comme quelque chose d'éternel.

B. Méthodes.

Face à ces évolutions ce n'est donc pas l'essence du contenu du droit qui doit changer mais le contenant, c'est-à-dire la démarche adoptée dans la diffusion. La logique cesse d'être celle de l'enseignement simple de normes à qui ne les connaissait pas pour devenir un partage de savoir autour des idées de respect de la personne et de la dignité humaine⁹¹⁴.

Pour parvenir à trouver la meilleure voie de transmission, il est indispensable de construire un travail fondé sur l'écoute et le dialogue puisque seuls les acteurs locaux peuvent développer des solutions fonctionnelles et efficaces adaptées à la situation dans laquelle le travail de diffusion se fait.⁹¹⁵ La démarche devient alors celle d'un échange avec les populations afin de comprendre leurs attentes, leurs besoins. Elle perd de sa juridicité pour se tourner vers d'autres savoirs, d'autres techniques.

Comme le précise Marion Haroff-Tavel, *«[p]our que le message soit non seulement compris mais mémorisé et assimilé par son destinataire, il faut trouver le vecteur linguistique, visuel ou*

⁹¹² DOMESTICI-MET Marie-José, « Cent ans après La Haye, cinquante ans après Genève : le droit international humanitaire au temps de la guerre civile », RICR, n°834, pp. 277-301, juin 1999, www.icrc.org

⁹¹³ Chopard, (J.-L.), « La diffusion des règles humanitaires et la coopération avec les sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge au service de la prévention », RICR, n°813, 30 juin 1995, pp.272-291, www.icrc.org

⁹¹⁴ En ce sens voir : HOLLEUFEUR Gilbert, « Peut-on célébrer le 50^e anniversaire des Conventions de Genève ? » RICR, n°833, mars 1999, pp. 135-148.

⁹¹⁵ CHOPARD Jean-Luc, LUSSER Vincent, « Pour qui parle les humanitaires ? Quelques réflexions sur la diffusion. », RICR, n° 826, 31 août 1998, pp. 399-408.

symbolique qui va le toucher ou les arguments qui interpellent sa raison. Nous sommes très loin du langage juridique, certes, mais très proche de la réalité. »⁹¹⁶

Il faut donc faire appel à des savoirs anthropologiques, historiques, ne pas hésiter à adopter une approche souple qui cherchera à obtenir le respect de l'esprit de la norme plutôt que celui de la norme elle-même. Imposer un droit étranger n'est pas toujours la bonne solution. Là encore, Marion Haroff-Tavel souligne qu'il s'agit d'apporter « *un appui plutôt que de se substituer à autrui. [...] Sans être modifié sur le fond le message sera dès lors adapté, réinventé, non pas tant par souci d'authenticité, mais parce qu'il émanera des profondeurs de la société concernée. Il n'en sera que plus parlant pour ceux auxquels il est destiné. »⁹¹⁷*

Le principe de base est d'adapter la diffusion au contexte politique, social et culturel, afin qu'elle touche un maximum de personnes, qui puissent y adhérer relativement facilement, en discuter, l'admettre comme fondé. Il n'en faut pas moins rappeler que le respect des normes ou principes mis en lumière est obligatoire. La conséquence de l'adaptation au contexte est, qu'il n'est pas possible de créer un modèle de diffusion valable et efficace pour tous les pays du monde.

Le « *défi consiste à ne pas réduire, simplifier, affirmer péremptoirement, et décider selon des structures établies, mais à accepter la complexité, les dilemmes, le dialogue comme un long processus d'apprentissage et de prise de décision. [...] poser les bonnes questions avant de donner les réponses devient alors l'alpha et l'omega d'une approche frontale du nouvel environnement. »⁹¹⁸*

La diffusion est pragmatique parce qu'elle ne s'attache pas à la forme conventionnelle, mais aux résultats, dans l'esprit des populations si on n'en voit pas la marque dans les comportements qui sont malheureusement influencés tout à la fois par les principes humanitaires et par la haine, l'idéologie, la vengeance, qui prennent trop souvent le dessus.

Qu'importe la raison pour laquelle un comportement est en accord avec les grands principes du droit international humanitaire du moment qu'il l'est. Si se conformer aux règles du Mahabharata ou au code d'honneur de son clan, ou à n'importe quelle tradition guerrière, c'est se conformer aux exigences du droit international humanitaire, il n'y a plus de problème.

Cette nouvelle démarche suppose de laisser une grande place aux agents locaux, et de limiter la visibilité de ce qui peut être ressenti comme étranger. Dans le cadre de la Croix Rouge, les sociétés

⁹¹⁶ HAROFF-TAVEL Marion, « *Promouvoir des normes visant à limiter la violence en situation de crise : un défi, une stratégie, des alliances* », RICR, n°829, pp.5-20.

⁹¹⁷ Ibidem.

⁹¹⁸ HOLLEUFER Gilbert, « *Peut-on célébrer le 50e anniversaire des Conventions de Genève ?* », RICR, n°833, pp.135-148, 31 mars 1999.

nationales ont un grand rôle à jouer mais aussi les autres organisations non gouvernementales, en partenariat avec les intervenants humanitaires internationaux. Elle passe aussi par la constitution d'alliances avec des représentants qui sont connus, écoutés, aimés et respectés de la population. Ils peuvent être des figures politiques mais aussi des chanteurs souvent très bien perçus par les jeunes. D'un point de vue plus théorique cette démarche a l'avantage, de permettre de créer un message culturellement accessible aux individus, tout en mettant en lumière les règles locales en accord avec le droit international humanitaire, participant de manière incidente en quelque sorte, soit au constat de la réalité de l'universalité des valeurs du droit des conflits armés, soit à son universalisation si on se place dans une optique dynamique. Une universalisation qui évite les écueils de l'ethnocentrisme et du néocolonialisme.

Le dialogue et l'échange sur un pied d'égalité revalorise la population, lui permet d'affirmer un certain contrôle sur des initiatives venues d'ailleurs, ce qui enracine d'autant mieux le droit humanitaire dans la conscience publique, de chaque peuple du monde.

L'approche interculturelle a largement été utilisée, et a donné lieu à des initiatives dans des pays où les conflits avaient fait des ravages et où il semblait qu'il était plus que nécessaire de prévenir une résurgence de la violence, et d'influencer les comportements et les préjugés négatifs, notamment les préjugés ethniques.

II. Une diffusion attentive à l'altérité

L'action de diffusion adaptée au contexte qui permet la transmission du droit humanitaire, est aussi profondément respectueuse de l'altérité. Divers exemples de programme de diffusion prouvent combien le Comité International de la Croix-Rouge respecte les différentes cultures même si son but est de véhiculer des normes et des valeurs communes à tous les Etats, tous les peuples (A).

Dans le contexte actuel où bon nombre de conflits présentent une dimension religieuse, le dialogue avec la religion est devenu un passage obligé de la diffusion du droit (B).

Ce respect passe par l'adaptation du discours ainsi qu'on l'a vu précédemment. Il est d'ailleurs intéressant de se pencher sur certaines expériences particulières, sur certains aspects du travail de diffusion du droit international humanitaire.

A. Reconstruire et prévenir la violence.

Dans les sociétés qui ont été profondément marquées par la guerre, il est fondamental de mettre en œuvre des programmes de réconciliation et de diffusion des règles et des valeurs humanitaires afin de tenter de prévenir de nouvelles flambées de violence et de nouvelles exactions.

Les exemples du Rwanda (1) et du Burundi (2) permettent d'illustrer ce point.

1. Réconcilier une société déchirée : l'exemple du Rwanda.

Cet aspect est particulièrement mis en valeur dans l'article d'Ervin Staub, qui traite de la réconciliation au Rwanda.

Professeur en psychologie à l'Université du Massachusetts, il analyse les racines du génocide et les moyens à mettre en œuvre sur le plan psychologique pour que dans l'avenir cela ne se reproduise plus, que le droit humanitaire soit entendu et intériorisé.⁹¹⁹

Cet article montre bien que la diffusion du droit international humanitaire en tant que tel, pour être efficace et entendue par la population doit être préparée par la reconstruction des valeurs de base permettant son acceptation. Dans le cas du Rwanda il était absolument fondamental de permettre ce changement d'optique pour éviter que les violences ne reprennent. Et ce d'autant plus que l'Etat avait connu plusieurs flambées de violences interethniques au cours de son histoire jusqu'au génocide qui constitue le sommet des exactions perpétrées dans le pays.

Le génocide est basé sur la discrimination et cette discrimination est fondée, elle, sur la dévaluation, la déshumanisation de l'autre. Comme l'explique le Professeur Staub, « *Human beings readily draw lines between "us" and "them", and easily devalue those they identify as "them".* »⁹²⁰

Le droit humanitaire repose sur l'idée que le respect de ses règles ne doit pas être fonction d'une appartenance ethnique, religieuse, nationale ou autre. Il ne peut pas admettre la logique de déshumanisation, mais en même temps c'est la seule permettant de parvenir à un niveau de violence telle.

Pour espérer que le droit humanitaire soit respecté, il va falloir permettre la renaissance de sentiment d'empathie, d'altruisme vis-à-vis de cet autre, stigmatisé au cours du conflit. Diffuser les

⁹¹⁹ STAUB Ervin « Preventing violence and generating humane values: Healing and reconciliation in Rwanda », RICR, n°852, décembre 2003, pp. 791-806

⁹²⁰ Ibidem p. 793

règles, même adaptées dans leur forme au contexte ne servira à rien, puisqu'elles sont applicables aux humains et que le processus de dévalorisation et de déshumanisation a justement pour but de proscrire le droit de l'humanité à des personnes qui en sont exclues.

Ceci va donc supposer une action de revalorisation de cet autre, une restauration de son image pour sortir de la spirale de la violence. De même que l'explication des causes du conflit va permettre pour le groupe victime de ne pas diaboliser le groupe auteur, de revoir l'humain qui est en lui. Réagir à la violence par des réflexes humanitaires implique que l'altruisme soit préservé ou recréé dans une perspective inclusive et pas seulement à l'égard de son propre groupe.

Cet aspect peut sembler un peu éloigné du sujet, mais la promotion du droit humanitaire passe nécessairement par cette action permettant la reconstruction d'une hiérarchie de valeurs de référence qui s'est modifiée durant le conflit pour faire passer l'idéologie destructrice avant le respect des obligations minimum d'humanité. Le respect du droit humanitaire est nécessairement un combat constant parce que les valeurs au sein des cultures changent de sens ou de place dans la hiérarchie en fonction des circonstances. Cet article démontre bien que la seule action juridique n'est pas suffisante parfois. Elle doit s'accompagner d'actions psychologiques et anthropologiques qui permettent la mise en place ou la remise en place des valeurs nécessaires au respect du droit humanitaire.

2. Prévenir la violence au Burundi.

Le projet de diffusion⁹²¹ du droit international humanitaire au Burundi s'inscrit dans des circonstances légèrement différentes de celles du Rwanda. En effet, il se situe au commencement des troubles pour éviter la montée de la violence. Il s'agit ici de prévention à court terme.

L'intérêt de cette action par rapport à l'universalisation est qu'elle s'est traduite par une très grande coopération avec la population burundaise, qui était ouverte à l'idée de la nécessité de respecter le droit humanitaire en même temps qu'elle ne souhaitait pas avoir recours à « *des solutions importées* ». ⁹²²

Le projet visait l'ensemble de la société qui pouvait être impliquée dans sa totalité, de manière directe ou indirecte. Il a abouti à la rédaction d'une « *Déclaration pour des normes de comportement humanitaire* ».

⁹²¹ Le projet dont il est question ici est ancien, mais cela ne lui enlève pas sa pertinence.

⁹²² BAERISWYL Edith, AESCHLIMANN Alain, « *Réflexion sur une action de diffusion au Burundi Déclaration pour des normes de comportement humanitaire : un minimum d'humanité en situation de violence interne* », RICR, n°826, pp. 409-428.

Cette déclaration est « *personnalisée* », c'est-à-dire qu'elle a été faite avec des Burundais, et « *personnalisante* » puisque les rédacteurs ont adopté le « *nous* » au lieu, d'un « *il* », impersonnel. « *Nous devons mettre un terme à cette situation et préparer un avenir meilleur et plus sûr.* »⁹²³, en lieu et place de : « *Il faut mettre un terme...* ». Cette démarche qui relève sans doute quelque peu d'une stratégie de communication employée par les agences de publicité, permet une appropriation de l'action par la population, mais aussi de réveiller les consciences, d'impliquer les indifférents. La déclaration utilise pour illustrer les règles du droit humanitaire des proverbes locaux qui enracinent lesdites règles dans la tradition populaire.

A titre d'exemple on peut évoquer l'obligation de respecter et de protéger les personnes et leur dignité, dont le pendant local est « *La mort emporte les autres mais ne t'oublie pas* ». Plus frappant est le proverbe : « *On ne frappe pas celui qui ne peut pas le rendre* », mis en rapport avec l'obligation de ne pas attaquer les personnes ou groupes sans défense, qui peuvent être assimilés à la population civile.

B. Echanger avec les autorités religieuses : une nécessité.

La question de la place du religieux dans les conflits armés n'a sans doute cessé de croître depuis le 11 septembre 2001. Le conflit en Syrie et les prétentions de l'Organisation Etat Islamique à la recréation du Califat l'ont rendu omniprésente. S'il est évident que la religion est le plus souvent instrumentalisée pour soutenir des visées politiques, durcir les oppositions et cliver les sociétés, elle tient *in fine* un rôle non-négligeable dans bon nombre de conflits⁹²⁴.

Jean-Nicolas BITTER, notait que même si analyser un conflit en fonction des facteurs religieux peut apparaître réducteur et essentialiste pour certains auteurs⁹²⁵, les ignorer est pratiquement contreproductif⁹²⁶. Aussi depuis vingt ans le CICR a intensifié son dialogue avec les organisations confessionnelles et les chefs religieux⁹²⁷.

La coopération avec les autorités religieuses peut se faire selon plusieurs axes.

⁹²³ Ibidem, in Annexe : Déclaration pour des normes de comportement humanitaire

⁹²⁴ Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, plusieurs dizaines de conflits présentaient une dimension religieuse. Aujourd'hui, les conflits en Syrie, Mali, Nigéria, Yémen, Centrafrique, Tibet, Israël, Lybie, Irak, Afghanistan etc. comportent tous des facteurs religieux.

⁹²⁵ Voir en ce sens : CORM Georges, « Sortir de l'analyse religieuse des conflits », *Manière de Voir* n°145, février-mars 2016, p. 20 et s.

⁹²⁶ BITTER Jean-Nicolas, « Religions et négociations humanitaires, une approche du point de vue de la discipline de la résolution de conflit », in MILLET-DEVALLE Anne-Sophie (dir.), *Religions et droit international humanitaire*, Pedone, Institut de droit international humanitaire de San Remo, Paris, 2008, p.167 et s.

⁹²⁷ CICR, « Les organisations confessionnelles et chef religieux, partenaires essentiels de l'action humanitaire », Entretien avec Ronald OFTERINGER, site web CICR, 23 juillet 2015.

<https://www.icrc.org/fr/document/les-organisations-confessionnelles-et-chefs-religieux-partenaires-essentiels-de-laction>

L'un, plutôt théorique consiste à identifier les règles communes au droit international humanitaire et à une religion données. Le CICR conduit depuis des années des travaux importants notamment sur l'Islam en association avec des érudits musulmans, des universitaires et des groupes islamiques (2).

L'autre vise, au point de vue pratique, à développer les appuis religieux locaux pour promouvoir les règles du droit humanitaire auprès des populations. Les chefs religieux et les organisations confessionnelles constituent en cela de très bons vecteurs puisqu'ils bénéficient de la confiance et de l'écoute des sociétés auxquelles ils appartiennent (2).

Enfin dans les situations conflictuelles à dimension confessionnelle, le CICR tente systématiquement de maintenir le dialogue entre les Parties au conflit et de trouver des terrains d'entente (1).

1. Maintenir le dialogue interreligieux en cas de conflit ouvert.

Dans le cadre d'un conflit déclaré, Jean-Nicolas BITTER prescrit un dialogue nécessaire avec les forces religieuses en présence. Surtout, il préconise d'orienter les échanges vers des « *solutions pratiques, concrètes, communes, possibles et acceptables pour tous les intervenants* »⁹²⁸, plutôt que d'organiser des débats sur les valeurs ou le dogme. Il désigne cette méthode par le terme de dialogue par la pratique⁹²⁹.

Dans le cadre d'un conflit en cours, l'objectif du négociateur doit être la prévention pratique des violations du droit humanitaire et non le débat idéologique. L'essentiel, c'est le résultat réel obtenu. Or, introduire des questionnements sur les valeurs ou sur les principes risquerait, sans doute, d'attiser les tensions dans un contexte de crispation identitaire. Travailler à l'élaboration de solutions communes, profitables pour tous, est plus efficace que de tenter de s'accorder sur des grands principes théoriques.

Comme le souligne Ronald Oftringer, conseiller au CICR chargé des affaires globales, « *[l]'une des principales forces du CICR est qu'il établit des contacts avec tous [l]es groupes ou individus* » et ce, afin de « *leur faire comprendre comment l'institution travaille et quels sont ses rôles et son mandat. Cela lui permet ensuite de mener à bien ses activités humanitaires.* »⁹³⁰ Le

⁹²⁸ BITTER Jean-Nicolas, « Religions et négociations humanitaires, une approche du point de vue de la discipline de la résolution de conflit », in MILLET-DEVALLE Anne-Sophie (dir.), Religions et droit international humanitaire, Pedone, Institut de droit international humanitaire de San Remo, Paris, 2008, p. 172.

⁹²⁹ Ibidem p. 173.

⁹³⁰ CICR, « Les organisations confessionnelles et chef religieux, partenaires essentiels de l'action humanitaire », Entretien avec Ronald OFTERINGER, site web CICR, 23 juillet 2015.

positionnement extrémiste, voire fanatique, de certains groupes ne l'empêche pas de tenter d'ouvrir le dialogue afin de limiter les violations commises.

2. Des valeurs communes transmises par des autorités reconnues.

L'identification de valeurs communes entre le droit international humanitaire et les principes religieux a surtout été développé dans le cadre de l'Islam et ce parce que, selon Ronald Offeringer, « *les besoins des victimes de conflits dans le monde musulman n'ont cessé d'augmenter ces vingt dernières années* ». Il est vrai qu'une grande partie des conflits à dimension confessionnelle actifs aujourd'hui impliquent des mouvements rattachés à l'Islam d'une manière ou d'une autre.

Le CICR a par exemple organisé des conférences réunissant des érudits musulmans et des experts du droit international humanitaire dans plusieurs pays musulmans⁹³¹.

En 2006 notamment, un colloque international a réuni environ trois cents personnes autour d'un débat sur les règles communes à l'Islam et au droit international humanitaire. « *Les exposés ont couvert un large éventail de sujets tels que la tradition islamique et sa contribution au droit humanitaire, les approches occidentale et islamique en matière de terrorisme, les conséquences des conflits armés pour les femmes et les enfants, et le rôle de l'islam dans la protection de ces personnes, les droits des prisonniers de guerre, la distinction entre combattants et civils dans le droit islamique et le droit humanitaire.* »⁹³²

En 2013, un atelier organisé à Mombasa, au Kenya, a permis à trente-trois participants d'échanger autour du statut, du traitement et de la protection des prisonniers dans l'Islam⁹³³.

En 2014, au Pakistan se tenait une conférence sur l'action humanitaire au regard de la charia et du droit international humanitaire. Elle faisait suite à une série de conférences régulièrement

<https://www.icrc.org/fr/document/les-organisations-confessionnelles-et-chefs-religieux-partenaires-essentiels-de-laction>

Dans le même sens voir : WIGER Andreas, « Conférence sur le droit international humanitaire et l'Islam en Iran », Site web du CICR, 28 novembre 2011.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/islam-ihl-interview-281106.htm> :

« Ces dernières années, cependant, des allusions au « choc des civilisations » et la prétendue « guerre contre le terrorisme » ont conduit nombre de communautés musulmanes à critiquer « l'Occident » et la communauté internationale. Le CICR a travaillé dans un environnement plus complexe et moins sûr. De ce fait, nous avons intensifié notre dialogue avec des chefs de communautés et des érudits dans différentes parties du monde musulman, dans le but de jeter les fondements d'une meilleure compréhension mutuelle, de dissiper les idées fausses existantes et de trouver un terrain d'entente pour protéger la dignité humaine dans les situations de conflit armé. »

⁹³¹ Afghanistan, Yémen, Maroc, Tanzanie...

⁹³² CICR, « Iran : dialogue sur l'Islam et le droit international humanitaire à Qom », Eclairage, Site web du CICR, 1^{er} décembre 2006.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/feature/ihl-islam-event-011206.htm>

⁹³³ CICR, « Kenya : la protection juridique des prisonniers au cœur des discussions avec des spécialistes de l'Islam », Entretien avec Khoder El Tari, site web du CICR, 22 mai 2014.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/2014/05-14-kenya-somalia-interview-islam-ihl.htm>

organisées depuis dix ans en partenariat avec l'université d'Islamabad, dans le but de « *mieux faire connaître et comprendre les règles du droit islamique relatives aux conflits armés et mettre en lumière les correspondances entre le droit international humanitaire et l'islam.* »⁹³⁴

Les séminaires à destination des forces armées dans les pays arabo-musulmans traitent également de la question des rapports entre Islam et droit des conflits armés⁹³⁵.

L'exercice est donc plutôt fréquent en ce qui concerne la religion musulmane. En sus des experts du CICR, de nombreux auteurs se sont penchés sur cette question et les résultats sont tout à fait probants⁹³⁶.

Les autres religions ont été l'objet de moins d'études mais cela ne signifie pas qu'elles aient été ignorées. Un numéro entier de la *Revue Internationale de la Croix Rouge* a été consacré en 2005 à cette question, on y retrouve des articles relatifs à la religion juive, à la Christianisme, à l'Hindouisme et à l'Islam⁹³⁷.

3. Encourager la coopération et la prise de parole des chefs religieux.

En sus de travailler à l'identification de valeurs communes, les chefs religieux et les organisations confessionnelles constituent un relais intéressant auprès des publics visés par la diffusion du droit. Comme en atteste Ronald Ofteringer, ce « *sont d'importants partenaires des organisations humanitaires nationales et internationales, qu'ils aident à comprendre le contexte et les sensibilités locales. Ils peuvent aussi faciliter la conception de programmes répondant utilement aux besoins des personnes touchées, contribuer à expliquer les activités et la mission d'institutions*

⁹³⁴ CICR, « Pakistan : conférence sur l'action humanitaire au regard de la charia et du droit international humanitaire », Communiqué de presse, site web du CICR, 22 octobre 2014.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/news-release/2014/10-22-pakistan-conference-ihl-sharia-humanitarian-action.htm>

⁹³⁵ CICR, « Tunisie/Ligue des Etats arabes : séminaire régional sur la diffusion du droit international humanitaire », Communiqué de presse, site web du CICR, 25 avril 2002.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzjed.htm>

⁹³⁶ Voir : AL-ZUHILI Wahbeh, « Islam and international law », RICR, vol. 85, n°858, Juin 2005, p. 269 et s.; LAHLOU Rachid, « L'Islam et le droit international humanitaire: vers une coopération renforcée au service de l'humanité », in MILLET-DEVALLE Anne-Sophie (dir.), Religions et droit international humanitaire, Pedone, Institut de droit international humanitaire de San Remo, Paris, 2008, p. 210 et s. ; AL-MIDANI Mohamed Amin, « Le droit international humanitaire et la religion musulmane », in MILLET-DEVALLE Anne-Sophie (dir.), Religions et droit international humanitaire, Pedone, Institut de droit international humanitaire de San Remo, Paris, 2008, p. 48 et s.

⁹³⁷ RICR, n°858, juin 2005.

neutres, impartiales et indépendantes comme le CICR, et les aider à obtenir un accès sûr à la population »⁹³⁸.

En cette matière Rachid Lahlou propose d'encourager tous les représentants religieux à vulgariser et transmettre les règles du droit humanitaire afin d'en favoriser l'application par les croyants⁹³⁹.

Entre autre initiative, on peut citer ici la lettre ouverte à Abou Bakr Al-Baghdadi⁹⁴⁰ signée par cent-vingt-six érudits musulmans de différentes nationalités et représentant différents courants de l'Islam qui s'attachent à réfuter en vingt-quatre points les positions adoptées par l'organisation Etat Islamique.

Les cinq premiers points dénoncent les usages et les formes de l'interprétation du Coran que fait l'organisation Etat Islamique. Dans les points suivants, on retrouve l'affirmation de règles qui correspondent au droit international humanitaire. Le point 6 précise qu'il est interdit de tuer des innocents ; le point 12 que l'esclavage est aboli par consensus ; le point 13 proscrie les conversions forcées ; le point 16 exige le respect d'un minimum de garanties judiciaires ; le point 17 bannit la torture ; les points 19 et 20 protègent les morts et les sépultures.

Ce genre d'initiatives sont salutaires dans la mesure où elles sont de nature, non pas à convaincre l'organisation Etat Islamique elle-même de ses méfaits, mais peut-être certains apprentis djihadistes. Elles établissent aussi plus fermement que l'Islam n'est pas ce qu'une telle organisation veut en faire.

Seul petit bémol au regard du droit des conflits armés⁹⁴¹, le texte reconnaît une distinction entre les « gens du livre » et les autres, ce qui constitue une base en faveur d'une certaine discrimination.

⁹³⁸ CICR, « Les organisations confessionnelles et chef religieux, partenaires essentiels de l'action humanitaire », Entretien avec Ronald OFTERINGER, site web CICR, 23 juillet 2015.

<https://www.icrc.org/fr/document/les-organisations-confessionnelles-et-chefs-religieux-partenaires-essentiels-de-laction>

⁹³⁹ LAHLOU Rachid, « L'Islam et le droit international humanitaire : vers une coopération renforcée au service de l'humanité », in MILLET-DEVALLE Anne-Sophie (dir.), Religions et droit international humanitaire, Pedone, Institut de droit international humanitaire de San Remo, Paris, 2008, p. 209 et s.

⁹⁴⁰ <http://www.lettertobaghdadi.com/>

⁹⁴¹ En dehors du cadre des conflits armés, on pourrait s'étonner du point 21 qui indique que l'insurrection armée est interdite dans l'Islam pour toute raison autre que l'absence avérée de foi du dirigeant et son refus de laisser les gens prier et de l'interprétation qu'on pourrait éventuellement lui donner.

§2. Les cours régionales des droits de l'homme, un vecteur de respect et de développement du droit humanitaire matériel.

Il peut apparaître étonnant de traiter de l'apport des cours régionales de protection des droits de l'homme dans le cadre de cette réflexion et pourtant, elles ont aussi eu à aborder dans leur jurisprudence des situations qui avaient trait à des conflits armés et au recours à la force armée. Bien qu'elles ne puissent pas appliquer directement le droit international humanitaire et soient liées par le traité qui les a créées, elles n'apportent pas moins des réponses à des questions qui relèvent en fait de la réglementation des conflits armés et que nous appelons droit humanitaire matériel.

Il est vrai également qu'en tant que juridictions leur rôle n'est pas de prévenir directement les violations. De plus, à la différence des juridictions pénales internationales, elles ne sanctionnent pas les individus, mais les Etats qui auraient manqué à leurs obligations. Cependant, elles disposent d'un pouvoir de contrainte sur les Etats qui ont accepté leur juridiction plus important que la plupart des juridictions internationales et elles peuvent inciter à des changements des législations nationales fondamentales.

Le caractère obligatoire des arrêts de la Cour résulte de l'article 46 paragraphe 1 de la Convention⁹⁴², cependant cela n'implique pas que la Cour elle-même puisse changer une législation inadéquate ou casser une décision de justice.⁹⁴³ Cependant, il suffit de citer la présence d'un avocat dès les premières minutes de la garde à vue pour se rappeler que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne reste pas lettre morte.

Aussi, du fait de son intervention dans des affaires relatives à des situations de conflit armé, la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle commencé à développer une véritable réglementation européenne applicable dans les conflits armés auxquels participent les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue un exemple intéressant de la diversité des situations que l'on rencontre dans le monde (I). Dans une région, dans laquelle il a été possible de parvenir à un système judiciaire supranational, la réglementation des conflits armés peut être envisagée à un niveau supranational quand dans d'autres endroits le niveau

⁹⁴² Article 46 §1 Convention européenne des droits de l'homme : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. »

⁹⁴³ Ses arrêts sont déclaratoires. La Cour se contente de se prononcer sur l'existence d'une violation des droits protégés dans le cadre du Conseil de l'Europe et éventuellement de dire s'il y a lieu d'accorder des dommages et intérêts. → CEDH, Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, §58

local peut-être le seul moyen d'obtenir des résultats. L'intérêt d'une telle intervention supranationale tient aussi à son pouvoir unificateur dans la mesure, ou au moins en théorie, l'interprétation donnée par la Cour devrait servir de base aux comportements de tous les Etats. Ainsi, la Cour européenne a, par sa jurisprudence, commencé à poser les bases d'un droit des conflits armés européen (II)

Naturellement, nous avons conscience du fait que les arrêts de la Cour ne sont pas toujours suivis d'effets, loin s'en faut, et qu'il ne s'agit pas là d'une solution parfaite. Mais ce n'est pas le but de notre courte étude. Nous souhaitons simplement démontrer ici que l'adaptation à la diversité du monde ne doit pas toujours être conçue comme la prise en compte du relativisme culturel ou des influences extra-juridiques.

I. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de conflits armés ou l'application locale des principes du droit international humanitaire.

En termes statistiques, sur plusieurs milliers d'arrêts et décisions que la Cour a rendus depuis sa création, pas plus d'une centaine renvoie véritablement au droit international humanitaire. Considérés sous cet angle, ils ne constituent qu'une branche mineure de sa jurisprudence. Toutefois, ils suffisent également au développement d'une interprétation européenne des règles de comportement dans la guerre. D'ailleurs, nous ne ferons qu'effleurer ici le contenu de cette jurisprudence puisque notre objectif est de démontrer que la jurisprudence des cours régionales de protection des droits de l'homme peut être considérée comme un facteur de développement du droit international humanitaire adapté à la diversité du monde.

Si la Cour a pu s'intéresser à des situations de conflits armés, c'est parce que les Etats ont le plus souvent négligé d'avoir recours à la procédure instaurée par l'article 15 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (A). Elle a de plus pu étendre sa compétence, sous certaines conditions, à des conflits ne se déroulant pas sur le territoire des Etats concernés (B).

A. La position officielle de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de conflits armés.

Théoriquement, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, le conflit armé constitue un cas de suspension de l'application de la Convention. Son article 15 prévoit les cas conduisant à la suspension de l'application de la Convention et les conditions d'une telle situation.

C'est donc dans ce cadre que devrait se rencontrer le droit humanitaire et la jurisprudence de la Cour.

L'article 15 prévoit ainsi classiquement qu'en « *cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention* », il dispose aussi que les droits protégés aux articles 2, 3, 4§1 et 7 (en bref, le droit à la vie, l'interdiction de la torture, l'interdiction de l'esclavage et le principe de légalité des délits et des peines) ne sauraient faire l'objet d'une quelconque dérogation.

On le voit, on retrouve ici les exigences minimales de l'article 3 commun, et même moins en fait puisque les droits prévus par l'article 6 qui concerne les règles du procès équitable ne sont pas considérées par la Convention comme indérogeables.

Il prévoit par ailleurs des conditions de mise en œuvre, un encadrement. Les Etats doivent faire une déclaration officielle auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe l'avisant de ladite suspension et de ses motifs. Ils doivent aussi l'informer de sa cessation.

Selon Amna Guellali, en spécifiant par ailleurs, que même si la Convention est suspendue, les Etats sont tenus de respecter le droit international applicable, et qu'il est toutefois admis en cas de conflits armés, des dérogations à l'article 2 du fait de « *décès résultant d'actes licites de guerre* », la Convention renvoie implicitement au respect du droit international humanitaire.⁹⁴⁴

Selon elle, l'« *articulation entre les deux droits semble avoir été explicitement prévue par la Convention sur le principe de la priorité accordée à la *lex specialis*. (...) Paradoxalement, la Cour européenne a cependant fait très peu usage de ce qui peut être considéré comme un renvoi fait par l'article 15 au droit humanitaire* ». ⁹⁴⁵

Elle y voit une « *réticence marquée* »⁹⁴⁶ de la CEDH à appliquer directement le droit humanitaire, même lorsque les circonstances le nécessiteraient.

Cette réticence s'explique par deux raisons.

La première assez évidente est que la Cour a essentiellement pour vocation à faire appliquer non le droit international général mais avant tout le droit issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et de ses protocoles. D'ailleurs, la Cour en fait même une priorité. A ses yeux en effet, les Etats sont contraints de respecter la Convention avant leurs autres obligations internationales au

⁹⁴⁴ En ce sens voir également : HEINTZE Hans-Joachim, « Recoupement de la protection des droits de l'Homme et du droit international humanitaire (DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE) dans les situations de crise et de conflit », *Cultures & Conflits* [En ligne], 60 | hiver 2005, mis en ligne le 23 février 2006.

⁹⁴⁵ GUELLALI Amna, « *Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés* », *RGDIP*, 2007, n°3, p.548-549

⁹⁴⁶ *Ibidem*, p. 548

risque sinon d'être condamnés en cas de saisine de la Cour. C'est ce qu'elle affirme dans l'arrêt Soering⁹⁴⁷ et dans l'arrêt plus récent Al-Saadoon et Mufdhi contre Royaume-Uni. La Cour explique ainsi qu'il « *n'est pas loisible aux Etats contractants de conclure avec d'autres Etats des accords dont les dispositions sont en conflit avec leurs obligations au titre de la Convention. Ce principe est plus fort encore en l'espèce compte tenu de la nature absolue et fondamentale du droit de ne pas être soumis à la peine de mort et du préjudice grave et irréversible que risquent de subir les requérants.* »⁹⁴⁸

La Cour évite donc dans la mesure du possible de faire application d'autres branches du droit international sauf afin d'éclairer son raisonnement lorsque c'est nécessaire. Selon Hans-Joachim Heintze, « *c'est la prise en compte de facteurs politiques qui a, jusqu'à présent, empêché la CEDH d'appliquer le DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE* »⁹⁴⁹.

La seconde raison tiendrait au fait que l'article 15 nécessite une condition formelle, la remise d'une déclaration officielle de suspension, ce que les Etats ne font généralement pas. Ici, la jurisprudence nous éclaire sur le fait que la Cour s'attache exclusivement à l'aspect formel, alors que le droit humanitaire par exemple a renoncé depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale à attendre une déclaration de guerre pour considérer qu'un conflit armé existe bel et bien.

Le raisonnement de la Cour est très logique. Si la suspension de la Convention n'est possible qu'à la condition indispensable d'en faire la déclaration auprès du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, cela signifie que quelle que puisse être la situation réelle de l'Etat, situation qui pourrait par exemple légitimement conduire à la suspension de certains droits de l'homme, la Cour estime que la Convention continue de s'appliquer dans son ensemble. Les individus y gagnent en protection. La logique est donc, en fait, exactement la même que celle ayant présidé à l'abandon de la condition formelle de la déclaration de guerre, assurer une meilleure protection des individus. Simplement

⁹⁴⁷ CEDH, Soering c. Royaume Uni, 7 juillet 1989, Requête n°14038/88, §88. « Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art. 3), pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article (art. 3). »

⁹⁴⁸ CEDH, Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, 2 mars 2010, Requête n°61498/08, §.138

⁹⁴⁹ HEINTZE Hans-Joachim, « Recoupement de la protection des droits de l'Homme et du droit international humanitaire dans les situations de crise et de conflit », *Cultures & Conflits* [En ligne], 60 | hiver 2005, mis en ligne le 23 février 2006.

dans le cas du droit humanitaire, exiger une condition formelle réduit le champ d'application du droit alors que c'est l'inverse qui se produit dans le cas de l'article 15.

La Cour n'a donc aucun intérêt à reconnaître d'elle-même qu'une situation relèverait de l'article 15 nonobstant l'absence de déclaration de suspension. On ne pourra guère critiquer une telle prise de position au regard des risques qu'engendrent nécessairement les conflits et les situations d'urgence pour les individus.

Cette approche de la Cour est clairement développée dans l'affaire Issaïeva contre Russie qui a trait à des événements se déroulant lors du conflit en Tchétchénie. La Cour spécifie ainsi que : « *Ni la loi martiale ni l'état d'urgence n'avaient été décrétés en Tchétchénie, et aucune dérogation n'avait été notifiée au titre de l'article 15 de la Convention [...]. Dans ces conditions, l'opération litigieuse doit être appréciée à l'aune d'un contexte juridique normal.* »⁹⁵⁰ La Cour évite tant et si bien de faire référence au droit humanitaire qu'en réalité elle en écarte implicitement l'application en affirmant que compte tenu de la position officielle adoptée par la Russie qui n'a proclamé ni l'état d'urgence, ni la loi martiale, on se trouve donc en temps de paix.

Cette prévention étant posée, cela ne signifie pas pour autant que la jurisprudence de la Cour n'a rien pu apporter au droit humanitaire, surtout relativement à son universalisation, non pas au niveau formel puisque dans l'ensemble les Etats membres du Conseil de l'Europe ont signé et ratifié les Conventions de Genève de 1949 et la très grande majorité les Protocoles additionnels de 1977⁹⁵¹, mais sur le plan pratique.

⁹⁵⁰ CEDH, Issaïeva c. Russie, 24 février 2005, Requête n°57950/00, §.191

⁹⁵¹ Au 18 avril 2012, seuls trois Etats membres du Conseil de l'Europe n'ont pas ratifiés ou même signés les Protocoles de 1977 : Andorre, l'Azerbaïdjan et la Turquie. Si le premier n'est impliqué dans aucun conflit, les deux autres sont ou ont été directement concernés par un conflit.

L'Azerbaïdjan est actuellement en conflit avec l'Arménie au sujet du Haut-Karabagh. Le Haut-Karabagh, conquis par les Russes sur la Perse en 1805, a été attribué à l'Azerbaïdjan dans le cadre des compromis russo-turcs de 1921. Ce territoire s'étend sur 4.400 km² et compterait 150.000 habitants (76% d'Arméniens en 1989).

Le conflit du Haut-Karabagh a fait près de 20 000 victimes depuis le début de la revendication indépendantiste en 1987. Un accord de cessez-le-feu négocié le 12 mai 1994, a gelé une situation militaire favorable aux Arméniens qui occupent entre 15 et 20 % du territoire de l'Azerbaïdjan (le Haut-Karabagh proprement dit et les districts azerbaïdjanais environnants considérés comme un « glacis protecteur »).(source www.diplomatie.gouv.fr, Section Crises et conflits, Haut-Karabagh, <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/enjeux-internationaux/defense-et-securite/crises-et-conflits/haut-karabagh/>)

La Turquie de son côté est toujours en conflit avec la Grèce au sujet de Chypre et de la mer Egée. Elle a par ailleurs connu une situation pouvant s'assimiler à un conflit interne l'opposant aux rebelles kurdes du PKK. Le conflit dure depuis 1984. Il aurait déjà fait 40 000 morts. Le PKK fondé par Abdullah Ocalan souhaite l'indépendance du Kurdistan (qui se répartit sur plusieurs Etats frontaliers du Kurdistan turc). Le mouvement plonge ses racines dans l'histoire de la construction de la Turquie moderne, lors de sa fondation par Mustafa

Dans les conflits internes en particulier, l'action de la Cour est particulièrement précieuse. On le sait, la reconnaissance par l'Etat concerné de l'existence d'un conflit armé interne surtout de basse intensité est très rare, il s'ensuit une grande difficulté à imposer le respect des règles du droit des conflits armés internes. La question des poursuites des violations commises par les agents de l'Etat devant les juridictions internes est encore plus épineuse. Surtout lorsqu'officiellement le conflit n'existe pas et que les personnes concernées sont qualifiées de terroristes. Cette qualification entraîne dans bon nombre d'Etats démocratiques l'application de législations d'exception souvent attentatoires aux droits des individus concernés. De plus, si les violations restent limitées, il est fort peu probable que la Cour Pénale Internationale s'y intéresse. L'impunité n'est donc pas une hypothèse fantaisiste ici. Or le mode de fonctionnement de la Cour ouvrant sa saisine à toute personne privée qui s'estime victime d'une violation de ses droits permet de réduire cette impunité et de sanctionner des violations matérielles du droit humanitaire quand bien même le fondement officiel serait la violation d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme.

En effet, la Cour utilise, même sans le dire, lorsqu'elle se trouve devant des faits qui prennent place dans le cadre d'un conflit armé, les concepts et les principes du droit humanitaire, incitant on peut l'espérer les Etats à les respecter ou tout au moins permettant la sanction des Etats ayant violé le droit international humanitaire. Elle assure donc un rôle complémentaire tant sur le fond du droit que sur l'aspect procédural et participe ainsi à une meilleure application des règles du droit humanitaire.

B. L'extension de la compétence de la Cour à l'égard des conflits dans lesquels sont impliqués des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'autre phénomène intéressant tient au fait que la compétence de la Cour est essentiellement une compétence personnelle active. L'article 1 de la Convention prévoit ainsi : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.* » Le texte considéré directement exige ainsi seulement que les faits soient imputables à un Etat Partie et qu'ils aient été commis à l'égard d'une personne relevant de leur juridiction. La Cour considère de manière générale, que la juridiction d'un territoire s'exerce avant tout sur son territoire. Elle admet cependant des exceptions.

Kemal en 1923. L'identité kurde est alors complètement niée. Le conflit connaît une flambée des hostilités entre 1993 et 1999. Depuis l'été 2011, on déplore une reprise des violences. Le conflit kurde a donné lieu à plusieurs affaires portées devant la CEDH. (Source : France 24 à la Une :Turquie/Conflit Kurde : la violence prend le pas sur la politique, <http://www.youtube.com/watch?v=XSnWJPkzMn8>)

Certaines situations peuvent exister où la juridiction de l'Etat s'exerce en dehors de l'espace juridique du Conseil de l'Europe⁹⁵². La Cour dans ce cas peut se reconnaître compétente sous certaines conditions à l'égard d'actes extraterritoriaux qui produisent également leurs effets en dehors du territoire de l'Etat concerné.

La Cour peut donc être sollicitée dans le cadre de conflits armés se déroulant sur le territoire d'Etat non Parties à la convention, dès lors que des Etats parties à celle-ci y participent et sont responsables des actes dont elle est saisie.

La Cour l'a déjà admis depuis longtemps dans le cadre du conflit chypriote au sujet des actes imputables à la Turquie soit en tant que puissance occupante⁹⁵³, soit en tant qu'autorité réelle à laquelle était subordonné le gouvernement de la République Turque de Chypre du Nord⁹⁵⁴.

En 2001, elle précise encore sa position dans la décision *Bankovic*⁹⁵⁵ qui concerne les bombardements effectués par les forces de l'OTAN durant le conflit en Ex-Yougoslavie. La Cour insiste beaucoup dans cette décision relative à la recevabilité sur le fait que sauf exception, l'Etat est considéré exercer sa juridiction sur son territoire et sur lui seul. Elle explique ensuite qu'elle ne reconnaît sa compétence à l'égard d'un acte extraterritorial de l'Etat qu'à la condition que « *l'Etat défendeur, au travers du contrôle effectif exercé par lui sur un territoire extérieur à ses frontières et sur ses habitants par suite d'une occupation militaire ou en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, assumait l'ensemble ou certains des pouvoirs publics relevant normalement des prérogatives de celui-ci.* »⁹⁵⁶

Dans cette affaire, la Cour prendra une décision d'irrecevabilité en estimant que la seule participation d'un Etat à une campagne de bombardements organisée par l'OTAN sous mandat onusien ne permet pas de considérer que l'Etat en cause exerçait un contrôle effectif sur le territoire concerné propre à placer les personnes qui s'y trouvaient sous sa juridiction. Selon Cordula Droege, « *[l]a Cour a établi une distinction claire entre les hostilités dans un conflit armé international, où aucun Etat n'exerce de contrôle sur l'autre pendant la bataille, et une situation d'occupation.* »⁹⁵⁷

⁹⁵² Pour une étude détaillée de la question : KARAGIANNIS Syméon, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme *vaetera et nova* », RTDH, n°61, 2005, p. 33 et s.

⁹⁵³ Comm. EDH 4 oct. 1983, Chypre c. Turquie

⁹⁵⁴ CEDH, 23 mars 1995, Loizidou c. Turquie

⁹⁵⁵ Pour une analyse complète de la décision : COHEN-JONATHAN Gérard, « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, n°52, 2002, p. 1069 et s.

⁹⁵⁶ CEDH, 12 décembre 2001, *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, §71

⁹⁵⁷ DROEGE Cordula, « Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ? », RICR, n°871, septembre 2008.

Même si les conditions à remplir sont exigeantes, l'extension de la compétence territoriale de la Cour n'est pas que théorique. La Cour a, par exemple, déjà rendu plusieurs arrêts concernant le conflit en Irak débuté en 2003 à l'encontre essentiellement du Royaume-Uni. Elle a considéré à chaque fois que le contrôle exercé par la Grande-Bretagne soit sur le territoire ou l'administration locale, soit sur les personnes elles-mêmes était suffisant pour établir sa juridiction.⁹⁵⁸

Même si la possibilité d'étendre la juridiction des Etats Parties reste limitée, le fait que cela soit possible y compris dans le cadre des conflits armés est certainement de nature à permettre le développement de la jurisprudence de la Cour dans ce domaine particulier. De nombreux pays du Conseil de l'Europe interviennent dans des conflits qui ne se situent pas sur leur territoire.

II. Les prémices d'un droit des conflits armés européen.

Les arrêts de la Cour les plus intéressants eu égard au développement de règles applicables aux activités des combattants durant les conflits armés concernent le plus souvent l'article 2⁹⁵⁹ de la Convention qui protège le droit à la vie et l'article 3 qui interdit la torture et les autres traitements inhumains et dégradants. Certaines requêtes ont également été déposées concernant les internements de personnes civiles, notamment dans le cadre du conflit irakien. De manière générale, cependant, la jurisprudence de la Cour rappelle surtout les règles de la conduite des hostilités (A).

La Cour, appliquant sa jurisprudence classique maintenant, exige en sus du respect substantiel des droits protégés par la convention, le respect d'obligations procédurales, en particulier celle de mener une enquête effective lorsqu'est alléguée une violation de la convention. Les Etats ont donc l'obligation de poursuivre les violations commises (B).

A. L'encadre du recours à la force meurtrière, une réappropriation des principes de la conduite des hostilités.

⁹⁵⁸ Par exemple : CEDH, 2 mars 2010, Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni ; 7 juillet 2011, Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni ; 7 juillet 2011, Al-Jedda c. Royaume-Uni ; 16 septembre 2014, Hassan c. Royaume-Uni.

⁹⁵⁹ Article 2 Convention européenne des droits de l'homme :

1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue
c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

Dans le cadre de sa jurisprudence relative à l'article 2 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a été assez tôt confrontée à l'usage de la force par les agents de l'Etat autorisés, qu'ils aient fait partie de la police ou de l'armée. Elle a donc dû développer les règles applicables à ce recours à la force légitime. Il s'agit ici de règles qui se rapportent plus précisément aux méthodes de combat. Elle fait application des principes de nécessité, de proportion et de précaution dans l'attaque (1) d'une part et d'autre part limite l'usage des armées ou des attaques produisant des effets indiscriminés (2).

1. Nécessité, proportion et précaution : les trois règles de base régissant le recours à la force.

C'est dans l'affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*⁹⁶⁰ que la Cour pose les bases de sa jurisprudence en la matière. Cette affaire prend place dans le cadre du conflit opposant l'IRA (Irish Republican Army) et le Royaume-Uni. Les faits se déroulèrent à Gibraltar.

En 1988, les autorités du Royaume-Uni, d'Espagne et de Gibraltar soupçonnaient l'IRA de préparer un attentat terroriste à Gibraltar. Le 6 mars 1988, après des semaines d'enquêtes et de filatures, les suspects, trois membres de l'IRA, Daniel McCann, Sean Savage et Mairead Farnell, furent repérés. Ils quittaient une voiture que les autorités suspectaient d'être piégée. Après concertation, elles décidèrent alors de les arrêter. Sur autorisation du préfet de police de Gibraltar, les membres d'une unité d'élite de l'armée britannique interviennent.

Au cours de l'arrestation, les trois suspects furent abattus. Daniel McCann, Mairead Farnell et Sean Savage reçurent respectivement cinq, huit et seize balles tirées à une très faible distance. Il fut découvert par la suite que les suspects n'étaient pas armés, qu'ils ne portaient aucun dispositif de déclenchement à distance et que par ailleurs la voiture repérée comme étant une voiture piégée ne l'était pas.

Les requérants (les proches des victimes) introduisirent une procédure à Gibraltar qui se solda par un verdict du jury jugeant qu'il s'agissait d'homicides légaux. Ils saisirent alors la High Court of Justice d'Irlande du Nord à l'encontre de Ministère de la Défense britannique. Cette procédure ne déboucha sur rien et l'affaire fut rayée du rôle en 1991.

Les requérants décidèrent donc de porter l'affaire devant la Commission pour violation par le Royaume-Uni de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La Commission leur donna tort. L'affaire fut enfin transmise à la Grande chambre de la Cour.

⁹⁶⁰ CEDH, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995.

Selon Jean-Pierre Marguénaud, c'est cet arrêt « *qui a fait la première application marquante de l'article 2 en se prononçant sur le concept de « recours à la force absolument nécessaire* »⁹⁶¹

C'est aussi la raison pour laquelle il est indispensable de l'analyser ici. Il est vrai qu'à la lecture des faits on s'aperçoit que bien que le conflit en Irlande du Nord ait certainement pu être considéré comme un conflit armé interne au moins par moment, les faits précisément en cause se rapportent plutôt à une opération de police à laquelle les membres des forces armées britanniques ont pris part. L'intérêt de cette décision, c'est donc l'analyse par la Cour des conditions exigées pour qu'un recours à la force meurtrière par l'Etat soit considéré comme légal et conforme à l'article 2 paragraphe 2 de la Convention qui organise les dérogations possibles à cet article. La Cour rappelle qu'en raison de la nature fondamentale de l'article 2 toute dérogation doit être interprétée de manière étroite.⁹⁶²

Elle introduit ensuite son développement sur le recours à la force par un paragraphe qui sera repris dans toutes les décisions sur ce thème rendues par la suite.

« La Cour estime que les exceptions définies au paragraphe 2 montrent que l'article 2) vise certes les cas où la mort a été infligée intentionnellement, mais que ce n'est pas son unique objet. Comme le souligne la Commission, le texte de l'article 2, pris dans son ensemble, démontre que le paragraphe 2 ne définit pas avant tout les situations dans lesquelles il est permis d'infliger intentionnellement la mort, mais décrit celles où il est possible d'avoir "recours à la force", ce qui peut conduire à donner la mort de façon involontaire. Le recours à la force doit cependant être rendu "absolument nécessaire" pour atteindre l'un des objectifs mentionnés aux alinéas a), b) ou c) (...) A cet égard, l'emploi des termes "absolument nécessaire" figurant à l'article 2 par. 2 (art. 2-2) indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'Etat est "nécessaire dans une société démocratique" au titre du paragraphe 2 des articles 8 à de la Convention. La force utilisée doit en particulier être strictement proportionnée aux buts mentionnés au paragraphe 2 de l'article 2. »⁹⁶³

⁹⁶¹ Marguénaud Jean-Pierre, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, Paris, 3eme édition, 2005, p.58 Dans le même sens : « L'arrêt McCann, Farrell et Savage analyse, pour la première fois, de manière détaillée le second paragraphe de l'article 2 de la Convention européenne. Cette décision constitue, dès lors, un précédent et une référence pour les contrôles futurs de la légitimité des atteintes au droit de vivre par les forces de sécurité. », REITER-KORKMAZ Axelle, « Droit à la vie et répression du terrorisme », RTDH, n°26, 1996, p. 252 et s.

⁹⁶² CEDH, Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, §147

⁹⁶³ Ibidem §148 et 149

La Cour établit ici deux critères de recours légal à la force meurtrière. Le premier est un critère de proportionnalité. La force utilisée doit être proportionnée aux buts poursuivis de la défense d'autrui.

Le suivant tient plus à une question de méthode. Les autorités doivent tout faire pour réduire au maximum le recours à la force meurtrière. C'est-à-dire que cela doit avoir été inévitable, qu'il n'y avait aucune autre solution. C'est ce que signifie l'idée « *d'absolument nécessaire* ». ⁹⁶⁴

La Cour indique aussi que lorsqu'elle évalue le respect de l'article 2 dans le cadre d'un recours à la force meurtrière elle se doit d'aller plus loin que la simple analyse des actes ayant conduit aux décès d'individus protégés.

« Reconnaissant l'importance de cette disposition (art. 2) dans une société démocratique, la Cour doit se former une opinion en examinant de façon extrêmement attentive les cas où l'on inflige la mort, notamment lorsque l'on fait un usage délibéré de la force meurtrière, et prendre en considération non seulement les actes des agents de l'Etat ayant eu recours à la force mais également l'ensemble des circonstances de l'affaire, notamment la préparation et le contrôle des actes en question. » ⁹⁶⁵

En se fondant sur ces critères, la Cour conclut à la violation de l'article 2 dans son volet substantiel. Elle estime en effet que la préparation de l'opération et surtout les décisions prises n'ont pas permis une préservation optimale des vies humaines, et qu'au regard des éléments portés à sa connaissance il existait d'autres solutions et que compte tenu des enjeux les décideurs auraient dû faire montre d'une plus grande prudence.

« Dans ce contexte, pour s'acquitter de leur obligation de respecter le droit à la vie des suspects, les autorités se devaient d'évaluer avec la plus grande prudence les informations en leur possession avant de les transmettre à des militaires qui, lorsqu'ils se servent d'armes à feu, tirent automatiquement pour tuer. » ⁹⁶⁶

Puisque causer la mort est autorisé, il faut donc encadrer cette autorisation. Un encadrement qui passe, on le voit, par des exigences très proches des exigences que pose le droit international humanitaire dans le domaine de la conduite des hostilités. Dans cette affaire, il est vrai que les circonstances ne sont pas clairement celles d'un conflit armé. Mais la Cour utilisera les mêmes critères dans des circonstances de conflit moins discutables.

⁹⁶⁴ Ibidem, entre autres §148 et s., 194 et s.

⁹⁶⁵ Ibidem, § 150

⁹⁶⁶ Ibidem, § 211

Dans l'affaire Ergi contre Turquie⁹⁶⁷, la Cour reprend les bases établies dans l'arrêt Mc Cann et développe l'obligation de précautions dans l'attaque notamment en ce qui concerne la manière de mener l'opération mais également les moyens mis en œuvre.⁹⁶⁸

La Cour précise ainsi au paragraphe 79 de son arrêt :

« A la lumière des considérations qui précèdent, la Cour estime comme la Commission que la responsabilité de l'Etat n'est pas uniquement engagée dans les cas où des preuves significatives montrent que des tirs mal dirigés d'agents de l'Etat ont provoqué la mort d'un civil ; elle peut aussi l'être lorsque lesdits agents n'ont pas, en choisissant les moyens et méthodes à employer pour mener une opération de sécurité contre un groupe d'opposants, pris toutes les précautions en leur pouvoir pour éviter de provoquer accidentellement la mort de civils, ou à tout le moins pour réduire ce risque. »

2. Interdiction des armes et des attaques à effets indiscriminés, la mise en cause des bombardements aveugles.

L'interdiction d'avoir recours à des armes dont les effets sont indiscriminés et l'obligation de discrimination dans l'attaque ont été plus spécialement évoquées dans le cadre de deux affaires introduites contre la Russie dans le cadre du conflit de la fin des années 1990 en Tchétchénie.

Une première affaire, Issaïeva c. Russie⁹⁶⁹, porte sur le bombardement de la ville de Katyr-Yurt le 4 février 2000. La requérante, Mme Zara Admovna Issaïeva et sa famille ainsi que quelques voisins décidèrent de fuir à bord d'un minibus après avoir été prévenus que les militaires organisaient un couloir humanitaire pour les civils. A peine sortie de la ville, ils furent bombardés et le fils et les trois nièces de la requérante décédèrent.

« La requérante soutient que le bombardement fut effectué de manière aveugle et que les militaires fédéraux utilisèrent des armes lourdes frappant sans discrimination, telles des bombes aériennes

⁹⁶⁷ CEDH, Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998.

Dans cette affaire, la Cour est amenée à se prononcer sur des faits s'étant effectivement déroulés dans une situation que l'on peut considérer comme un conflit armé interne. Le 29 septembre 1993⁹⁶⁷, dans un village kurde situé dans une zone d'activité du PKK, au creux d'une cuvette, une jeune femme, la sœur du requérant trouva la mort au cours d'une fusillade opposant les forces du gouvernement au PKK. Une enquête très sommaire fut menée par les autorités turques, qui conclurent que la balle venait du PKK et qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre les investigations plus loin, bien que les données aient été à la fois insuffisantes et floues. Le requérant contacta une association qui se consacre à la protection des droits de l'homme, et envoya une requête à la Commission sur les fondements de l'article 2, 8, 13, 14 et 18. L'année 1993 marque le début d'une période de flambée des hostilités dans le conflit opposant le parti indépendantiste kurde du PKK au gouvernement turc. Les faits qui sont à l'origine de l'affaire sont donc en lien direct avec ce conflit.

⁹⁶⁸ Ibidem, §79

⁹⁶⁹ CEDH, Issaïeva c. Russie, 24 février 2005.

lourdes et des lance-roquettes multiples. Au total, plus de 150 personnes, dont beaucoup de déplacés internes, auraient perdu la vie au village pendant le bombardement. »

En sus, lorsque la requérante rentra enfin chez elle, elle découvrit que sa maison avait été pillée et une partie de ses biens détruits.

Comme elle l'avait déjà affirmé dans l'arrêt McCann, il ne suffit pas que le recours soit légitime *in abstracto* pour satisfaire aux obligations posées par l'article 2 de la CESDH.

Il faut en effet que toutes les précautions soient prises afin de protéger la vie humaine.

En l'occurrence ici des failles dans l'opération apparaisse tant dans la préparation et la prévention que dans le déroulement de l'attaque.

Elle insiste toujours sur l'obligation de précaution dans l'attaque et cette affaire lui donne l'occasion d'évoquer non plus les seuls méthodes mais aussi les moyens de combat, à savoir l'armement utilisé.

La Cour emploie largement le vocabulaire et les concepts du droit humanitaire sans y faire jamais de référence directe. Ainsi parle-t-elle toujours de protection des civils, évoque-t-elle les dommages collatéraux sans les mentionner explicitement. Elle exige qu'ils soient le plus limités possible ce qui indique qu'elle admet implicitement qu'ils existent.

Dans cet arrêt, c'est donc particulièrement le choix des moyens de combat eut égard aux circonstances générales qui va justifier pour une grande partie la décision de la Cour de considérer qu'il y a eu violation de l'article 2 dans son volet substantiel.

La Cour va expliquer ce qui suit :

« La Cour juge évident que lorsque les militaires envisagèrent le déploiement d'avions équipés d'armes de combat lourdes dans un secteur habité ils avaient le devoir de se pencher également sur les risques que semblable méthode emporte inévitablement. [...] Même confrontés à une situation où, comme l'affirme le Gouvernement, la population du village avait été prise en otage par un important groupe de combattants bien équipés et bien entraînés, les concepteurs de l'opération auraient dû se fixer comme objectif essentiel de protéger la vie des civils contre toute violence illégale. L'utilisation massive d'armes frappant sans discrimination est aux antipodes de cet objectif et ne saurait être jugée compatible avec les exigences de précaution qui doivent être observées dans le cadre d'une opération de cette nature impliquant l'usage de la force létale par des agents de l'Etat. »

Clairement donc, la Cour sanctionne le choix des moyens de combat dont elle juge les effets indiscriminés.

Il faut toutefois noter un passage un peu ambigu de l'arrêt qui illustre assez bien la position de la Cour vis-à-vis du droit humanitaire.

« La Cour considère que l'utilisation de ce type d'armes dans une zone habitée hors temps de guerre et sans évacuation préalable des civils est inconciliable avec le degré de précaution requis de tout organe d'application de la loi dans une société démocratique. »

Cette phrase laisse un peu pensif. Pour commencer, un tel bombardement d'un village tenu soit disant par des rebelles tchéchènes en fait clairement une opération prenant place dans le cadre d'un conflit armé. On peut admettre qu'il n'y ait pas de guerre en effet, puisqu'il n'y a pas de déclaration officielle et que de toute manière il s'agit d'un conflit interne. Cependant, même dans une période de guerre, de tels actes auraient été sanctionnables en vertu du droit humanitaire. A force de vouloir éviter d'y faire référence en estimant qu'il ne relève probablement pas de son champ de compétence, la Cour en vient à introduire des incongruités basées sur une fiction juridique un peu trouble. Elle insiste en effet sur l'idée que les faits prennent place en temps de paix ce qui n'est évidemment pas le cas. On a vu pourquoi. Mais une telle approche comporte malheureusement son lot d'incohérences.

Dans la deuxième affaire, Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva⁹⁷⁰, la Cour se trouve confrontée au bombardement d'un convoi de civils dans lequel se trouvaient également des véhicules de la Croix rouge tchéchène dûment identifiés. La Russie justifiait cette attaque par la présence d'un ou deux camions transportant des combattants tchéchènes qui auraient fait feu en premier.

Dans un premier temps la Cour démontre que tous les éléments attestant de l'annonce de la création d'un couloir humanitaire le 29 octobre, de l'accumulation de véhicules à cet endroit, des effets des bombardements ne sont guère contestables et que le Gouvernement ne pouvait pas ne pas en avoir connaissance.

Puis, elle affirme que, compte tenu du risque très élevé d'attenter à la vie et à l'intégrité physique de très nombreuses personnes civiles, les autorités militaires russes auraient dû préparer leur opération de manière à épargner le maximum de vies humaines ce qui n'a pas été le cas au vu du choix de l'armement.

« Quelles que soient les cibles qu'ils pensaient atteindre, les militaires ont utilisé un armement extrêmement puissant. Selon les conclusions de l'enquête interne, douze missiles S-24 air-sol non guidés ont été tirés, soit une pleine charge de six par avion. Lorsqu'il explose, chaque missile se fragmente en plusieurs milliers d'éclats d'obus et son champ d'impact dépasse 300 mètres (et

⁹⁷⁰ CEDH, Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva contre Russie, 24 février 2005.

pourrait même atteindre 600-800 mètres, si l'on en croit certains documents – paragraphes 30 et 88 ci-dessus). Il y a donc eu plusieurs explosions sur une portion relativement courte d'une route remplie de véhicules. Toute personne se trouvant sur la route à ce moment-là était en danger de mort. »⁹⁷¹

Dans ce paragraphe, la Cour semble suggérer que l'armement utilisé, en plus d'avoir été disproportionné par rapport au but à atteindre et d'avoir clairement eu un effet indiscriminé, aurait eu des caractéristiques de nature à soit rendre la mort inévitable soit causer des maux superflus. Elle ne l'exprime pas comme telle mais c'est ce que laisse entrevoir la dernière phrase du paragraphe.

Ces deux affaires tchéchènes posent ainsi clairement l'obligation pour les Etats de planifier leurs opérations militaires en tenant compte du risque de blesser ou tuer des civils et de faire en sorte de respecter le principe de discrimination dans l'attaque, de distinction entre les civils et combattants autant que faire se peut et d'utiliser un armement approprié et proportionné au but poursuivi.

A l'égard de ces deux affaires, on doit remarquer que la Cour dans le cadre évident d'un conflit armé, n'interroge pas la légitimité du recours à la force. A la lecture de l'ensemble des arrêts portant sur la question on ne peut que trouver que la Cour est en général plutôt clémentine sur le recours lui-même. Elle ne tient guère semble-t-il à s'interroger, en tout cas en profondeur, sur la nécessité d'un tel recours. Elle paraît indiquer qu'elle estime que les Etats sont sans doute les plus à même de juger de cette nécessité.

Par conséquent, si l'opération elle-même n'était pas illégale, il faut se retourner vers les conditions dans lesquelles elle a été menée.

Ce que l'on remarque ici, c'est que « *la Cour applique pratiquement le même raisonnement à toutes les situations, qu'il s'agisse d'une opération anti-terroriste destinée à arrêter les préparateurs d'un attentat (McCann), d'une attaque armée contre un village où se sont réfugiés des militants armés du PKK (Ergi) ou de la conduite des hostilités dans ce qu'on peut considérer comme un conflit armé interne (Issaïeva 1 et 2)* ». ⁹⁷² Bien que de ce point de vue, Cordula Droege souligne, à juste titre, que sa jurisprudence présente des nuances entre les situations proches d'opérations de police dans lesquelles elle est plus exigeante sur la nécessité du recours à la force létale et les situations d'affrontements armés entre les forces de l'Etat et des groupes armés, dans lesquelles elle ne remet

⁹⁷¹ Ibidem, §195

⁹⁷² ⁹⁷² Guellali Amna, « *Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés* », RGDIP, 2007, n°3, p.553

pas en question le droit de l'Etat d'avoir recours à la force, y compris meurtrière, mais où ses exigences se rapprochent plus de celle du droit international humanitaire.⁹⁷³

Son argumentation repose toujours sur l'admission que le recours à la force était justifié, même quand les faits pourraient laisser penser le contraire, mais que les conditions pour qu'un tel recours reste légal n'ont pas été respectées. A partir du critère initial de l'obligation de proportion de l'attaque au but poursuivi, elle impose une obligation de précaution dans l'attaque et se prononce sur le choix des moyens utilisés pour mener cette attaque. Elle développe une jurisprudence clairement axée sur la conduite des hostilités en sanctionnant les manquements à des critères qu'elle semble établir elle-même mais qui en réalité font largement écho au droit humanitaire.

B. L'obligation de poursuivre les violations commises.

Les Conventions de Genève de 1949 précisent toutes que « chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes. »⁹⁷⁴

Or, la Cour européenne des droits de l'homme a de son côté, depuis plusieurs années, construit une jurisprudence autour d'exigences procédurales. Elle estime que les droits prévus par la convention sont constitués d'un volet substantiel, classique, et d'un volet procédural plus novateur⁹⁷⁵.

C'est ce dernier volet, parce qu'il impose la conduite d'une enquête effective, qui nous semble de nature à rejoindre les dispositions relatives aux poursuites pénales des crimes de guerre.

Lorsque les faits en cause relèvent en fait d'infractions graves aux conventions de Genève, ils sont normalement également couverts par les articles 2 ou 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Les exigences de la Cour et celle du droit international

⁹⁷³ DROEGE Cordula, « Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ? », RICR, n°871, septembre 2008.

⁹⁷⁴ Articles 49 CG I, 50 CG II, 129 CG III, 146 CG IV.

⁹⁷⁵ Pour plus d'éléments sur cette question : DUBOUT Edouard, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, n°70, 2007, p. 397 et s.

humanitaire coïncident donc. L'intérêt en ce cas de la jurisprudence de la Cour c'est d'offrir un complément détaillé sur la nature des démarches attendues.

Dans une jurisprudence très fournie débutée avec l'arrêt *Mc Cann*, la Cour a posé les conditions suivantes pour que les obligations procédurales d'un Etat soient remplies. Toute violation alléguée d'un droit protégé par la Convention doit faire l'objet d'une enquête officielle et effective de nature à permettre des poursuites pénales le cas échéant. Les autorités doivent agir dès qu'elles ont connaissance des faits allégués et ne doivent pas laisser aux proches le soin de déclencher les procédures. Les personnes chargées de l'enquête doivent être indépendantes, cette indépendance s'analyse tant au niveau des relations hiérarchiques ou institutionnelles que sur un plan concret. Dans le cas d'un recours à la force, l'enquête doit permettre de démontrer que l'usage de la force était bien justifié. Les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables pour assurer l'obtention des preuves relatives au fait en question. Célérité et diligence raisonnable sont également attendues.⁹⁷⁶

Naturellement, la Cour opère toujours un examen *in concreto* et elle prend en compte le contexte de l'affaire, les difficultés particulières d'une situation etc. La Cour explique par exemple dans l'arrêt *Jaloud c. Pays-Bas* qu'elle « est disposée à prendre en compte de manière raisonnable les conditions relativement difficiles dans lesquelles les militaires et les enquêteurs néerlandais ont dû travailler. »⁹⁷⁷ Cependant, une situation complexe voire dangereuse n'absout pas pour autant les autorités si elles se sont manifestement montrées négligentes et qu'il aurait été aisément possible de mener une enquête plus efficace ou plus approfondie.

On a pu observer depuis quelques années maintenant un rapprochement entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme qui n'existait pas à l'origine de ces deux droits. Les raisons en sont certainement variées et tiennent probablement au développement d'approches globalisantes telles que la sécurité humaine qui dépassent les anciens clivages dans une logique plus pragmatique de maximisation de la protection des personnes.

Ceci tient sans doute aussi au fait que les conflits étant de plus en plus souvent internes, la place du respect des droits de l'homme y est nettement plus importante que dans les conflits internationaux.

⁹⁷⁶ Voir par exemple dans le contexte d'un conflit armé les arrêts suivants : *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998 ; *Khachiev et Akaïeva c. Russie*, 24 février 2005 ; *Al Skeini c. Royaume-Uni* 7 juillet 2011.

⁹⁷⁷ CEDH , *Jaloud c. Pays-Bas*, 20 novembre 2014.

Si les passerelles sont nombreuses dans le contexte régional, les Cours régionales de protection des droits de l'homme ont aussi un rôle à jouer dans ce rapprochement d'une part et d'autre part dans la protection des règles matérielles ou des grands principes du droit international humanitaire. Leur approche du droit international humanitaire n'est pas identique. La Cour interaméricaine des droits de l'homme est par exemple plus ouverte sur ce point que la Cour européenne.

L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme est intéressant dans la mesure où elle tente de définir les prémices d'un code de conduite dans les conflits armés dont elle assure le respect, dans un cadre juridique qui ne s'y prêtait pas.

Sans qu'il s'agisse là d'une panacée, dans la mesure où la Cour est limitée par son statut et où elle a pu adopter des positions ambiguës ou contradictoires, voire même contraires au droit humanitaire positif⁹⁷⁸, cette initiative régionale nous apparaît être un vecteur intéressant du respect du droit international humanitaire et de la lutte contre l'impunité.

Ce développement jurisprudentiel illustre également une tentative d'adaptation dans un contexte relativement contraint puisque la Cour doit « appliquer un texte dont le sens a été fixé au fil des ans par des méthodes d'interprétation de plus en plus sophistiquées mais dans et pour des situations de paix. »⁹⁷⁹

Les défenseurs de ce droit devraient sans doute toujours faire feu de tout bois et ignorer un tel apport et la force morale et juridique dont il est doté reviendrait à se priver d'un outil intéressant.

⁹⁷⁸ On rappellera ici notre longue analyse des arrêts *Kononov c. Lettonie*.

⁹⁷⁹ TIGROUDJA Hélène, « La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie », RTDH, n°65, 2006, p. 112 et s.

CHAPITRE II : Promouvoir l'esprit humanitaire auprès des acteurs impliqués dans le conflit.

Même si certains remettent en cause l'adaptation des règles du droit international humanitaire aux conflits contemporains, il nous semble qu'il ne s'agit que d'un faux problème. Certaines règles de détail ne correspondent sans doute plus aux réalités actuelles, mais si c'était ce type de règles qui était violé, ce ne serait finalement pas si grave.

Les violations dont il est question tous les jours concernent les grands principes du droit humanitaire, ceux-là même qui rejoignent les droits de l'homme inderrogeables. Il n'est pas question de pouvoir les adapter, les supprimer ou en adopter d'autres. Ils sont le résultat d'un long cheminement pour faire reconnaître qu'il y a de seuils à ne pas dépasser dans la violence, que certains actes sont intolérables, tout retour en arrière ne peut pas paraître souhaitable aussi relativiste que l'on peut être.

L'enjeu principal n'est donc pas de créer de nouvelles règles pour de nouvelles circonstances, qui n'ont de nouveau que le nom, mais bien de toujours travailler à améliorer le respect et l'application du droit international humanitaire, par tous les moyens envisageables. C'est ce qui a justifié l'émergence et le développement de la diplomatie humanitaire, outil indispensable pour inciter les acteurs armés d'un conflit à appliquer le droit international humanitaire (Section 1). C'est aussi ce qui nous incite à proposer d'aller au-delà du droit et de travailler à la diffusion de valeurs propices à son respect (Section 2).

Section 1. Diplomatie humanitaire : la culture du résultat.

En matière de protection des personnes dans les conflits armés, l'action des ONG apparaît aujourd'hui toujours plus importante aux côtés de celles des Etats. Leurs efforts pour accéder aux populations, les négociations qu'elles mènent directement auprès des parties au conflit et les résultats obtenus ne peuvent plus être ignorés. Aujourd'hui, « *cette diplomatie alternative constitue une réalité mieux admise. Elle s'est structurée, use de techniques éprouvées, et est servie par des personnels compétents, généralement animés de convictions fortes.* »⁹⁸⁰

⁹⁸⁰ RYFMAN Philippe, « *L'action humanitaire non gouvernementale : une diplomatie alternative ?* », Politique étrangère, 2010/3 p. 565-578.

La diplomatie humanitaire se distingue, à notre avis, de la nouvelle diplomatie que nous avons abordée rapidement dans la première partie⁹⁸¹, en ce qu'elle reste indépendante de la diplomatie étatique. Elle fonctionne en parallèle et poursuit le plus souvent des buts différents. Son but unique, quelles que soient l'organisation qui la met en œuvre, est d'obtenir l'allègement de la souffrance humaine. Elle est au service des personnes touchées par les violences inhérentes aux conflits armés.

Pour mieux comprendre ce phénomène, principal rouage de l'action humanitaire, il convient de s'intéresser au concept lui-même (§1) et aux différents acteurs et plus particulièrement à un acteur majeur de cette discipline, le CICR (§2).

§1. Formalisation des pratiques en un seul concept et mises en œuvre variées.

Comme nous allons le voir, la diplomatie humanitaire n'est pas un concept aux contours parfaitement définis et il peut être un peu délicat de tenter de le figer dans une approche unique et unifiée dans la mesure où il recouvre un ensemble de pratiques assez variées (I). De plus, chaque organisation humanitaire développe sa propre diplomatie humanitaire, ses propres lignes directrices en fonction du mandat qu'elle s'est fixé et des convictions dont elle se veut porteuse. Il nous faut donc simplement tenter ici de tracer une esquisse du phénomène (II).

I. Diplomatie humanitaire : un concept ouvert.

Le concept de diplomatie humanitaire est assez récent même si les activités qu'ils recouvrent ne le sont pas toutes. Il n'y a donc pas aujourd'hui de définition précise et communément acceptée que l'on pourrait simplement utiliser ici (A). De plus, dans certains articles ou lignes directrices de comportement développées par les organismes humanitaires, il est parfois plutôt fait référence seulement à la notion de négociations humanitaires (B).

A. Définitions.

A l'origine du concept on trouve deux domaines de l'action internationale la diplomatie et l'humanitaire qui sans être hermétiques l'un à l'autre ne sont pas non plus systématiquement liés.

L'humanitaire pris dans un sens large, sans distinction entre la protection et l'assistance, ou entre le conflit armé et la catastrophe naturelle ou accidentelle, nous semble pouvoir être entendu

⁹⁸¹ Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, §1, I, B. «L'émotion canalisée par la société civile : des exemples de campagne. »

comme toute chose « *qui s'attache à soulager l'humanité souffrante, à venir en aide aux hommes dans le besoin, dans la détresse.* »⁹⁸²

De son côté, le terme diplomatie peut désigner plusieurs réalités plus ou moins étroites. Le dictionnaire de droit international public dirigé par Jean Salmon retient une définition donnée à l'origine par le Dictionnaire de droit international public et privé de Charles Calvo qui se lit comme suit :

« *La diplomatie est la science des relations qui existent entre les divers Etats, telles qu'elles résultent de leurs intérêts réciproques, des principes du droit international et des stipulations des traités ou des conventions* »⁹⁸³. Cette définition nous semble recouvrir ce qu'il est généralement entendu par diplomatie dans un sens classique, mais reste très éloigné de l'idée que l'on peut se faire de l'humanitaire.

Le dictionnaire des mondialisations dirigé par Cynthia Ghorra-Gobin adopte une définition de base plus ouverte en considérant que la diplomatie est constituée de « *l'ensemble des processus formels ou informels qui régissent les processus de communication et de négociations internationaux* »⁹⁸⁴.

De ce point de vue, il est plus facile de réconcilier diplomatie et humanitaire. Et en effet, dans la logique des utilisateurs de ce concept, l'idée clef est celle de négociations. Les acteurs de l'humanitaire, tout autant que les diplomates, doivent constamment négocier avec tous les autres acteurs impliqués dans les situations dans lesquelles ils interviennent. C'est pourquoi toutes les définitions de la diplomatie humanitaire insistent sur ce point.

Larry Minear et Hazel Smith donnent une des définitions les plus larges de la diplomatie humanitaire dans l'introduction de leur ouvrage *Humanitarian Diplomacy: Practitioners and their craft* :

« *[Humanitarian diplomacy encompass[es] the activities carried out by humanitarian organizations to obtain the space from political and military authorities within which to function with integrity. These*

⁹⁸² Définition donnée par le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, <http://www.cnrtl.fr/definition/humanitaire>

⁹⁸³ SALMON Jean (dir.), « *Diplomatie* », Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Universités Francophones, Bruxelles, 2001, p. 341.

⁹⁸⁴ GHORRA-GOBIN Cynthia (dir.), « *Diplomatie* », Dictionnaire des mondialisations, Armand-Colin, Paris, 2007, p. 109.

activities comprises such efforts as arranging for the presence of international humanitarian organizations and personnel in a given country, negotiating access to civilian populations in need of assistance and protection, monitoring assistance programmes, promoting respect for international law and norms, supporting indigenous individuals and institutions, and engaging in advocacy at a variety of levels in support of humanitarian objectives. Humanitarian diplomacy involves activities carried out by humanitarian institutions and personnel, as distinct from diplomacy exercised by traditional diplomats, even in support of humanitarian activities. »⁹⁸⁵

Pour Michel Veuthey la diplomatie humanitaire « *peut être comprise comme des contacts discrets ou publics de Gouvernement et d'organisations humanitaires avec d'autres Gouvernement et avec des entités de la société civile pour :*

- *avoir accès aux victimes afin d'évaluer leur situation et l'ampleur et la nature des besoins ;*
- *faire accepter aux différents acteurs l'assistance et la protection qui seraient nécessaires ;*
- *négoier des facilités d'accès aux populations sinistrées pour le personnel humanitaire ;*
- *négoier des facilités douanières et fiscales pour les secours et pour le matériel des organisations humanitaires ;*
- *assurer la sécurité et le statut du personnel expatrié et local ;*
- *négoier des garanties de sécurité pour la population civile et pour les autres bénéficiaires de l'action humanitaire ;*
- *coordonner l'action humanitaire ou, au moins, assurer une concertation entre organisations humanitaires et autorités ;*
- *promouvoir la codification, la ratification, l'application, la mise en œuvre du droit humanitaire au sens large. Cette notion inclut le droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, le droit des migrants, les droits de l'homme, la protection des personnes déplacées dans leur propre pays.* »⁹⁸⁶

Ces deux définitions un peu longues ont le mérite d'être très détaillées et d'englober tous les aspects que peut prendre la diplomatie humanitaire. Les activités précises concernées ainsi que la manière de les conduire vont cependant grandement varier d'une organisation à une autre⁹⁸⁷. En effet, certaines organisations se concentrent essentiellement sur l'assistance humanitaire et auront

⁹⁸⁵ MINEAR Larry and SMITH Hazel (dir.), *Humanitarian Diplomacy: Practitioners and Their Craft*, United Nations Press, Tokyo, 2007, p. 1.

⁹⁸⁶ VEUTHEY Michel, « *Diplomatie humanitaire : Préserver les chances de la diplomatie humanitaire au moment où elle est la plus nécessaire* », *Diploweb.com La revue géopolitique*, 2 octobre 2011.
<http://www.diploweb.com/Diplomatie-humanitaire.html#nh2>

⁹⁸⁷ REGNIER Philippe, « *The emerging concept of humanitarian diplomacy : identification of a community of practice and prospects for international recognition* », *RICR*, vol. 93, n°884, décembre 2011, p. 1213.

surtout besoin d'accéder aux populations pour pouvoir leur apporter leur aide matérielle, d'autres au contraire orientées vers la protection et le respect des droits vont surtout développer une activité de médiatisation et de dénonciation des violations, certaines confessionnelles, poursuivront des buts prosélytes etc. Le caractère international de la diplomatie humanitaire n'est pas non plus systématique. On peut aisément concevoir une situation dans laquelle une organisation locale négocie avec les autorités locales l'accès aux personnes protégées.

Comme nous le faisons remarquer, l'élément clef de ces définitions c'est l'idée qu'afin de mener leurs activités à bien les organisations humanitaires sont contraintes de négocier en permanence avec les autorités en place qu'elles soient gouvernementales ou pas, officielles ou clandestines.

B. Les négociations humanitaires.

Les définitions données des « négociations humanitaires » recourent presque entièrement celles de la « diplomatie humanitaire ».

La définition proposée par le guide des négociations humanitaires produit par le Centre for Humanitarian Dialogue illustre parfaitement ce point. Les auteurs, Deborah Mancini-Griffoli et André Picot⁹⁸⁸ considèrent que les négociations humanitaires visent à assurer la protection impartiale et l'assistance en faveur des civils affectés par les conflits armés et les personnes hors de combat comme le prescrivent le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit des réfugiés. Ils distinguent quatre caractéristiques des négociations humanitaires. Elles sont menées par des acteurs humanitaires institutionnels ou non ; les objectifs qu'elles poursuivent sont de nature humanitaire (accès aux populations, protection, assistance...) ; elles prennent place dans un contexte de conflit armé interne ou international ; et elles se déroulent entre lesdits acteurs humanitaires et les parties au conflit.⁹⁸⁹

Les différences sont minimes et il est difficile de discerner les deux concepts.

Toutefois, on peut sans doute avancer que dans la mesure où les activités de diplomatie humanitaire englobent celles de plaidoyer et de dénonciation qui nous semblent sortir du champ

⁹⁸⁸ MANCINI-GRIFFOLI Deborah et PICOT André, *Humanitarian negotiation : a handbook for securing access, assistance and protection for civilians in armed conflict*, Centre for Humanitarian Dialogue, Genève, 2004, p. 19.

⁹⁸⁹ Dans le même sens : « Humanitarian negotiations have been defined as negotiations undertaken by civilians engaged in managing, coordinating and providing humanitarian assistance and protection for the purposes of ensuring the provision of humanitarian assistance and protection to vulnerable populations ; preserving humanitarian space : and promoting respect for international law. »

McHUGH Gerard, SINGH Simar, « *Preserving the integrity of humanitarian negotiations* », *Humanitarian Exchange*, n°58, Juillet 2013, p. 3.

des négociations, les négociations humanitaires constituent un élément de la diplomatie humanitaire plutôt que leur exact synonyme.

Tous les acteurs humanitaires sont confrontés à cette obligation de négociations. Elles sont indispensables du début à la fin de l'intervention humanitaire et quelle que soit sa nature.

La première étape et souvent la plus complexe⁹⁹⁰ est d'obtenir l'accès aux personnes protégées. L'enjeu est majeur puisque sans cet accès, il n'y a pas de mission. Accéder aux personnes protégées implique de développer des contacts avec toutes les parties au conflit, y compris aujourd'hui les acteurs armés non-étatiques.

Or il n'est pas de contexte dans lequel cet accès n'a pas posé problème.

Il existe de multiples facteurs qui rendent impossible de négocier l'accès aux personnes protégées tant auprès des gouvernements officiels qu'auprès des groupes armés.

Deborah Mancini-Griffoli et André Picot notent que la première difficulté majeure tient au fait que pour négocier, il faut avoir un partenaire qui espère obtenir quelque chose de la négociation. Dans certains cas, les parties au conflit ne sont tout simplement pas intéressées par l'intervention des organisations humanitaires, voire même y sont farouchement opposées.⁹⁹¹ MSF n'a par exemple, jamais obtenu en quatre ans l'autorisation officielle du gouvernement syrien de travailler dans le pays malgré des besoins criants.⁹⁹² Il faut donc parvenir à dépasser ce premier blocage avant même d'envisager quoique ce soit d'autre.

Cette étape franchie, d'autres obstacles se dressent sur la route des négociateurs. Gerard McHugh et Simar Singh soulignent plusieurs autres embûches⁹⁹³. L'impartialité et la neutralité des acteurs humanitaires doit être indiscutable et apparaître comme telle, du point de vue des parties au conflit et des bénéficiaires. Dans certains cas, les agents locaux sont considérés comme des espions à la solde de l'un ou l'autre adversaire comme le rapporte Jonathan Loeb au sujet du Darfour.⁹⁹⁴

⁹⁹⁰ En ce sens : MANCINI-GRIFFOLI Deborah et PICOT André, *Humanitarian negotiation : a handbook for securing access, assistance and protection for civilians in armed conflict*, Centre for Humanitarian Dialogue, Genève, 2004, p. 19.

⁹⁹¹ Ibidem, p. 23

⁹⁹² MSF, « Dossier Crise syrienne », 5 octobre 2016. <http://www.msf.fr/actualite/dossiers/urgence-syrie>

⁹⁹³ McHUGH Gerard, SINGH Simar, « *Preserving the integrity of humanitarian negotiations* », *Humanitarian Exchange*, n°58, Juillet 2013, p.2 et S.

⁹⁹⁴ « The main point of contention during negotiation of the 'ground rules' was the rebels' demand to vet all national staff entering their territory because the rebels believed that many national staff were government spies. »

LOEB Jonathan, « The disappearance of cross-line aid in Darfur, Sudan », *Humanitarian Exchange*, n°58, Juillet 2013, p. 20.

Les origines du financement de certaines aides peuvent poser problème et conduire la remise en cause d'une mission. Dans le cas de l'Afghanistan, par exemple, l'aide humanitaire peut être fournie par les pays membres de l'OTAN. De ce fait, même si elle est distribuée par une organisation indépendante et neutre, elle peut être mal acceptée⁹⁹⁵.

Les négociations humanitaires sont parfois perçues comme liées aux négociations politiques et la réussite des secondes conditionnent alors celle des premières.

Même si juridiquement négocier avec des groupes armés non-étatiques ne leur confère aucun statut juridique particulier au-delà d'être une partie au conflit. Certains groupes utilisent les négociations humanitaires pour asseoir leur légitimité. Antonio Galli explique ainsi que c'est le cas du Hamas lorsqu'il négocie le droit d'accès à la bande de Gaza⁹⁹⁶.

Discuter avec des groupes armés considérés comme terroristes est aussi devenu plus délicat dans le cadre de la lutte contre le terrorisme puisque dans certains cas, les négociations elles-mêmes sont criminalisées ou l'aide des pays donateurs conditionnée au respect d'une interdiction de contact avec tel ou tel groupe. Or, cette nouvelle donnée conduit à l'abandon de certaines populations entièrement placées sous le contrôle de tels groupes.⁹⁹⁷

Malgré toutes ces difficultés les négociations humanitaires sont la clef de toute action humanitaire en faveur des personnes protégées, y compris les actions en faveur de la promotion du droit international humanitaire. Elles sont indispensables et inévitables.

Réussies, elles peuvent permettre la mise en place d'actions efficaces en faveur du respect du droit ainsi que nous allons l'illustrer maintenant.

II. Mise en œuvre de la diplomatie humanitaire par les ONG.

Dans le cadre de cette thèse, on s'intéressera essentiellement à la diplomatie humanitaire dont le but est d'assurer le respect du droit des conflits armés et de ce fait plus spécifiquement aux activités du CICR en ce sens (B). Cependant, avant de s'intéresser à cette vénérable institution, nous nous tenterons de présenter les travaux de plusieurs organisations non-gouvernementales qui ont depuis plusieurs années mènent des activités en lien avec les conflits armés et qui participent de ce fait aux efforts faits en vue d'améliorer son respect (A).

⁹⁹⁵ JOHNSTONE Harry, « Humanitarian negotiations in Afghanistan: WFP's experience », *Humanitarian Exchange*, n°58, Juillet 2013, p. 15 et s.

⁹⁹⁶ GALLI Antonio, « Negotiating humanitarian access with Hamas in Gaza », *Humanitarian Exchange*, n°58, Juillet 2013, p. 17 et s.

⁹⁹⁷ MACKINTOSH Kate, MACDONALD Ingrid, « Counter-terrorism and humanitarian action », *Humanitarian Exchange*, n°58, Juillet 2013, p. 21 et s.

A. Etablissement des faits et lobbying.

Plusieurs associations spécialisées ou non dans la protection des droits humains⁹⁹⁸ ont développé des politiques de dénonciation très virulentes, un travail d'établissement des faits incontestable et des activités de lobbying auprès des gouvernements.

Ces activités ne se limitent pas aux seuls conflits armés, mais elles font un travail exceptionnel et reconnu de sensibilisation des populations aux drames de la guerre.

Cette présentation vise à illustrer le travail d'enquête, de témoignage et de mobilisation mené par ces organisations. En matière d'enquête et de témoignage, on s'attachera plus particulièrement à présenter Human Rights Watch, alors qu'on s'attardera sur les actions d'Amnesty International dans le cadre de la mobilisation de l'opinion publique mondiale.

La distinction est ici un peu factice dans la mesure où les ONG de plaidoyers fonctionnent toutes sur le même modèle : d'une part établir les faits, d'autre part les dénoncer.

Mais il nous semblait que Human Rights Watch se démarquait plus spécifiquement par l'ampleur de son travail d'enquête, sur lequel elle met l'accent, notamment en matière de conflit armé (sans que cela n'enlève rien à la qualité de celui d'Amnesty International), alors qu'Amnesty International a été fondée sur les campagnes de mobilisation⁹⁹⁹.

1. Human Rights Watch : Enquêter et témoigner¹⁰⁰⁰.

L'organisation Human Rights Watch est née de la création d'un réseau de plusieurs associations fondées sur le même modèle dans différentes zones du monde. La première Helsinki Watch avait été créée pour surveiller l'observance des accords d'Helsinki¹⁰⁰¹ en 1978. Elle fut

⁹⁹⁸ Formulation englobante qui recouvre l'ensemble des droits dont peuvent bénéficier les êtres humains, droits de l'homme, droit humanitaire.

⁹⁹⁹ La différence d'approche est sensible si l'on compare les deux sites web des associations. Human Rights Watch développe très précisément son travail de recherche, son approche, sa méthodologie, attachée à démontrer la valeur de ses rapports dont la publication est présentée comme un événement. De son côté, Amnesty International, tout en donnant accès aux résultats de ses recherches, présente plus visiblement que Human Rights Watch les campagnes qu'elle met en place.

¹⁰⁰⁰ L'ensemble des informations sur l'organisation proviennent de son site internet : <https://www.hrw.org>

¹⁰⁰¹ Les accords d'Helsinki sont en fait constitués de l'acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe organisée de 1973 à 1975 qui prévoit entre autres la reconnaissance de l'inviolabilité des frontières nées de la seconde Guerre mondiale, la coopération entre les pays et affirment l'obligation de respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Malgré leur nom, ces accords, considérés comme le point d'orgue de la détente durant la Guerre froide, ne sont pas juridiquement contraignant. En revanche, leur portée morale et politique est indéniable.

rapidement suivie d'une deuxième en 1981, Americas Watch fondée dans le contexte des guerres civiles ayant ravagé l'Amérique centrale à cette époque¹⁰⁰².

Cette deuxième association focalise immédiatement son travail sur le recensement des violations du droit humanitaire et leur dénonciation. D'autres suivent en Asie, en Afrique ou au Moyen-Orient, l'organisation prend le nom d'Human Rights Watch en 1988.

L'attention de l'ONG continue à se porter sur les violations du droit international humanitaire depuis même si elle élargit sa mission à l'ensemble du champ des droits humains.

Human Rights Watch se présente avant tout comme une organisation dont le but est l'établissement des faits qu'elle rend public par des rapports annuels et thématiques afin de dénoncer les violations des droits humains dans tous les contextes possibles et dans de nombreux Etats du monde¹⁰⁰³.

Le site internet de l'organisation définit la mission de l'association ainsi :

« Human Rights Watch defends the rights of people worldwide. We scrupulously investigate abuses, expose the facts widely, and pressure those with power to respect rights and secure justice. Human Rights Watch is an independent, international organization that works as part of a vibrant movement to uphold human dignity and advance the cause of human rights for all. »¹⁰⁰⁴

Une des activités les plus importantes de l'association est constituée par son travail d'enquête pour lequel elle a développé une méthodologie de recherche précise et transparente. Ses chercheurs mènent des investigations sur le terrain auprès des victimes dont ils recueillent et vérifient les témoignages.

Afin de pouvoir mener à bien ses activités, l'organisation doit cultiver des partenariats locaux et surtout être en contact avec les représentants des gouvernements en place. On est ici au cœur de l'idée de diplomatie humanitaire.

La première étape de la recherche vise à obtenir un panorama complet du contexte dans lequel les violations prennent place au niveau politique, social et culturel.

¹⁰⁰² Il s'agit des guerres civiles qui se sont déroulées des années 1960 aux années 1990 au Guatemala, Nicaragua, Salvador et au Honduras.

¹⁰⁰³ Human Rights Watch travaille actuellement dans 90 Etats.

¹⁰⁰⁴ <https://www.hrw.org/about>

Les chercheurs/enquêteurs de l'ONG doivent également qualifier les faits rapportés au regard du droit applicable, droit des droits de l'homme ou droit des conflits armés.

Il faut également qu'ils identifient les victimes et les témoins potentiels, de même que les personnes impliquées dans la commission des violations. Il leur est aussi demandé de commencer à identifier les axes de plaidoyers qui seront développés par l'association.

Enfin, il convient de tisser des liens étroits avec la société civile locale afin de favoriser les communications avec tous les partenaires locaux qui représentent souvent le seul accès à une information valable et vérifiable.

La deuxième étape porte directement sur la collecte d'informations. Elle se fait principalement auprès des victimes mais pas seulement. L'objectif est d'obtenir l'image la plus nette et la plus complète de la situation et donc d'entendre toutes les versions de l'histoire. Il faut pour cela parvenir à identifier les zones les plus touchées par les violations et dans la mesure du possible se rendre sur place. Les conditions de sécurité, en particulier lors des conflits armés, ne le permettent pas toujours.

Au-delà des seules victimes et témoins directs, HRW assoie son travail sur celui mené localement par les associations de protection des droits humains, les avocats, les journalistes, les médecins etc.

Les entretiens avec les victimes qui constituent le cœur du travail d'enquête ne sont pas menés selon une méthodologie unique mais repose sur quelques principes généraux : établir la vérité, corroborer la véracité des faits, assurer la sécurité, protéger la dignité des victimes et demeurer impartial. Le plus souvent les entretiens sont individuels et se déroulent dans des lieux permettant d'assurer leur caractère privé.

Ces entretiens sont complétés par des recherches selon le contexte sur droit local, le droit international, les orientations politiques officielles, la presse, les publications universitaires ou associatives. Les techniques scientifiques permettent également la collecte de données essentielles. L'ONG a donc recours à des recherches de médecine légale mais aussi à l'imagerie satellite pour identifier les zones détruites dans un conflit par exemple.

Bien que l'ONG tente effectivement de communiquer et d'échanger avec les auteurs ou les représentants des gouvernements visés par ses investigations, la plupart du temps ceux-ci lui opposent une fin de non-recevoir.

Les travaux de Human Rights Watch sont ensuite regroupés dans des rapports qui servent de base aux activités de plaidoyers de l'organisation. Ces rapports permettent de médiatiser les violations et de faire pression sur les auteurs, Etats ou individus. Ils sont aussi une source d'informations de qualité pour toutes les personnes ou institutions impliquées dans la protection des droits humains¹⁰⁰⁵. Comme nous l'avons déjà abordé au sujet des bombes à sous-munitions ou des mines antipersonnel, les informations recueillies peuvent servir de base à l'action des gouvernements et provoquer une prise de décision en sensibilisant les populations.

2. Amnesty International¹⁰⁰⁶ : Sensibiliser et mobiliser.

Amnesty International est née d'une campagne lancée par un avocat britannique, en 1961, Peter Benenson, qui visait à la libération de deux étudiants portugais qui avaient été emprisonnés pour avoir porté un toast à la liberté. Le fait de mener des campagnes en faveur des opprimés est donc inscrit dans l'ADN de l'association. Les premières années, c'est même l'essence de son activité. Elle lance en 1972 sa première campagne générale pour l'abolition de la torture qui participera au mouvement global débouchant en 1984 sur la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Amnesty International a d'ailleurs reçu le prix Nobel de la Paix pour ses efforts en faveur de l'abolition de la torture et de la protection des droits de l'homme en général en 1977¹⁰⁰⁷. En 1980, c'est au tour de la peine de mort de faire l'objet d'une campagne internationale.

De manière générale l'association se mobilise pour toutes les personnes enfermées pour avoir exercé leur liberté d'expression ou leurs droits politiques.

Ces dernières années, elle a élargi son domaine d'action en incluant les situations de conflits armés dans ses campagnes.

Elle s'est par exemple mobilisée en faveur de la création de la Cour pénale internationale et de l'adoption d'un traité mondial sur le commerce des armes entré en vigueur le 24 décembre 2014.

¹⁰⁰⁵ Une simple recherche documentaire sur une base de données comme CAIRN démontre que de nombreux auteurs se fondent sur les travaux de l'ONG pour ce qui est de l'établissement des faits. Les argumentations et conclusions qu'elle tire font plus souvent l'objet de critiques.

¹⁰⁰⁶ Comme dans le cas de Human Rights Watch, l'essentiel de nos informations sont issues du site web de l'organisation : <https://www.amnesty.org/>

¹⁰⁰⁷ LIONAES Aase, chairman of the Norwegian Nobel Committee, Award Ceremony Speech, 10 décembre 1977. http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1977/press.html

Amnesty International est aujourd'hui passée maître dans l'organisation de campagnes de sensibilisation et de mobilisation. Elle organise des rassemblements, des manifestations, lance des pétitions et des lettres ouvertes afin de solliciter l'action des gouvernements.

En septembre 2016, l'ONG a lancé une campagne « Aidez-nous « à décoder » le Darfour »¹⁰⁰⁸ dont le but est d'évaluer l'ampleur des opérations ayant visé la population civile dans les zones rurales du Darfour. Elle sollicite des volontaires du monde entier pour former un réseau nommé « Amnesty Decoders » dont le travail consistera à décrypter des images satellites afin d'évaluer le niveau des destructions des biens civils au Darfour. L'initiative basée sur les progrès des nouvelles technologies mais aussi sur le principe de l'Internet participatif est innovant et inédit. Face à la masse de données à traiter¹⁰⁰⁹ il s'agit d'une solution intéressante dont il est difficile pour le moment de juger des résultats, mais qui permettra peut-être de mesurer effectivement les effets du conflit sur les zones occupées par des civils.

De plus en ayant recours à de simples internautes sympathisants, l'ONG réussit à les impliquer directement dans la connaissance même du conflit facilitant ainsi la diffusion de l'information par des personnes qui se sentiront véritablement concernées. La campagne remplit donc aussi un but éducatif et pédagogique auprès des populations.

Autre type d'action de mobilisation typique, Amnesty International France a lancé en août 2016 une lettre ouverte, que toute personne intéressée peut signer, au Président français, monsieur François Hollande, pour lui demander d'agir en faveur des détenus syriens et d'obtenir que des observateurs indépendants puissent visiter les centres de détentions¹⁰¹⁰.

Les deux exemples que nous venons d'évoquer soulignent l'importance du rôle des ONG dans le développement de mouvements transnationaux en faveur de la protection des droits humains. Si on peut leur faire le reproche de ne pas distinguer toujours très rigoureusement les champs d'application du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme, et de n'être pas si impartiales qu'elles le déclarent, puisqu'elles sont souvent engagées politiquement, leurs actions participent clairement à l'éducation des populations, à la diffusion de la connaissance des violations et à la mobilisation des opinions publiques en faveur de la lutte contre celles-ci. Elles n'ont pas toujours des effets immédiats, mais elles ont le mérite de donner une voix aux victimes et de

¹⁰⁰⁸ Voir le site : <https://decoders.amnesty.org/>

¹⁰⁰⁹ Selon Amnesty International, il existe des milliers d'heures de données à analyser.

¹⁰¹⁰ <http://www.amnesty.fr/Nos-campagnes/Stop-Torture/Actions/Stop-la-torture-en-Syrie-18976>

participer à la connaissance des faits. Elles favorisent la lutte contre l'impunité en luttant contre la dissimulation et l'oubli.

Elles peuvent aussi, à l'occasion, former des observations auprès de la justice, et notamment auprès de la justice pénale internationale, en tant qu'*Amicus Curiae*. Amnesty International a par exemple déposé des observations devant la Cour Pénale Internationale sur la responsabilité des supérieurs dans le cadre de l'affaire « Jean-Pierre Bemba Gombo » au sujet de la situation en République Centrafricaine¹⁰¹¹. De plus, le procureur de la CPI, en application de l'article 15¹⁰¹² de la CPI peut s'autosaisir d'une situation en se fondant sur des renseignements relatifs à des crimes relevant de la compétence de la Cour et ses renseignements peuvent provenir d'organisations non-gouvernementales comme le précise le Statut.¹⁰¹³

B. L'appel de Genève : une approche innovante de l'encouragement du respect du droit international humanitaire dans les conflits armés internes.

L'appel de Genève ou Geneva Call est une ONG créée dans le but spécifique de promouvoir le respect du droit international humanitaire par les groupes armés non-étatiques.

De création relativement récente dans le paysage associatif puisqu'elle a vu le jour en 2000, ce positionnement très spécifique est plutôt inédit dans la mesure où la tâche précise de la promotion et de la diffusion du droit des conflits armés relève traditionnellement du domaine d'expertise du CICR.

En effet, lorsque des associations de plaidoyers comme Human Rights Watch Amnesty International ou la Fédération internationale des droits de l'homme agissent en faveur de la promotion du droit des conflits armés, elles le font d'une manière qui, en général, n'est pas utilisée par le CICR. En effet, leur approche est systématiquement publique, vise à dénoncer et stigmatiser les auteurs des violations. Chose que le CICR s'abstient de faire depuis sa création comme on le verra par la suite. Ils ont donc une action complémentaire. Ce n'est pas le cas ici.

¹⁰¹¹ CPI, Chambre préliminaire II, Amicus curia observations on superior responsibility submitted pursuant to rule 103 of the rules of procedure and evidence, by Amnesty International, 20 avril 2009.

¹⁰¹² Extrait de l'article 15 du Statut de Rome : « 1. Le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu des renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour.
2. Le Procureur vérifie le sérieux des renseignements reçus. A cette fin, il peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'Etats, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources dignes de foi qu'il juge appropriées, et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour.

¹⁰¹³ En ce sens voir : VEUTHEY Michel, « Le rôle des acteurs non-étatiques dans le respect du droit international humanitaire », Annuaire Français de Relations Internationales, Vol. X, 2009, p. 993 et s.

Il n'en demeure pas moins que l'initiative est intéressante et que l'ONG ne s'inscrit évidemment pas dans une logique de concurrence avec le CICR.

L'association est née à l'occasion de la conférence sur l'engagement des acteurs armés non-étatiques au respect de l'interdiction des mines organisée par la section suisse et d'autres sections nations de l'ICBL. De ce fait, son action, au départ, était centrée sur le fait de convaincre les groupes armés non-étatiques de cesser d'utiliser les mines antipersonnel.

C'est dans ce cadre qu'est né leur principal instrument d'action : l'Acte d'Engagement. Il est d'abord décliné dans une première version sur l'interdiction des mines antipersonnel. L'appel de Genève a obtenu dès 2000 l'engagement de deux groupes armés philippins sur ce thème.

Par la suite, vont être ajoutés de nouveaux Actes d'Engagement. En 2010, l'organisation met en place l'Acte d'Engagement pour la protection des Enfants contre les effets des conflits armés. Il est suivi, en 2012, par l'Acte d'Engagement auprès de l'Appel de Genève pour l'interdiction de la violence sexuelle dans les conflits armés et vers l'élimination de la discrimination basée sur le genre. L'organisation travaille donc par thématique spécifique du droit des conflits armés et chaque groupe peut s'engager sur un thème et non sur l'autre.

*Cette « approche unique, qui s'articule autour d'Actes d'Engagement spécifiques à des domaines précis, a été reconnue comme un modèle de réussite par le Secrétaire général des Nations Unies en matière de protection des civils dans les conflits armés. »*¹⁰¹⁴

La première étape du travail de l'Appel de Genève consiste donc à entrer en relation avec les acteurs armés non-étatiques. Le but principal de l'organisation est d'obtenir par le dialogue et la sensibilisation de ces acteurs non-étatiques la signature des Actes d'Engagement. Ce n'est évidemment pas toujours possible et dans ce cas, l'Appel de Genève adopte une démarche progressive dont l'objectif est de faire diminuer graduellement les effets du conflit sur la population civile.

Dès lors qu'un Acte d'Engagement est signé, l'Appel de Genève assure le suivi de son respect et s'en sert comme base pour rappeler publiquement aux groupes armés signataires qu'ils se doivent de respecter des engagements pris librement. Afin d'améliorer la mise en œuvre desdits engagements, l'association apporte son aide et ses conseils aux groupes armés.

¹⁰¹⁴ Appel de Genève, page consacrée à la mission de l'organisation. <http://genevacall.org/fr/mission/>

Elle participe à la formation au droit international humanitaire des groupes armés, crée des outils de diffusion adaptés aux acteurs non-étatiques.

Les trois Actes d'engagement actuellement utilisés ont un spectre relativement limité si on les compare à l'ensemble des obligations du droit des conflits armés.

L'Acte d'engagement originel¹⁰¹⁵ relatif à l'interdiction des mines antipersonnel¹⁰¹⁶ est rédigé sous une forme rappelant une résolution du Conseil de Sécurité. Une succession d'affirmations relatives aux conséquences de l'usage des mines antipersonnel démarrant par un participe présent aboutit à un dispositif d'engagement. Dans ce cas précis, le groupe armé signataire s'engage à interdire totalement l'usage des mines antipersonnel, à détruire les stocks et à nettoyer les zones dans lesquelles elles ont été répandues, à informer et former les membres du groupe sur l'ensemble de ces points, à autoriser l'Appel de Genève à contrôler le respect des engagements pris et enfin à concevoir ce premier engagement comme une étape vers un respect général du droit des conflits armés.

L'acte prévoit encore que le groupe doit accepter le fait que l'Appel de Genève puisse rendre publiques ses constatations quant au respect ou au non-respect des obligations posées.

Les deux actes suivant reprennent le même modèle adapté au thème spécifique sur lequel il porte. Les dispositions générales demeurent donc les mêmes.

L'Acte d'Engagement auprès de l'Appel de Genève pour la protection des enfants des effets des conflits armés¹⁰¹⁷ crée des obligations en deux volets. Un premier volet est consacré au recrutement des enfants dans les forces armées. L'acte interdit totalement l'utilisation des enfants dans les hostilités, même indirecte, et prévoit le traitement humain des enfants détenus pour des raisons liés au conflit armé. Le deuxième volet a trait à la protection des enfants en tant que personnes civiles particulièrement vulnérables. Il impose aux groupes armés qui s'engagent une obligation d'assistance ou de coopération avec les organismes d'assistance.

Enfin, l'Acte d'Engagement auprès de l'Appel de Genève pour l'interdiction de la violence sexuelle dans les conflits armés et vers l'élimination de la discrimination fondée sur le genre se concentre comme son nom l'indique sur la protection des femmes. Il prévoit le bannissement de la violence sexuelle, des discriminations de genre, mais aussi la prise en charge des femmes victimes et la féminisation des groupes armés eux-mêmes.

¹⁰¹⁵ Pour en faire une lecture complète :

http://genevacall.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2013/11/DOC-MINES-FR.pdf

¹⁰¹⁶ Nom complet de l'acte : Acte d'engagement auprès de l'Appel de Genève pour l'adhésion à une interdiction totale des mines antipersonnel et à une coopération dans l'action contre les mines.

¹⁰¹⁷ L'acte complet : http://genevacall.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2013/11/CANSA-FR.pdf

L'Appel de Genève a déjà obtenu plusieurs résultats positifs. Quarante-neuf acteurs armés non-étatiques ont signé l'Acte d'engagement relatif aux mines antipersonnel et effectivement mis en œuvre des mesures en faveur de la destruction des mines existantes. Dix groupes armés l'ont fait à l'égard de l'Acte d'engagement en faveur de la protection des enfants dans les conflits armés et enfin, seize se sont engagés sur le thème de l'interdiction de la violence sexuelle et de la discrimination basée sur le genre. Elle a d'ores et déjà pu mener des campagnes de vérifications¹⁰¹⁸.

Elle effectue également un travail documentaire important en recensant et en mettant à la disposition de tous, en ligne¹⁰¹⁹, tous les documents relatifs aux engagements pris en faveur du respect des règles applicables dans les conflits armés par les groupes armés non-étatiques.

La mission de l'Appel de Genève participe pleinement à la diplomatie humanitaire visant à la promotion, la diffusion et la bonne application du droit international humanitaire. Cette organisation a investi un domaine encore trop peu développé. Son approche responsabilise les groupes armés, leur permet de se sentir les destinataires directs des normes auxquelles ils souscrivent volontairement. Comme l'association le souligne, « le côté « centré sur les Etats » du droit international pose un réel problème. Même s'ils ont des obligations en vertu du DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, les AANE ne peuvent pas devenir parties aux traités internationaux correspondants et sont généralement exclus du processus d'élaboration des normes. Par conséquent, les AANE ne s'estiment pas forcément tenus de se conformer à des règles qu'ils n'ont pas participé à élaborer et auxquelles ils n'ont pas formellement adhéré. Parfois aussi, ils méconnaissent tout simplement leurs obligations en vertu du DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, ou ne disposent pas des moyens nécessaires pour disséminer ces règles à leurs combattants. »¹⁰²⁰

L'idée de proposer aux groupes armés de s'engager à respecter les règles du droit international humanitaire n'est pas nouvelle puisqu'elle a été introduite par l'article 3 commun aux Conventions de Genève et reprise à l'article 96 §3 du Protocole I de 1977. Cependant le droit ne prévoit pas de procédure d'engagement formelle qui soit suivie d'une surveillance officielle et publique de la bonne application desdits engagements. En cela, la démarche demeure en effet novatrice et intéressante. Dans la mesure où elle s'attache à certains secteurs spécifiques, il permet

¹⁰¹⁸ Pour le détail des mécanismes de surveillance voir : BONGARD Pascal, SOMER Jonathan, « Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms : a look at international mechanisms and the Geneva Call », RICR, vol. 93, n° 883, septembre 2011, p. 673 et s.

¹⁰¹⁹ Site web : Their words, Directory of Armed Non-State Actor Humanitarian Commitments. <http://theirwords.org/pages/home>

¹⁰²⁰ Appel de Genève, « Normes Humanitaires », <http://genevacall.org/fr/notre-action/normes-humanitaires/>

peut-être plus facilement l'adhésion de groupes armés qui n'envisageraient pas la possibilité d'engagements généraux qui leur sembleraient vides de sens faute de vouloir ou de pouvoir les respecter.

Il faut toutefois noter que s'il faut se féliciter que certaines ONG orientent leurs activités en direction des groupes armés non-étatiques, il ne faut pas oublier que le CICR conduit ce genre d'initiatives depuis plusieurs dizaines d'années et qu'il reste la référence en matière de diplomatie humanitaire.

§2. Le CICR, premier agent de la diplomatie humanitaire.

Le CICR est la première organisation à avoir fait de la diplomatie humanitaire un pan essentiel de son activité. Dès sa création en 1863, son objectif principal est d'assurer aux côtés des Etats, primo-responsables, le respect, la diffusion et la promotion du droit international humanitaire. Pour cela, il est amené, en temps de guerre, à discuter avec l'ensemble des parties au conflit interne ou international.

Avant d'aborder la diplomatie humanitaire du CICR à proprement parler (II), il nous faut nous attarder sur le statut particulier de l'institution et les fondements de son action (I).

I. Le CICR : une institution unique en son genre.

Le CICR fait partie du mouvement international de la Croix Rouge et du Croissant-Rouge aux côtés de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et des cent-quatre-vingt-dix Sociétés nationales de la Croix-Rouge et Croissant-Rouge.

Si toutes les composantes ont une existence autonome, des organes de direction indépendants et des missions distinctes, elles partagent toutes les sept principes fondamentaux du Mouvement¹⁰²¹ : humanité, impartialité, neutralité, indépendance, volontariat, unité, universalité.

Bien que le CICR soit juridiquement une organisation non gouvernementale, elle bénéficie d'un statut particulier sur la scène internationale (A) et d'un mandat unique (B).

¹⁰²¹ BOUCHET-SAULNIER François, « Croix Rouge », in Dictionnaire Pratique du droit humanitaire, La Découverte, Paris, 2013, 760p.

A. Le statut international du CICR.

Au sens strict, le CICR est une association de droit suisse. Comme toutes les autres associations, il est donc doté d'une personnalité juridique interne.

La question s'est posée de savoir si, du fait de ses activités internationales et de la reconnaissance expresse de son existence dans des textes de droit international, il était possible de considérer qu'il constituait également une personne morale de droit international public. Question à laquelle la doctrine a répondu par l'affirmative, selon Eric David¹⁰²². Il considère que le CICR dispose de quatre types de personnalité juridique internationale : l'une universelle fondée sur les droits et obligations que lui confèrent les Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels ; une autre reposant sur son statut d'observateur à l'Assemblée Générale des Nations Unies ; une troisième reposant sur l'attribution d'une telle personnalité dans les Accords de siège ou tout autre accord conclu avec un Etat ou une organisation internationale et enfin une personnalité juridique de droit international privé en tant qu'association de droit suisse dans ses rapports avec les Etats dans lesquels il est appelé à intervenir.¹⁰²³

Selon Gabor Rona, « *le CICR est de nature hybride* » ni tout à fait ONG, ni à proprement parler organisation intergouvernementale. Mais il estime également qu'il est doté de la personnalité juridique internationale qui lui permet de bénéficier d'immunités similaires à celles dont jouissent les organisations du système onusien. « *L'exonération d'impôts et de droits de douane, l'inviolabilité des locaux et des documents ainsi que l'immunité de juridiction sont des exemples de ces privilèges et immunités* »¹⁰²⁴. L'immunité de juridiction en particulier est essentielle à la diplomatie humanitaire du CICR qui a toujours privilégiée une approche discrète sinon secrète de cette mission.

Christian Koenig lui préfère parler de personnalité juridique fonctionnelle dans la mesure où la reconnaissance de la personnalité juridique du CICR est basée sur les missions qu'il doit assurer et nécessaire à leur bonne réalisation¹⁰²⁵.

L'attribution du statut d'observateur auprès de l'Assemblée générale des Nations Unies traduit bien la nature particulière de cette personnalité juridique unique dans la mesure où elle a été

¹⁰²² DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 5^e édition, 2012, p. 660 et s.

¹⁰²³ Ibidem p. 662 et 663.

¹⁰²⁴ RONA Gabor, « Le Statut du CICR : dans une catégorie à part », site du CICR, entretien du 17 février 2004. <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5wwhdp.htm>

¹⁰²⁵ KOENIG Christian, « *Considérations juridiques sur le statut d'observateur du Comité international de la Croix-Rouge auprès des Nations Unies* », RICR, n°787, février 1991.

décidée en raison « *des mandats particuliers qui] ont été assigné [au CICR] par les Conventions de Genève du 12 août 1949* ». ¹⁰²⁶

Aujourd'hui, les statuts du CICR prévoient à leur article 2 qu'afin « *de pouvoir remplir son mandat et sa mission humanitaires, le CICR bénéficie d'un statut équivalent à celui d'une organisation internationale et possède une personnalité juridique internationale dans l'exercice de ses fonctions* » ¹⁰²⁷. Les rédacteurs des statuts ont donc pris acte de la réalité juridique qui s'est construite au fil du temps.

Comme le note très justement Christian Dominicé, c'est « *très certainement au respect [que le CICR] s'est acquis dans l'accomplissement de sa mission qu'il doit d'avoir été admis à traiter avec les Etats comme il peut actuellement le faire. La consécration juridique est un reflet de son autorité morale. Elle prend place parmi les moyens qui doivent lui permettre d'être, au plus près de son engagement, serviteur de ceux qui souffrent.* » ¹⁰²⁸

B. Les Missions du CICR.

Les statuts du CICR prévoient à leur article 4 les différentes missions qu'il doit poursuivre :

« 1. Le CICR a, notamment, pour rôle :

(a) *de maintenir et diffuser les Principes fondamentaux du Mouvement, à savoir : humanité, impartialité, neutralité, indépendance, volontariat, unité et universalité ;*

(b) *de reconnaître toute Société nationale nouvellement créée ou reconstituée qui répond aux conditions de reconnaissance énoncées dans les Statuts du Mouvement, et de notifier cette reconnaissance aux autres Sociétés nationales ;*

(c) *d'assumer les tâches qui lui sont reconnues par les Conventions de Genève, de travailler à l'application fidèle du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et de recevoir toute plainte au sujet de violations présumées de ce droit ;*

¹⁰²⁶ Résolution de l'AGNU du 16 octobre 1990, « Attribution du statut d'observateur au Comité internationale de la Croix-Rouge, eu égard au rôle et aux mandats particuliers qui lui ont été assignés par les Conventions de Genève du 12 août 1949 », A/RES/45/6

¹⁰²⁷ Statuts du CICR adoptés le 19 novembre 2015 et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

<https://www.icrc.org/fr/document/statuts-du-comite-international-de-la-croix-rouge>

¹⁰²⁸ DOMINICÉ Christian. *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*. Nouvelle édition [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1997 (généré le 19 octobre 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1320>>. ISBN : 9782940549214. DOI : 10.4000/books.iheid.1320.

(d) de s'efforcer en tout temps, en sa qualité d'institution neutre dont l'activité humanitaire s'exerce spécialement en cas de conflits armés – internationaux ou autres – ou de troubles intérieurs, d'assurer protection et assistance aux victimes militaires et civiles desdits événements et de leurs suites directes;

(e) d'assurer le fonctionnement de l'Agence centrale de recherches prévue par les Conventions de Genève ;

(f) de contribuer, en prévision de conflits armés, à la formation et à la préparation du personnel et du matériel sanitaires, en collaboration avec les Sociétés nationales, les services de santé militaires et civils et d'autres autorités compétentes ;

(g) de travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels ;

(h) d'assumer les mandats qui lui sont confiés par la Conférence internationale.

2. Le CICR peut prendre toute initiative humanitaire qui entre dans son rôle d'institution et d'intermédiaire spécifiquement neutres et indépendants, et étudier toute question dont l'examen par une telle institution s'impose. »¹⁰²⁹

La définition de ces missions s'est faite sur la base des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels, mais également sur celle des statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

Les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels font références au Comité International de la Croix Rouge dans plus de trente articles¹⁰³⁰ différents.

Les missions du CICR sont plus nombreuses et plus détaillées dans le droit relatif aux conflits armés internationaux, mais il a tout de même la possibilité de proposer ses services dans les conflits armés internes ainsi qu'en dispose l'article 3 commun. Ce droit d'initiative humanitaire général est prévu, dans le cadre des conflits armés internationaux, par l'article « Activités du Comité International de la Croix Rouge » commun aux quatre Conventions.¹⁰³¹

Par la suite, l'article relatif aux Puissances Protectrices¹⁰³² dispose que le Comité peut agir en tant que substitut des puissances protectrices et le plus souvent c'est le cas, dans la mesure où

¹⁰²⁹ Statuts du CICR adoptés le 19 novembre 2015 et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

<https://www.icrc.org/fr/document/statuts-du-comite-international-de-la-croix-rouge>

¹⁰³⁰ Ce résultat de trente-trois articles est obtenu en ne comptant qu'une seule fois les articles communs aux quatre conventions.

¹⁰³¹ Article 9 CV I, II, III et 10 CV IV.

¹⁰³² Article 10 CV I, II, III et 11 CV IV.

jamais un Etat n'a été choisi pour jouer ce rôle. Or c'est à la Puissance protectrice que revient la tâche de s'assurer que les Parties au conflit respectent bien les droits des personnes protégées.

Les Conventions III relative aux Prisonniers de guerre et IV relative aux personnes civiles attribuent des compétences exclusives au CICR.

Ainsi, le Comité doit-il avoir accès aux lieux d'internement, de détention et de travail afin de pouvoir s'assurer que les obligations posées par la Convention sont bien respectées. Il doit également pouvoir s'entretenir sans témoin avec les personnes détenues¹⁰³³.

C'est aussi au CICR qu'il revient de gérer la question des personnes disparues ou séparées au travers des agences centrales de recherche tant à l'égard des prisonniers de guerre que des personnes civiles. Elles s'occupent de la communication entre les personnes éloignées pour des raisons liées au conflit et de la recherche des personnes disparues¹⁰³⁴.

Il revient également au CICR d'offrir ses bons offices aux Parties au conflit à différentes occasions comme la désignation d'une Puissance Protectrice¹⁰³⁵ ou l'établissement de zones ou localités sanitaires¹⁰³⁶.

Bien que toutes les missions du CICR prévues par les Conventions et leurs Protocoles soient fondamentales, Marco Sassoli et Antoine Bouvier notent que la vaste majorité des activités du CICR sont conduites sur la base de son droit d'initiative qui est très étendu et que son rôle général est de « servir d'intermédiaire neutre entre les parties à un conflit, pour apporter protection et assistance aux victimes de la guerre ». ¹⁰³⁷ Ce qui revient à dire que sa tâche première est celle d'un diplomate humanitaire.

II. La diplomatie humanitaire du CICR.

La diplomatie humanitaire du CICR tout en correspondant à l'idée de négociations menées dans le but de pouvoir conduire des activités humanitaires demeure unique en son genre au sein de toutes les organisations intervenant dans des contextes de conflits armés en faveur du respect du droit. Elle confirme la spécificité du Comité s'il en était encore besoin.

¹⁰³³ Article 126 CV III et 143 CV IV.

¹⁰³⁴ Article 123 CV III et article 140 CV IV.

¹⁰³⁵ Article 11 CV I, II, III et 12 CV IV.

¹⁰³⁶ Article 23 CV I.

¹⁰³⁷ SASSOLI Marco, BOUVIER Antoine A., Un droit dans la Guerre ? cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire, Volume I, CICR, Genève, 2003, p. 357.

Marion Harroff-Tavel identifie quatre caractéristiques de la diplomatie humanitaire du CICR :
*« Elle est faite de relations avec une vaste gamme d'interlocuteurs, y compris non étatiques ; elle est limitée au domaine humanitaire et n'a pas pour objectif premier de promouvoir la paix ; elle est indépendante de la diplomatie humanitaire étatique ; enfin, elle prend souvent la forme de trains de démarches, qui, selon les événements, peuvent rester confidentielles ou requérir la mobilisation d'un réseau d'influence. »*¹⁰³⁸

Les trois premières caractéristiques sont en fait partagées par d'autres associations humanitaires qui ont adhéré au principe d'impartialité et de neutralité et qui interviennent dans des contextes de conflit armé. En effet, aujourd'hui toutes les ONG dont la mission première est de soulager la souffrance humaine sont contraintes de négocier avec toutes les parties au conflit, au moins pour accéder aux personnes protégées ; elles ne poursuivent pas d'objectif politique en lien avec le conflit et se préoccupent essentiellement de leur mission humanitaire et enfin, elles essaient de demeurer indépendantes des Etats, si ce n'est dans leur financement au moins dans leur positionnement politique. On ne peut même plus considérer aujourd'hui que le CICR est la seule organisation à promouvoir le respect du droit international humanitaire même s'il conserve des mandats exclusifs dans ce domaine.

Toutefois, il est le seul à revendiquer une politique de confidentialité et il nous semble que c'est là la caractéristique première de sa diplomatie humanitaire.

Si le CICR observe une politique de confidentialité assez stricte en pratique, il se veut beaucoup plus transparent sur la doctrine qu'il met en œuvre.

Le CICR a publié en 2005 les lignes directrices gouvernant les démarches qu'il met en œuvre lorsqu'il se trouve face à des cas de violations du droit international humanitaire ou d'autres règles fondamentales qui protègent la personne humaine.

Ces lignes directrices posent une obligation générale de réaction du CICR en cas de violations des normes protectrices des personnes humaines dans les situations de conflit armé. Il doit entreprendre toutes les démarches appropriées permettant soit de mettre fin aux violations soit d'éviter qu'elles ne se reproduisent. Parmi toutes les démarches possibles, les lignes directrices définissent un mode d'action principal (A) et des modes d'action subsidiaires (B).

¹⁰³⁸ HARROFF-TAVEL Marion, « La diplomatie humanitaire du comité international de la Croix-Rouge », Relations internationales, 2005/1, n°21, p. 73 et s.

A. Le mode d'action principal du CICR : le dialogue bilatéral et confidentiel.

Le CICR a adopté comme mode d'action principal les démarches bilatérales confidentielles. Il cherche toujours à établir un dialogue avec chaque partie au conflit prise individuellement. De plus, le principe essentiel de ce dialogue repose sur la confidentialité des échanges et les informations recueillies par le CICR resteront confidentielles sous certaines conditions.

Cette politique de confidentialité découle en fait du principe de neutralité. « En s'abstenant de favoriser une partie au détriment d'une autre, et plus généralement en refusant de s'impliquer d'une manière autre que purement humanitaire, le CICR cherche en toute circonstance à projeter une image favorisant son acceptation et ouvrant la voie à un dialogue concerté ». ¹⁰³⁹ Elle est justifiée par la nécessité de s'assurer un accès à toutes les parties au conflit et à toutes les personnes protégées. C'est parce que cette discrétion a permis d'obtenir de nombreux résultats concrets que la politique du secret, souvent critiquée, n'a jamais vraiment été remise en cause au sein de l'institution.

Sur ce thème, Vincent Ochillet explique que :

« Le CICR fonctionne de manière très différente des autres organisations en termes de confidentialité. La confidentialité nous ouvre bien des portes. Chacun sait que nous essayons de faire avancer les choses en nous entretenant avec les gouvernements et pas en allant raconter à CNN tout ce que nous avons vu. » ¹⁰⁴⁰

Le témoignage de Marcel Junod dans le Troisième Combattant confirme que le respect de la confidentialité peut se révéler déterminant à la fois quant à l'accès des délégués aux personnes protégées mais également quant à leur propre sécurité. Il raconte, entre autres, dans cet ouvrage un épisode de ses missions durant la seconde Guerre mondiale ¹⁰⁴¹. Alors qu'il se rend en Allemagne pour la quatrième ou la cinquième fois depuis le début des hostilités, il est arrêté par la Gestapo et interrogé par un Oberkriminalkommissar au sujet d'un échange durant lequel il aurait révélé que les Allemands détenaient suffisamment de gaz toxiques pour gazer tout Paris à un colonel français. Il se tire de ce mauvais pas en arguant qu'il s'agissait là d'une opinion personnelle que n'importe qui aurait pu concevoir après s'être renseigné sur la question dans les journaux et non d'informations qu'il aurait pu acquérir dans le cadre de son rôle de délégué.

¹⁰³⁹ CICR, « Doctrine sur l'approche confidentielle du Comité international de la Croix-Rouge : Moyen spécifique du CICR pour obtenir des autorités étatiques et non étatiques le respect du droit », avril 2013.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/review-2012/irrc-887-confidentiality.htm>

¹⁰⁴⁰ Propos rapportés dans : DAVISON William, « Plaider pour l'humanité », Revue Croix-Rouge Croissant-Rouge, 2011, n°3, p. 4 et s.

¹⁰⁴¹ JUNOD Marcel, Le Troisième Combattant, Payot, Paris, 1963, p. 158 et s. Chapitre 16 : Forteresse et Prison.

Il raconte avoir répondu en ces termes :

« Monsieur le Commissaire, [...] le métier de délégué du Comité international de la Croix-Rouge est difficile. Il voit beaucoup de choses, va d'un pays à l'autre, passe les frontières alors qu'aucun des ressortissants des pays en guerre ne peut le faire. Il sait bien ce qui se passe dans les deux camps et ses enquêtes, ses rapports avec les autorités militaires, lui apprennent bien des faits, même extérieurs à sa mission, que l'adversaire aurait le plus grand intérêt à connaître... Depuis le début des hostilités, j'ai déjà fait quatre voyages en Allemagne, j'ai passé de longues semaines à Berlin, à Hambourg, à Munich... J'ai été à Varsovie, à Oslo, à Athènes, à Paris et Bordeaux ; de même, j'ai été à Genève, à Stockholm, à Lisbonne et à Londres... Eh bien, voyez-vous, le plus bel hommage que vous puissiez me rendre, c'est, après tout ce temps, de n'avoir trouvé contre moi que l'écho d'un bavardage qui remonte à deux ans, et dont n'importe quelle gazette alliée aurait pu fournir le thème à cette époque. »

Ce témoignage démontre, qu'en effet, la politique de confidentialité du CICR connue et reconnue permet non seulement à ses délégués d'accéder à un maximum de personnes protégées mais qu'elles les protègent également au quotidien des pressions que peuvent exercer, à leur rencontre, les parties au conflit.

Toutefois, si la discrétion reste le principe, elle n'est pas non plus un absolu indépassable. Le CICR a développé une approche basée sur une culture du résultat plutôt que sur une appréhension rigide du droit. L'important c'est d'améliorer la situation des personnes protégées et cette amélioration ne passe pas systématiquement par des dénonciations publiques. Si l'attitude du CICR a pu être critiquée notamment eu égard à son silence quant aux camps de l'Allemagne nazie durant la seconde Guerre mondiale¹⁰⁴², le problème nous semble bien moins important aujourd'hui dans la mesure où de nombreuses associations sont au contraire dévouées à la dénonciation publique comme nous l'illustrons dans le paragraphe précédent. De plus, dans notre ère de communication de masse, les violations importantes ne tardent pas à faire la une des médias.

Il faut également noter que le principe de confidentialité ne concerne pas exclusivement le CICR. En effet, celui-ci attend des entités avec lequel il entre en discussion la même discrétion et les engage à

¹⁰⁴² Voir sur ce thème : FAVEZ Jean-Claude, « 1942 : le Comité international de la Croix-Rouge, les déportations et les camps », Vingtième Siècles, revue d'histoire, janvier-mars 1989, n°21, pp. 45-56 et BUGNION François, « Entre histoire et mémoire, le CICR et les camps de concentration et d'extermination nazis », Exposé, 5 novembre 2002, site web du CICR.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/68xejs.htm>

ne pas divulguer les rapports qu'il leur remet. On peut imaginer en effet, qu'un groupe armé organisé ayant tout mis en œuvre pour respecter le DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE dans les lieux de détention aurait tout intérêt à faire connaître les résultats d'un rapport favorable afin de gagner en légitimité, surtout si l'Etat contre lequel il lutte apparaît déjà comme peu respectueux de ses propres obligations.

Cependant, le CICR n'a plus, une fois les rapports rendus, la capacité d'empêcher leur divulgation. Ainsi, en novembre 2013, dans le cadre du procès mené contre les cinq personnes présumées d'avoir planifié et organisé les attentats du 11 septembre 2001 devant la Commission militaire chargée du jugement des prisonniers de Guantanamo, le juge James Pohl a accédé aux demandes des avocats de la défense qui réclamaient les rapports confidentiels du CICR. Ces derniers expliquaient en avoir besoin afin de déterminer clairement et objectivement les conditions de détention qu'avaient eues à subir leurs clients. Sans ses rapports, la seule autre source d'informations disponible était la Joint Task Force Guantanamo, elle-même chargée de la gestion du camp qui n'a guère d'intérêt à se montrer complètement honnête. Cette décision, première du genre, a été vivement critiquée par le CICR qui s'y était fermement opposé en juin 2013 lorsque la demande avait été faite expliquant que la décision constituait un risque pour le futur des missions du CICR. Il n'a pas été entièrement entendu. Mais il faut noter toutefois que les rapports n'ont pas été déclassifiés, ainsi les avocats de la défense n'ont-ils pas le droit de rendre public leur contenu.¹⁰⁴³

La décision prise par le juge Pohl est difficile à juger dans la mesure où elle peut parfaitement se justifier selon l'angle sous lequel on l'aborde. Les droits de la défense, droits fondamentaux, notamment l'égalité des armes, exigent que les prévenus aient accès à ces informations et de ce point de vue, le juge Pohl n'a fait que respecter cette règle de base d'une justice indépendante et équitable. De l'autre côté, la position du CICR est également défendable. Si ses rapports peuvent à l'avenir servir de base à une procédure judiciaire, plus aucune partie à un conflit ne lui laissera l'accès aux personnes en son pouvoir. C'est d'ailleurs ce qui avait justifié la reconnaissance de son immunité de juridiction par la Chambre de première instance du TPIY.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴³ Voir : ROSENBERG Carol, « Guantanamo judge orders Pentagon to let him read Red Cross-U.S. correspondence », Miami Herald, 6 novembre 2013. <http://www.miamiherald.com/news/nation-world/world/americas/article1957160.html>

NELSON Anna, « Why confidentiality matters », Entretien avec Daniel Cahen, conseiller juridique du CICR à Washington, 19 novembre 2013, Intercross Blog. <http://intercrossblog.icrc.org/blog/why-confidentiality-matters>

BUSSARD Stéphane, « Brèche dans la confidentialité des rapports du CICR sur les détenus de Guantanamo », Le Temps, 10 novembre 2015. <https://www.letemps.ch/monde/2015/11/10/breche-confidentialite-rapports-cicr-detenus-guantanamo>

¹⁰⁴⁴ TPIY, chambre de 1^{ère} instance, Le Procureur c. Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic et Simo Saric, 27 juillet 1999.

Enfin, lorsque les négociations humanitaires échouent, il peut arriver que le CICR renonce à sa politique de discrétion.¹⁰⁴⁵

En effet, la confidentialité n'est finalement qu'un élément des négociations permettant et facilitant le dialogue, mais elle suppose une réciprocité, l'engagement des autorités à prendre en compte et à mettre en œuvre ses recommandations afin que les violations ne se répètent pas. Si les parties au conflit concernées refusent d'entendre ses demandes et ne changent rien à leur comportement, le CICR se réserve le droit de faire usage d'autres modes d'action que les lignes directrices désignent comme subsidiaires.

B. Les modes d'action subsidiaires.

Avant d'arriver à la dénonciation publique, le CICR met en œuvre des démarches que l'on pourrait considérer comme levant graduellement le secret.

La première action est dite de mobilisation humanitaire. Elle consiste en l'implication d'un tiers, gouvernement étranger, organisations internationales ou régionales ou même une personnalité reconnue afin que celui-ci soutienne les demandes du CICR et tente d'obtenir une évolution positive de la situation. Marion Haroff-Tavel explique que le CICR en ce cas n'exige pas du tiers une démarche précise, mais lui rappelle, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un Etat, son obligation à faire respecter le droit international humanitaire.¹⁰⁴⁶

Supplément judiciaire n°7, Août-Septembre 1999 (extraits) :

« En acceptant d'être liés par les Conventions de Genève, les Etats parties ont non seulement souscrit à une obligation conventionnelle de ne pas divulguer les informations au cours de procédures judiciaires mais ont aussi généralement approuvé le rôle particulier du CICR. Ils ont par la même occasion exprimé leur *opinio juris* sur ces faits. La Chambre de première instance a donc déclaré que tous les Etats, ainsi que ce Tribunal, étaient liés par une règle de droit international coutumier qui 1) les oblige à garantir la non-divulgence des informations et 2) confère au CICR un privilège de non-divulgence des informations en vertu du droit international coutumier.

Dans ces circonstances, il est exclu de procéder à une mise en équilibre des intérêts. L'intérêt de confidentialité du CICR et sa demande de non-divulgence sont prévalants, absolus, sans ambiguïté et sans équivoque. « Son effet est simple : juridiquement il permet d'interdire au Tribunal de recevoir les informations » §76 de la décision.

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp7-f/simic-f.htm

¹⁰⁴⁵ Voir : CICR, « Doctrine sur l'approche confidentielle du Comité international de la Croix-Rouge : Moyen spécifique du CICR pour obtenir des autorités étatiques et non étatiques le respect du droit », avril 2013.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/review-2012/irrc-887-confidentiality.htm>

¹⁰⁴⁶ HARROFF-TAVEL Marion, « La diplomatie humanitaire du comité international de la Croix-Rouge », *Relations internationales*, 2005/1, n°21, p. 73 et s

La seconde consiste déjà en une dénonciation publique mais se limite à la critique de la qualité du dialogue bilatéral et/ou de l'inertie du gouvernement ou du groupe armé concerné en ce qui concerne la mise en œuvre des mesures conseillées par le CICR.

C'est en partie ce que le CICR a pu faire à l'égard des Etats-Unis et du traitement des détenus de Guantanamo. Ainsi, en 2004, Jakob Kellenberger, à la suite d'entretiens avec Coline Powell, Condoleezza Rice et Paul Wolfowitz, déplorait « *le fait que deux années après les que les premiers internés soient arrivés à Guantanamo, et malgré des demandes réitérées, ces personnes subissent encore un internement d'une durée apparemment indéterminées, en dehors du champ d'application du droit* » et notait que « *les préoccupations du CICR relatives à certains aspects des conditions d'internement et du traitement à Guantanamo n'avaient pas encore été traitées de manière appropriée* »¹⁰⁴⁷. Dans l'espoir de maintenir l'accès du CICR aux détenus, le choix a été fait de ne pas dénoncer publiquement l'ensemble des violations commises, mais plutôt l'absence de réaction du gouvernement américain face aux requêtes du CICR¹⁰⁴⁸.

Enfin, si vraiment le dialogue bilatéral, la mobilisation humanitaire et la dénonciation formelle n'aboutissent à aucune amélioration de la situation des personnes protégées, le CICR peut décider de renoncer à la confidentialité si quatre conditions sont remplies cumulativement.

Les violations concernées doivent être importantes et répétées ou susceptibles de répétition ; il faut que les délégués aient été les témoins directs de ces violations ou qu'elles aient été établies de manière certaine ; il convient en sus de constater l'échec de toutes les précédentes démarches et enfin, la dénonciation publique ne doit, en aucun cas, risquer de porter préjudice aux personnes ou aux populations concernées.

Le recours à une telle dénonciation publique est rare mais le CICR y a eu recours à plusieurs occasions.

¹⁰⁴⁷ CICR, « Etats-Unis d'Amérique, le président du CICR demande instamment que des progrès soient faits dans le domaine de la détention », Communiqué de Presse, 16 janvier 2004.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5v9uwc.htm>

¹⁰⁴⁸ A l'instar des critiques faites à l'égard du silence du CICR sur les camps nazis durant la seconde Guerre mondiale, plusieurs voix se sont élevées contre le fait que le CICR n'a pas levé le secret sur ce qu'il se passait vraiment sur la base de Guantanamo.

Selon, Abigail Hansen, « le CICR s'est laissé intimidé et instrumentalisé par la seule superpuissance du monde. Son implication dans cette «entreprise» a constitué une trahison de son mandat. Le CICR aurait pu refuser l'«accord de visite» tel qu'établi avec les autorités américaines, une fois l'ampleur des violations des droits de l'Homme devenue patente – position qui était certes impensable au départ – et le CICR aurait pu également lever la condition de confidentialité. [Le] CICR avait des raisons fortes de justifier cette levée de confidentialité, mais cela n'a pas été fait. » GROTIUS INTERNATIONAL, « L'action du CICR à Guantanamo, le témoignage en question... », Entretien avec Abigail Hansen, ancienne conseillère au CICR, 1^{er} août 2009. <http://www.grotius.fr/le-rendez-vous-rate-du-cicr-avec-l%E2%80%99histoire%E2%80%A6/>

Dans le cadre de l'interminable conflit armé birman, le CICR en 2007, a décidé de dénoncer les pratiques du gouvernement. Dans un communiqué de presse très détaillé, Jakob Kellenberger, a condamné les violations du droit humanitaire commises à l'encontre des civils et des détenus par le gouvernement du Myanmar et il a exigé qu'elles cessent et ne se reproduisent plus.¹⁰⁴⁹

Le CICR l'a fait en 2010 au sujet du blocus de Gaza. Béatrice Mégevand-Roggo, chef des opérations du CICR pour le Moyen-Orient, s'élevait contre l'attitude d'Israël en ces termes :

*« Le blocus a des effets dévastateurs sur le million et demi de personnes qui vivent à Gaza. [...] C'est pourquoi nous demandons instamment à Israël de mettre fin au bouclage et appelons tous ceux qui peuvent influencer la situation, y compris le Hamas, à faire tout leur possible pour venir en aide à la population civile de Gaza. Il faut qu'il y ait un juste équilibre entre le droit qu'a Israël de prendre des mesures pour répondre à ses préoccupations légitimes en matière de sécurité et le droit des Palestiniens de mener une vie normale et digne ».*¹⁰⁵⁰

Section 2. Au-delà du droit et du relativisme, diffuser des valeurs encourageant son respect.

Le droit n'est pas une fin en soi. Le droit est créé pour assurer le respect de telle ou telle règle qui paraît essentielle à la vie en société, aux échanges commerciaux ou en l'occurrence à la protection de l'être humain. La fin est donc celle-ci. Or, il n'est pas toujours évident que le seul usage de la règle juridique suffise à atteindre cet objectif.

Il nous semble qu'il ne faut pas hésiter à puiser dans des domaines extérieurs au droit comme l'éthique, la morale, l'honneur ou la bienveillance pour trouver des solutions au problème qui nous occupe, les violations massives des droits humains.

Parmi tous les exemples possibles, nous avons choisi de terminer ce travail par la présentation de l'éthique de réciprocité (§1) et de la bienveillance (§2).

§1. L'éthique de réciprocité.

Michel Virally voyait dans le principe de réciprocité un net progrès du droit international en ce qu'il permettait le dépassement du principe de la puissance qui a longtemps été le seul à gouverner les

¹⁰⁴⁹ CICR, « Myanmar : le CICR dénonce les violations importantes et répétées du droit international humanitaire », Communiqué de presse, 29 juin 2007.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/news-release/2009-and-earlier/myanmar-news-290607.htm>

¹⁰⁵⁰ CICR, « Blocus de Gaza : pas une année de plus », Communiqué de presse, 14 juin 2010.

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/update/palestine-update-140610.htm>

relations interétatiques.¹⁰⁵¹ Si l'on en croit bon nombres de chercheurs que ce soit en anthropologie, en économie ou même en neurobiologie, la réciprocité fait partie des mécanismes classiques utilisés pour la mise en œuvre des relations sociales. Il n'est donc probablement pas possible de s'en défaire totalement et sans doute même nuisible. En effet, la réciprocité positive par un effet d'entraînement est en mesure de provoquer ou au moins d'encourager le développement sinon de la norme au moins de certaines pratiques favorables aux droits humains et droit international humanitaire.

Ainsi, l'éthique de réciprocité est un usage de la réciprocité dans une dynamique vertueuse puisqu'elle encourage à adopter le comportement que l'on souhaiterait que les autres aient à notre égard. Aussi, est-ce un outil qu'on ne saurait totalement négliger dans les stratégies de mise en œuvre du droit international humanitaire.

Bien qu'il soit familier à la plupart d'entre nous, il faut tout de même en définir ici le sens (I) et la portée (II).

I. Sens de cette éthique

Il s'agit d'un principe moral, qui si nous le connaissons tous, n'a pas reçu en France, le même accueil que dans les pays anglo-saxons.

Pourtant, il semble pouvoir apporter des réponses intéressantes au problème du non-respect du droit international humanitaire.

Un seul auteur en France¹⁰⁵² a publié à l'heure actuelle une étude exhaustive sur le sujet, alors que cette règle fait l'objet de nombreuses publications aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne ou encore en Allemagne. Une simple recherche sur Internet en anglais et en français permet de se rendre compte de la pauvreté du sujet en français et de son incroyable richesse en anglais.

Les encyclopédies lui consacrent toutes ou presque une entrée, alors qu'on en trouve difficilement une trace dans les nôtres.¹⁰⁵³

Malgré tout, même aux Etats-Unis où il est comparativement plus discuté, Harry J. Gensler déplore qu'il soit encore souvent considéré dans le milieu universitaire comme un sujet d'étude inutile et fantaisiste.¹⁰⁵⁴ Il souligne pourtant que la règle est très populaire auprès des hommes politiques.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵¹ « Ce sont elles qui font de la réciprocité l'instrument de la justice commutative et, par conséquent, un facteur de progrès du droit international. » Virally Michel, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », RCADI, vol. 122, 1967, p. 100.

¹⁰⁵² Il s'agit d'Olivier Du Roy, docteur en théologie qui a soutenu une thèse sous le titre : La Règle d'or : Histoire et portée d'une maxime éthique.

¹⁰⁵³ Ainsi est-ce le cas de l'Encyclopaedia Britannica alors qu'il n'y a aucune référence dans l'Encyclopaedia Universalis.

Les auteurs y voient indifféremment un principe religieux, moral, philosophique etc.

Il me semble que l'on peut aussi assez clairement le rattacher au thème de la réciprocité en anthropologie, même si certains auteurs, tel Olivier Du Roy¹⁰⁵⁶, rejettent cette position.

Corey A. Ciocchetti n'hésite pas à affirmer cette appartenance au domaine de l'anthropologie. « From a purely secular viewpoint, both anthropology and psychology can claim a non-religiously-motivated origination of the concept of the Golden Rule. An anthropologist may argue that the rule is a cultural variation of the underlying human relationship principle of social reciprocity and that this principle has defined human organizations and human interactions for centuries. »¹⁰⁵⁷¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁴ « We'll first note the Golden Rule is widely influential across the globe (and considered gold) but largely ignored in academic circles (and considered garbage). » Gensler Harry J., *Ethics and the Golden Rule*, Routledge Press, New-York, 2012, p.9

¹⁰⁵⁵ « Golden rule is popular among politicians. President Barack Obama used it in over twenty speeches; here are two examples :

“The only time I ever saw my mother really angry is when she saw cruelty, when she saw somebody being bullied or somebody being treated differently because of who they were. And, if she saw me doing that, she would be furious. And she would say to me : “Imagine standing in that person’s shoes. How would that make you feel?”

If there is one law that we can be most certain of, it is the law that binds people of all faiths and no faith together. It’s no coincidence that it exists in Christianity and Judaism; in Islam and Hinduism; in Buddhism and humanism. It is, of course, the golden rule – the call to treat one another as we wish to be treated.” » Ibidem.

¹⁰⁵⁶ Il écrit ainsi : « La règle d’or se distingue de toute formule de réciprocité (dont la plus extrême est le talion). [...] Ce que l’autre me veut ou me fait en réalité n’a ici rien à voir. En cela, la règle d’or diffère absolument du talion et ne peut en être une forme évoluée ». Du Roy Olivier, *La règle d’Or : Le retour d’une maxime oubliée*, Editions du Cerf, Paris, 2009, p. 25.

Même si l’on comprend, l’argument, on peut lui opposer, que le principe de réciprocité n’exige pas toujours de réciprocité immédiate, ni exactement proportionnelle. Si l’on doit associer la règle d’or à la réciprocité, ce n’est évidemment pas à sa forme négative, exprimée dans la loi du Talion, mais uniquement dans sa forme positive de la réciprocité des dons. Or on l’a vu, cette réciprocité du don est souvent différée dans le temps et non-proportionnée. Par ailleurs, on pourra aussi remarquer que tout en rejetant ce lien avec le principe de réciprocité au début de son ouvrage, on y trouve pourtant bon nombre de références à des comportements réciproques, à la reconnaissance réciproque de l’autre etc.

Neil Duxbury résume ainsi la situation : « The Golden Rule is often described as a principle of reciprocity. Not all behavior motivated by the Golden Rule need entail the ethic of reciprocity. Conserving resources for future generations is an instance of treating others as we would have them treat us, notwithstanding that it might be impossible for those others to act reciprocally (though they may follow our example). It is certainly correct, however, to say that such behavior can usually be explained in terms of reciprocity. »

Duxbury Neil, «Golden rule reasoning, moral judgment and law », *Notre Dame Law Review*, Avril 2009, édition électronique.

(Traduction proposée : La règle d’or est souvent décrite comme un principe de réciprocité. Tous les comportements motivés par la règle d’or n’impliquent pas nécessairement une éthique de réciprocité. La conservation des ressources pour les générations futures est un bon exemple d’un acte consistant à traiter les autres comme nous aimerions les voir nous traiter, pourtant il se pourrait qu’ils leur soient impossible d’agir réciproquement (bien qu’ils puissent suivre notre exemple). Il est cependant, certainement correct, de dire qu’un tel comportement peu généralement être expliqué en termes de réciprocité.)

¹⁰⁵⁷ Ciocchetti Corey A., « The Golden Rule », in Kolb Robert W. (Dir.), *The Encyclopedia of business and ethics*, SAGE Publications, 2007, Thousand Oaks (Etats-Unis), p. 1026

¹⁰⁵⁸ Traduction proposée : « D’un point de vue purement séculaire, les anthropologues comme les psychologues peuvent revendiquer une origine extra-religieuse du concept de la Règle d’or. Un anthropologue peut avancer que la règle est une variation culturelle du principe de réciprocité sociale, sous-jacent aux

La règle d'or ou éthique de réciprocité est donc une « maxime éthique » dont la formulation anglaise est aujourd'hui la plus emblématique : « Do as you would be done by ».

On s'accorde en général pour estimer que cette règle peut être formulée de deux manières différentes :

- une formulation négative : « ce que tu ne veux pas subir, ne le fais pas à autrui »,
- une formulation positive : « Traite autrui comme tu voudrais être traité par lui ».¹⁰⁵⁹

Si, la première formulation ne fait pas ou peu débat, ce n'est pas le cas de la seconde. Parce qu'elle est la plus exigeante, elle a fait l'objet de plus de critiques.

Cette éthique de réciprocité apparaît comme une règle de conduite, un principe directeur. Elle « propose [...] la réversibilité des actions ou des jugements comme test décisif de la rectitude morale ». ¹⁰⁶⁰

Elle enjoint à chacun d'entre nous de traiter autrui de la manière dont nous aimerions être traités placés dans la même situation.

Olivier Du Roy explique que la règle est à la fois règle d'empathie et règle d'équité fondée sur la réversibilité.

Selon lui, « cette proposition d'inverser les rôles ou de se mettre à la place de l'autre est donc en quelque sorte la clé de compréhension de la règle d'or ». ¹⁰⁶¹

II. Portée.

Comme le souligne la plupart des auteurs, si en apparence, la règle est simple, elle n'en soulève pas moins de nombreuses questions fondamentales.

Ainsi peut-on se demander : « qui est l'autre ? », mais aussi si la règle enjoint de faire non seulement le bien mais d'éviter aussi le mal ? Qu'entend-t-on par « traiter comme je voudrais être traité » ? Et que faire si un tel traitement, tout en répondant à la règle d'or n'en est pas moins illégal ? Nous aborderons chacun de ces problèmes.

relations humaines et que ce principe a défini les organisations et les interactions humaines depuis des siècles ».

¹⁰⁵⁹ Du Roy Olivier, *La règle d'Or : Le retour d'une maxime oubliée*, Editions du Cerf, Paris, 2009, p.

17 et 19 ; Ciocchetti Corey A., « The Golden Rule », in Kolb Robert W. (Dir.), *The Encyclopedia of business and ethics*, SAGE Publications, 2007, Thousand Oaks (Etats-Unis), p. 1027

¹⁰⁶⁰ Du Roy Olivier, *La règle d'Or : Le retour d'une maxime oubliée*, Editions du Cerf, Paris, 2009, p.16

¹⁰⁶¹ Ibidem, pp. 17 à 32

Une des critiques les plus pertinentes de l'application de la règle d'or notamment dans le domaine juridique, mais pas uniquement, est que dans l'absolu il apparaît parfaitement possible d'appliquer la règle en contravention totale avec le droit ou même parfois l'éthique.

Dans le cadre du conflit syrien, on l'a vu la Chine et la Russie s'opposaient à toute intervention militaire bloquant ainsi le Conseil de sécurité. Nombre de commentateurs ont pu souligner que la Chine et la Russie sont souvent réticentes à toute forme d'intervention dans les affaires intérieures de l'Etat. On pourrait aisément y voir une application négative de la règle d'or. En effet ni l'une ni l'autre ne souhaitent que les autres Etats se penchent trop profondément sur la question du respect des droits de l'homme chez elles et certainement pas plus qu'une éventuelle intervention militaire ne soit décidée.

De la même façon, si quelqu'un commet un crime, il ne souhaiterait pas être dénoncé, est-ce que cela signifie qu'il ne doit pas dénoncer un crime dont il aurait eu connaissance ?

C'est une des critiques que Kant avance contre la règle d'or. Il évoque en effet le dilemme du juge. Celui-ci amené à juger d'un crime doit envoyer l'auteur des faits en prison, or il ne voudrait pas lui-même être condamné à de la prison.

Cependant, la plupart des auteurs favorables à la règle d'or répondent à cette critique en mettant en avant le fait que la règle d'or n'existe pas uniquement dans une logique bilatérale et que par ailleurs, elle doit, pour être valable, respecter une certaine rationalité.

On trouve classiquement aussi la critique tenant au fait qu'assimiler l'autre à soi-même pourrait conduire à lui imposer un traitement qui certes pourrait me convenir mais qu'il ne désirerait en rien. Si cette critique n'était pas aussi souvent soulevée par les différents auteurs, elle pourrait sembler manquer de bon sens. Il s'agit là évidemment d'une question de différence entre la lettre et l'esprit. Il apparaîtrait en effet stupide que prenant généralement une aspirine contre les maux de tête, l'on propose ce traitement à une personne allergique à cette molécule. Les conséquences en seraient parfaitement dramatiques.

Il semble évident que ce que commande la règle c'est de proposer d'aider à soulager le mal de la manière qui conviendra à autrui.

Peut-être parce qu'elle est instinctive, tenter de trop analyser la règle d'or conduit naturellement à éclairer tous les écueils possibles alors même que d'une manière spontanée, elle est rattachée à un comportement éthique. L'apport de la neurobiologie et de l'éthologie est sans doute celui de nous indiquer qu'une réflexion trop poussée tend plus à pervertir la règle que son application instinctive.

L'intérêt majeur de la règle est son existence ancienne dans un très grand nombre de cultures, présentant des variations importantes.¹⁰⁶² Elle ne prête pas le flan facilement aux critiques relativistes.

Ses premières apparitions avérées remontent dans bon nombre d'aires culturelles au Ve siècle avant JC.

Ainsi l'observe-t-on en Chine dans les écrits de Confucius et des penseurs qui l'ont suivi.

Mais également en Inde, tant dans l'hindouisme, que dans le Jaïnisme, la religion Sikhs mais aussi chez les Bouddhistes, bien que peut-être moins clairement exprimée.

Elle est aussi présente dans l'Égypte ancienne, en Assyrie Babylonienne, dans le judaïsme biblique, dans l'Islam. On la trouve aussi dans les enseignements de Zoroastre, chez les Incas, dans certains proverbes Africains, qui restent peut-être la zone dans laquelle les études manquent le plus.¹⁰⁶³

Cette universalité a même conduit certains neurobiologistes à s'interroger sur une origine éventuellement biologique de la règle.

Donald W. Pfaff soutient que l'origine des comportements éthiques conformes à la règle d'or peut être trouvée dans les mécanismes cérébraux de tous les êtres humains, même si évidemment il existe des variations au niveau individuel.¹⁰⁶⁴

Il explique le mécanisme cérébral de mise en œuvre de la règle d'or en quatre étapes relativement claire pour le néophyte.

¹⁰⁶² « The Golden Rule is contained within the ethical systems of many of the world's most prominent religions such as Buddhism, Christianity, Confucianism, Hinduism, Islam, Jainism, Judaism, Sikhism, Taoism and Zoroastrianism. Alongside these world religions, many prominent thinkers also incorporate the Golden Rule into their philosophies. », Ciocchetti Corey A., « The Golden Rule », in Kolb Robert W. (Dir.), *The Encyclopedia of business and ethics*, SAGE Publications, 2007, Thousand Oaks (Etats-Unis), p. 1026

« Cette maxime, attestée dans toutes les grandes religions et dans toutes les aires culturelles [...]. », Du Roy Olivier, *La règle d'Or : Le retour d'une maxime oubliée*, Editions du Cerf, Paris, 2009, p. 9

« It is perhaps rash to claim that the Rule is "[t]he only standard of duty common to all people." But it is certainly recognized in all cultures, and numerous studies show that it has been endorsed in all of the major and most minor religions. » Duxbury Neil, «Golden rule reasoning, moral judgment and law », *Notre Dame Law Review*, Avril 2009, édition électronique.

« It is commonly accepted that the Golden rule – most often formulated as “do unto others as you would have them do unto you” – is a unifying element between many diverse religious traditions, both Eastern and Western. Its influence also extends beyond such traditions, since many non-religious individuals hold up the golden rule as central to their lives. », Gensler Harry J., *Ethics and the Golden Rule*, Routledge Press, New-York, 2013, édition électronique Kindle, emplacement 5 sur 7384.

¹⁰⁶³ Bien que certains pourraient s'en offusquer, il faut ajouter qu'on trouve des comportements conformes à la règle d'or dans le monde animal, en particulier chez les primates les plus évolués, mais pas uniquement. Dans ce sens voir Olivier Du Roy, Donald W. Pfaff etc.

¹⁰⁶⁴ Pfaff Donald W., *The Neuroscience of Faire Play, Why we (usually) follow the Golden Rule*, Dana Press, New-York, Washington D. C., édition électronique Kindle, emplacements 105 et suivants.

« The theory has four steps. In the first step, one person considers taking a certain action with regard to another; for example, Ms Abbott considers knifing Mr. Besser in the stomach. Before the action takes place it is represented in the prospective actor's brain, as every act must be. This act will have consequences for the other individual that would-be actor can understand, foresee, and remember. Second, Ms. Abbott envisions the target of this action, Mr. Besser. Third comes the crucial step: she blurs the difference between the other person and herself. Instead of seeing the consequences of her act for Mr. Besser, with gruesome effects to his guts and blood, she loses the mental emotional difference between his blood and guts and her own. The fourth step is the decision. Ms. Abbott is now less likely to attack Mr. Besser, because she shares his fear (or, more precisely, she shares the fear he would experience if he knew what she was contemplating). »¹⁰⁶⁵

Selon lui, pour qu'une telle éthique soit si répandue, il faut qu'elle repose sur des circuits cérébraux simples. Il relie donc les comportements conformes à la règle d'or aux circuits de la peur et du stress, à des mécanismes de perte d'information qui permettent l'identification avec autrui, mais aussi avec les mécanismes basiques de la sexualité et de l'amour parental qui servent de base aux comportements sociaux de manière générale.¹⁰⁶⁶

Certes, on n'en fera sans doute pas une panacée, mais même seulement dans sa version négative, elle peut être un outil relativement neutre favorisant l'application du droit humanitaire.

Ainsi que le souligne Neil Duxbury, il s'agit d'une opinion qui trouve un certain écho dans la doctrine.

« Various writers have argued that the Rule provides a rationale not only for laws of armed conflict (such as those concerning the treatment of prisoners of war) and for nations respecting mutual treaty agreements and one another's rights to independence, but also for humanitarian intervention and other forms of rescue. ». Il renvoie à quelques auteurs américains et australiens : Erik H. Erikson, Germain Grisez, Ernest D. Burton, et John Finnis. Certes ils ne sont pas nécessairement des figures phares de la recherche universitaire en matière de conflits armés, mais il n'en demeure pas moins qu'ils ont pu avancer l'utilité d'un tel usage dans le contexte du droit international humanitaire.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁵ Pfaff Donald W., *The Neuroscience of Faire Play, Why we (usually) follow the Golden Rule*, Dana Press, New-York, Washington D. C., édition électronique Kindle, emplacement 911 sur 4882.

¹⁰⁶⁶ « Thus, an ethical switch could reside, for example, in the prefrontal cortex or the amygdala. When the switch is flipped into one position, it "turns off" the self-other distinction and the images of two individuals – say myself and the target of my intended action – are merged. The result is empathic behavior that obeys the Golden Rule. When the switch is flipped into the opposite position, the images remain distinct from each other, and I may harm the target. » Ibidem, emplacement 1127 sur 4842

¹⁰⁶⁷ Duxbury Neil, « Golden rule reasoning, moral judgment and law », *Notre Dame Law Review*, Avril 2009, édition électronique.

En effet, s'abstenir de torturer revient en tout point à ne pas faire à un autre ce que l'on ne voudrait pas que l'on nous fasse. Et plus exactement, à ne pas traiter l'autre d'une manière dont il ne souhaite pas être traité.

D'une simplicité extraordinaire dans cette formulation, elle semble pouvoir être entendue et comprise dans toutes les aires culturelles ou presque.

Elle paraît ainsi pouvoir être un outil utile dans la diffusion du droit international humanitaire auprès des populations, mêmes les moins formées.

§2. Traitement humain et bienveillance.

Le droit humanitaire au-delà de son appartenance au droit positif est une morale, une éthique de comportement qui prend sa source dans deux domaines bien différents de l'existence humaine. Il établit une équation entre les nécessités de la guerre et l'inacceptable. Il est des choses que rien, jamais, ne saurait justifier. C'est cet inacceptable qui introduit dans le droit positif une morale qui se veut universelle et qui repose sur la bienveillance. Nous argons ainsi que le traitement humain est une exigence bienveillance (I) et qu'à côté des horreurs de la guerre, celle-ci a permis des actes opposés, les sauvetages qui ont effectivement assuré la protection des victimes du conflit armé (II).

I. Le traitement humain, une exigence de bienveillance ?

Mais d'où vient cette exigence de bienveillance, sur quoi repose-t-elle ? Il nous semble que la réponse se trouve dans les grands textes du droit des conflits armés et d'abord dans la clause de Martens, que nous rappelons ici :

« 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 »¹⁰⁶⁸. En effet, comme le souligne Rupert Ticehurst la clause de Martens « indique que le droit des conflits armés n'offre pas seulement un code de droit positif, mais aussi un

¹⁰⁶⁸ Bien qu'apparue pour la première fois dans la Convention II de La Haye de 1899, et qu'il aurait pu paraître logique de choisir cette première version, nous avons choisi un extrait du Protocole I de 1977 en raison de la place donnée à la clause (dans son article 1^{er}) et de la volonté d'en perpétuer l'importance. En effet, la formulation de 1899 « En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté... », laissait penser qu'elle perdrait un jour tout intérêt. Or le choix de le maintenir dans les règles du Protocole de 1977 qui forme certainement avec les Conventions de Genève un code plus complet des lois de la guerre, au contraire souligne son importance renouvelée. De plus, le vocabulaire utilisé a évolué et est mieux adapté au contexte contemporain.

code moral. »¹⁰⁶⁹ Un code moral dont il faut à la fois respecter la lettre mais également l'esprit, un esprit d'humanité.

Parce que là où le droit n'est plus, il faut qu'il reste quelque chose et ce quelque chose n'est autre qu'une morale de la bienveillance, de l'empathie et de la compassion : une réponse à la souffrance partagée par l'autre.

Les références à l'humanité sont ainsi récurrentes dans les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels de 1977 pour qualifier le comportement que doivent adopter les personnes impliquées dans le conflit.

La première occurrence se trouve dans l'article 3 commun aux trois conventions de Genève qui exige que toute personne tombée au pouvoir de l'ennemi dans un conflit non international soit traitée avec humanité. Cette exigence se retrouve dans les articles 12 des Conventions I et II, 13 de la Convention III et 27 de la Convention IV relatifs au traitement des personnes protégées.

Comme le rappelle Cordula Droege, Jean Pictet faisait du traitement humain le véritable leitmotiv de droit humanitaire en 1958¹⁰⁷⁰. Le commentaire mis à jour en 2016 de l'article 12 de la Convention I de 1949 affirme que ce traitement humain est la pierre angulaire de ce droit, un seuil à ne pas franchir dans les traitements des personnes au pouvoir d'une Partie contractante¹⁰⁷¹.

Ces références à un traitement humain se trouvent également au-delà du droit contemporain dans des écrits anciens dans de nombreuses régions du globe.

« En Chine, en 500 av. J. C., Sun Tzu ordonne des principes d'humanité à appliquer lors des combats comme le respect des prisonniers de guerre et l'interdiction d'exterminer l'adversaire. Vers 200 av. J.

¹⁰⁶⁹ TICEHURST Rupert, « La clause de Martens et le droit des conflits armés », RICR n°824, 30 avril 1997, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzgrl.htm>, 24/07/2016.

¹⁰⁷⁰ DROEGE Cordula, « « Le véritable leitmotiv » : l'interdiction de la torture et d'autres formes de mauvais traitements dans le droit international humanitaire », RICR, n°867, 30 septembre 2007, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/review/review-867-p515.htm>, 24/07/2016.

¹⁰⁷¹ Extraits des commentaires des conventions de Genève, 2016 :

« The obligation of humane treatment of protected persons is a cornerstone of international humanitarian law. It is to be found in various humanitarian treaties, past and present,^[66] as well as in customary international law. »

“While the expected standard of medical and other care may vary depending on the circumstances (in particular, it may be significantly higher than the minimum standard imposed by the requirement of humane treatment), it must never under any circumstances fall below the threshold of humane treatment. »

https://www.icrc.org/applic/ihl/droit_international_humainaire.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=7003F58893E0A473C1257F150050B452#_Toc452043454, 24/07/2016

C. en Inde, l'empereur Açoka, converti au bouddhisme, impose à ses sujets une règle de comportement, la « Loi de piété ». Celle-ci exige le respect de toute vie humaine ou animale. Açoka prévoit en outre que son principe doit être appliqué en temps de paix comme de guerre. »¹⁰⁷²

Cette référence à l'humanité renvoie à son double sens. D'abord celui d'une attitude, d'un mode de comportement. « L'humanité est d'abord la qualité de l'être humain, autrement dit la nature humaine. [...] Ce terme désigne aussi la bienveillance ou la compassion, la culture comprise comme perfection de l'humanité, la politesse, la civilité, le savoir-vivre ». ¹⁰⁷³
Elle est aussi la collectivité humaine, l'ensemble des individus qui la compose et quelque chose de plus nous l'avons vu.

Aussi à notre sens, la morale du droit humanitaire traduit-elle bien l'idée qu'au-delà du droit, il faut puiser dans la bienveillance partagée par tous les êtres humains pour limiter l'inacceptable de la guerre. La clause elle-même introduit dans le droit, la bienveillance comme dernière norme rempart.

Ainsi, la bienveillance, l'empathie et la compassion, comme morale sont des ressorts du respect du droit au même titre que l'honneur du guerrier ou la crainte de la sanction.

La bienveillance consiste à souhaiter le bien d'autrui. Selon l'Encyclopedia of Ethics, elle présente quatre caractéristiques :

« (1) it is primarily an emotive disposition to care about the good of others; (2) it is a an ethically desirable character trait, hence a virtue; (3) its dominant emotive element is cognitively guided and it motivates action; and (4) it is a basic component of human nature found in all normal human beings¹⁰⁷⁴. »¹⁰⁷⁵

Ces quatre points expliquent que l'on puisse trouver partout des actes de bienveillance qui devraient pouvoir être entendus comme tels par tous les êtres humains. Epargner la vie de

¹⁰⁷² HAROUEL-BURELOUP Véronique, « Droit international humanitaire : la coutume ».

<http://www.grotius.fr/droit-international-humanitaire-la-coutume/>, 24/07/2016

¹⁰⁷³ Humanité, Dictionnaire des Notions, Encyclopédie Universalis, Version Kindle, emplacement 20493.

¹⁰⁷⁴ Traduction proposée par nous : « (1) Il s'agit au premier chef d'une disposition émotionnel à se soucier du bien d'autrui ; (2) c'est un caractère éthiquement désirable ; (3) son élément émotionnel dominant est guidé par la perception et il est le moteur de l'action ; (4) elle est un composant basique de la nature humaine présent chez tous les êtres humains normaux. »

¹⁰⁷⁵ Benevolence. Encyclopedia of ethics, Par Lawrence C. Becker, Charlotte B. Becker, Routledge, New-York, 2001, p. 134

quelqu'un, lui donner à manger, un toit, lui rendre un service etc, sont des actes que l'on peut tous comprendre. Le relativisme n'a pas de prise sur la compréhension de l'acte bienveillant. Il peut toutefois en avoir sur la valeur qu'on lui attribue dans une société donnée, si l'acte est valorisé ou diminué.

Il faut alors travailler sur la perception de la bienveillance et en plus de son développement en tant que telle.

Or dans le cadre d'un conflit armé, la bienveillance n'est certainement pas la qualité la plus encouragée dans les relations que l'on peut entretenir avec l'ennemi. Elle n'apparaît pas au même titre que l'honneur comme une qualité militaire essentielle. Mais elle a sans doute un rôle plus important à jouer dans les conflits dans lesquels la population civile et des combattants non-professionnels sont appelés à participer.

Parce que sans doute, la bienveillance ou la compassion n'apparaissent pas à leur place dans le conflit armé, les comportements bienveillants ont moins fait l'objet d'étude que les comportements cruels ou inhumains. Mais comprendre d'où ils sont issus apporterait sans doute une des clefs de leur généralisation.

II. Le sauvetage comme acte de bienveillance.

Comme les auteurs ayant travaillé sur cette notion l'indiquent très clairement, il n'y a pas une seule forme de sauvetage ni un seul genre de sauveteurs¹⁰⁷⁶. Certains sont motivés uniquement par l'altruisme mais d'autres fondent leurs actions sur des raisons moins honorables. Certains exécuteurs ont même pu, selon les circonstances, faire preuve de clémence. Il n'est donc pas possible d'établir un schéma homogène du sauvetage ou de l'acte de bienveillance dans le cadre d'une politique de massacres organisés.

Malgré cela, au travers de l'exemple des sauveteurs altruistes, il est possible d'affirmer que la bienveillance a un rôle à jouer dans le respect du droit humanitaire. L'action de ces derniers se distingue des autres cas de sauvetage par le fait qu'elle est totalement désintéressée.

Nechama TEC, spécialiste de l'Holocauste, et une des pionnières du travail sur le sauvetage et la résistance durant la seconde Guerre Mondiale, a identifié six caractéristiques des sauveteurs altruistes :

¹⁰⁷⁶ Voir « I - Entre histoire et mémoire. La notion de sauvetage », in Jacques Sémelin et al., La résistance aux génocides, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique », 2008 (), p. 33-38.

« En résumé, ces caractéristiques et motivations communes sont les suivantes : individualisme et sentiment d'être à part, qui vont de pair avec une intégration imparfaite dans leur environnement social respectif ; indépendant ou autonomie leur permettant d'agir selon leur convictions personnelles, sans tenir compte du jugement d'autrui ; profond engagement à défendre les gens dans le besoin et antécédents durables d'actes de charité ; tendance à concevoir l'aide apportée aux juifs sous un jour prosaïque, modeste, avec un refus d'admettre l'aspect extraordinaire ou héroïque d'un sauvetage ; début du sauvetage non prémédité, non planifié, autrement dit, un sauvetage qui s'est fait progressivement ou soudainement, voire de façon impulsive ; et perception universaliste des juifs. »¹⁰⁷⁷

Il n'est naturellement pas possible d'agir sur toutes ces caractéristiques afin d'améliorer le respect du droit humanitaire de manière générale. Mais deux éléments nous paraissent plus particulièrement intéressants ici.

D'une part, il est noté que les sauveteurs altruistes sont le plus souvent des personnes qui, avant même la survenue du conflit ou de la politique génocidaire, avaient l'habitude de venir en aide aux autres, de protéger les plus démunis. Nechama TEC insiste sur cet habitus comme facteur déterminant. En effet, parce que ce type de comportement est ancré dans les usages des sauveteurs altruistes, il leur paraît naturel et sa mise en œuvre ne demande pas de réflexion.¹⁰⁷⁸ Ils agissent en fonction d'une norme morale qu'ils ont complètement internalisée.

D'autre part, leur perception des autres êtres humains est dite universaliste, c'est-à-dire, qu'ils les perçoivent avant tout comme des êtres humains au-delà de leurs appartenances, de leurs identités culturelles ou religieuses, de leur genre etc. Cette vision universaliste est en totale contradiction avec les mécanismes de déshumanisation à l'œuvre dans les crimes de guerre et permet à ceux qui la préservent de continuer à respecter les principes d'humanité, même lorsque la législation officielle oblige au contraire.

Comme nous l'avons vu précédemment, les travaux du doyen Carbonnier sur la production de la norme ont démontré que le but qu'il convient de poursuivre pour qu'une norme soit pleinement respectée est justement son internalisation. Cela permet à l'obligation de trouver son origine non plus dans une contrainte extérieure mais dans un sentiment intérieur indiscutable.

¹⁰⁷⁷ TEC Nechama, « Chapitre 6 : Qui a osé sauver des juifs et pourquoi ? », in Jacques Sémelin et al., *La résistance aux génocides*, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique », 2008 (), p. 121.

¹⁰⁷⁸ Ibidem p.

Or les sauveteurs altruistes semblent avoir intégré la bienveillance comme une norme de conduite obligatoire. On pourrait alors imaginer améliorer le respect du droit humanitaire en travaillant sur les principes de respect de la vie humaine, de la bienveillance, de la compassion pendant le temps de paix. Créer une culture de la solidarité et de l'entraide qu'il ne serait pas si facile de démanteler.

Jacques SEMELIN souligne par exemple que dans certains cas, les coutumes locales ont facilité la mise en œuvre des sauvetages dans la France occupée. Il note par exemple que « [d]ans le cas du Chambon-sur-Lignon et des communes avoisinantes, on soulignera encore que l'accueil des enfants chez des familles d'agriculteurs ou dans des pensions constitue une tradition sur ce plateau du haut Vivarais depuis la fin du XIXe siècle et qu'en somme, cette tradition s'est logiquement poursuivie dans le temps de la guerre et de l'Occupation, envers les enfants juifs accompagnés ou non de leurs familles. »¹⁰⁷⁹

De même l'histoire d'une communauté peut également influencer son attitude face à une minorité persécutée. Les groupes qui avaient eux-mêmes ont eux-mêmes été victime de persécution sont plus susceptible de venir en aide aux victimes d'une politique génocidaire que les autres. Ce fut le cas en France pendant la seconde Guerre Mondiale, avec les Protestants¹⁰⁸⁰, mais aussi durant le génocide arménien en Turquie, avec les Kurdes et les Arabes¹⁰⁸¹.

Dans le même ordre d'idées, Claire ANDRIEU explique que « [l]es traditions de contrebande ou de fraude, les habitudes diverses d'indiscipline citoyenne peuvent faciliter une certaine loi du silence qui vient au secours des persécutés et de leurs aides »¹⁰⁸².

A contrario, Philippe BRETON souligne que l'Allemagne du IIIe Reich ainsi que le Rwanda au moment du génocide étaient des sociétés dans lequel le niveau de violence était très élevé, facilitant alors le passage à l'acte. Il évoque une socialisation par la violence liée au contexte historique des zones concernées¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁹ SEMELIN Jacques, « Introduction. De l'aide au sauvetage », in Jacques Sémelin et al., La résistance aux génocides, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique », 2008 (), p.31

¹⁰⁸⁰ Ibidem

¹⁰⁸¹ TEVOSYAN Hasmik, « Chapitre 10 : Les pratiques de sauvetage durant le génocide des arméniens », in SEMELIN Jacques et al., La résistance aux génocides, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique », 2008 (), p. 185-204.

¹⁰⁸² ANDRIEU Claire, « Conclusion : Le sauvetage, une notion renouvelée », in Jacques Sémelin et al., La résistance aux génocides, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), « Académique », 2008 (), p.501.

¹⁰⁸³ Voir BRETON Philippe, « Chapitre 4 : Un opposant à la sauvagerie ? », in Les Refusants, La Découverte, 2009, version Kindle, emplacement 1631 et s.

Sur l'ensemble de ces aspects, il est possible de développer des politiques d'incitation à la solidarité, d'accroître les échanges culturels et religieux, d'améliorer la connaissance du droit et des exigences du traitement humain pour qu'ils soient intégrés comme le seul comportement admissible. Le rôle du droit pénal international n'est pas négligeable non plus. En rendant à l'individu une responsabilité personnelle dans la commission des actes contraires au droit humanitaire, il se trouve contraint de prendre en compte les conséquences et la nature des actes en question.

CONCLUSION GENERALE

Le sujet de cette thèse est infini et pourrait sans aucun doute faire l'objet d'un domaine de recherche à part entière. L'analyse des causes du non-respect récurrent au droit international humanitaire devrait être au droit international humanitaire ce que la criminologie est au droit pénal interne.

Face à un droit qui, somme toute, a atteint un degré d'achèvement juridique rare, l'essentiel de l'effort doit se concentrer sur la compréhension des violations dont il est sans cesse l'objet. Réconcilier universalité juridique du droit et persistance des crimes de masse peut sembler impossible. Nous avons tenté ici de tracer quelques pistes aux fins d'un essai de compréhension des facteurs du non-respect du droit international humanitaire.

L'étude successive de sa nature universelle, de sa formation et de l'abandon de la réciprocité a permis de confirmer l'opinion soutenue depuis longtemps par le CICR, le droit international humanitaire ne présente pas de carence qui le rende inadapté aux formes contemporaines de recours à la force armée.

Malheureusement de nombreuses réticences des acteurs armés auxquels il est destiné font obstacle à sa bonne application. Nous avons concentré nos efforts sur deux facteurs particuliers de non-respect du droit international humanitaire qui reposent sur le même paradoxe. Dans le cadre du développement de ce droit, les Etats ont convenu de l'instauration de grands principes généraux : l'abandon du principe de réciprocité et la stricte séparation du *jus in bello* et du *jus ad bellum*.

Or nos travaux mettent en évidence que ces deux principes constitutifs essentiels à la protection des personnes sont sans cesse remis en cause, non seulement dans un cadre juridique, ce qui peut être surprenant, mais également dans les faits.

Cela confirme bien qu'entre adoption de la norme et intégration de celle-ci, le chemin est semé d'embûches, d'impasses et d'interminables détours. Mais il existe « un troisième combattant ». Cette expression qui ne désignait que le CICR chez Marcel Junod, nous semble pouvoir être étendue

à tous les organismes et à toutes les personnes mobilisées en faveur de la promotion du droit international humanitaire auprès de tous.

De plus, le droit international humanitaire, n'est plus aujourd'hui le seul droit permettant d'assurer la protection de la personne humaine dans les situations de violence. Il est accompagné du droit international pénal et du droit international des droits de l'homme. Ensemble, ils nous paraissent former un bloc humanitaire qui continue de se renforcer au profit des êtres humains affligés par la guerre.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

A.

- Abikhzer Franck**, La notion juridique d'humanité, Tome 1, PUAM, Aix-en-Provence, 2005
Abou Selim, Cultures et Droits de l'homme, Hachette-Pluriel, coll. Intervention, Paris, 2002
Allen Mark W., Arkush Elizabeth N. (dir.), The archaeology of Warfare, University Press of Florida, USA, 2006, 549 p.
Alliot Michel, Le Droit et le service public au miroir de l'anthropologie, Karthala, Paris, 2003
Aristote, La Politique, I, 1, 1, Vrin, Librairie Philosophique, 1995, 598 p.

B.

- Beccaria Cesare**, Des délits et des peines, Traduit par Hélié Faustin, Guillaumin, Paris, 1870, 133 p., source www.bnf.fr
Bettati Mario, Droit humanitaire, Dalloz, 1^{ère} édition, Paris, 2012
Boniface Pascal, « *Le choc des civilisations et le conflit israélo-palestinien* », Revue internationale et stratégique, 2004/1, 53: 11
Brekke Torkel (dir.), The Ethics of War in Asian Civilizations, Routledge, Taylor & Francis Group, New-York, USA, 2006, 211 p.
Brown James Scott (dir.), The proceedings of the Hague Peace conferences, The Conference of 1899, 1268p.
Bruckner Pascal, La tentation de l'Innocence, Grasset, Le livre de poche, Paris, 1995, 283 p.
Buber Martin, Je et Tu, Aubier Philosophie, Paris, 2012

C.

- Carbonnier Jean**, Droit et Passion du droit sous la Vème République, Flammarion, Coll. Champs, 1996
Carbonnier Jean, Flexible droit, L.G.D.J, Paris, 10^{ème} édition, 2001, 493 p.
Chabal Mireille, Temple Dominique, La réciprocité et la naissance des valeurs humaines, L'Harmattan, Paris, 1995
Combacau Jean, Sur Serge, Droit international public, Domat-Montchrestien, Paris, 5ème édition, 2001

D.

- Daillier Patrick et al.**, Droit international public, L.G.D.J, Paris, 8ème édition, 2009
David Eric, "Principes de droit des conflits armés", Bruylant, Bruxelles, 2002
Decaux Emmanuel, La réciprocité en droit international, L.G.D.J, coll. Bibliothèque de droit international, Paris, 1980
Delmas-Marty Mireille, Les forces imaginantes du droit I : Le relatif et l'universel, Seuil, coll. La couleur des idées, Paris, 2004, 439 p.

Delmas-Marty Mireille, Le Relatif et l'Universel, Les forces imaginantes du droit I, Seuil, la Couleur des idées, Paris, 2004

Delmas-Marty Mireille et al., Le crime contre l'humanité, P.U.F, Paris, coll. « Que sais-je ? », 2013.

Domestici-Met Marie-José, Recherche sur le concept d'ordre public international en droit international public, thèse de doctorat soutenue sous la direction de René-Jean Dupuy Nice, 1979, non publiée.

Dunant Henry, Un souvenir de Solférino, CICR Publications, Genève, reproduction textuelle de l'édition originale de 1862, 1986 147p.

Dupuy Pierre-Marie, Kerbrat Yann, Droit International Public, Dalloz, coll. Précis, Paris, 2012, 929 p.

Dupuy René-Jean, L'humanité dans l'imaginaire des nations, Julliard, Conférences, essais et leçons du Collège de France, Paris, 1991

Du Roy Olivier, La règle d'Or : Le retour d'une maxime oubliée, Editions du Cerf, Paris, 2009

E.

Erman Michel, Eloge de la Vengeance, PUF, coll. La nature humaine, Paris, 2012, 126 p.

Evans Michael, From the long peace to the long war, Australian Defence College occasional series N°1, Commonwealth of Australia, 2007, 49 p.

G.

Gensler Harry J., Ethics and the Golden Rule, Routledge Press, New-York, 2013, édition électronique Kindle

George Fusun Ling, China developing : cultural identity of emerging societies, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd, Singapore, 2008, 210 p.

Ghorra-Gobin Cynthia (dir.), Dictionnaire des Mondialisations, Armand-Colin, Paris, 2007, 399 p.

Gilbert Guillaume, La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIe siècle, Le regard d'un juge, Paris, Pédone, 2003

Gottlieb Fichte Johann, Fondement du droit naturel, publié pour la première fois en 1796

Grataloup Christian, Géohistoire de la Mondialisation : Le temps long du monde, Armand Colin, coll. U. Géographie, 2007, 255 p.

Greilsammer Ilan, Le sionisme, Presses Universitaires de France « Que sais-je ? », Paris, 2005

H.

Henckaerts Jean-Marie, Doswald-Beck Louise, Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles, Evaluation du droit international coutumier, Bruylant, Bruxelles, CICR, Genève, 2006, 961p.

Herskowitz Melville J., Les bases de l'anthropologie culturelle, Paris : François Maspero Éditeur, 1967, 331 p., édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay

Hobbes Thomas, Le citoyen, GF-Flammarion, 1982

Honneth Axel, La lutte pour la reconnaissance, Editions du Cerf, Paris, 2002, 232p.

J.

Jerryson Michael K., Juergensmeyer Mark, *Buddhist Warfare*, Oxford University Press, New-York, USA, 2010, 257 p.

K.

Kant Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, *Doctrine du Droit*, J. Vrin, Paris, 2000, 143p.

Khin Zaw Suzan, « Tolérance, relativisme et raison. Locke et le multiculturalisme », in Ouellet Fernand, *Essai sur le relativisme et la tolérance*, Les Presses de l'Université de Laval, Laval (Canada), 2000

Kiné-Camara Fatou, *Pouvoir et Justice dans la tradition des peuples noirs*, L'Harmattan, Etudes Africaines, Paris, 2004, 246 p.

L.

Lambert Jacques, *La vengeance privée et les fondements du droit international public*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1936

Lamy Alice, « *Présentation de Lévi-Strauss Claude, Nature, culture et société, Les Structures élémentaires de la parenté* », Flammarion, Paris, 2008

Lejbowicz Agnès, *Philosophie du Droit International : l'impossible capture de l'humanité*, PUF, coll. *Fondements de la politique*, 1999

Lévy Bernard-Henri, *Réflexion sur la Guerre, le Mal et la fin de l'Histoire*, Grasset, Paris, 2001, 410 p.

Lévi-Strauss Claude, *Nature, culture et société, Les Structures élémentaires de la parenté*, chapitre I et II, GF-Flammarion, Paris, 2008, 128 p.

Locke John, *Traité du gouvernement civil*, GF-Flammarion, 1992, 384 p.

M.

Maalouf Amin, *Les identités meurtrières*, Grasset, 1998, 216 p.

Marguénaud Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 3eme édition, 2005

Mauss Marcel, *Essai sur le don*, PUF, coll. *Quadrige*, Paris, 2012

Merleau-Ponty Maurice, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, Paris, 1995 (Première édition 1945)

Montesquieu Charles Louis de Secondat, *De l'Esprit des lois*, édition numérique, Editions Kindle Amazon, nombre de pages de l'édition papier, 672 p.

O.

Osiel Mark J., *The End of reciprocity*, Cambridge University Press, New-York, édition Kindle, 2009.

Ouellet Fernand, *Essai sur le relativisme et la tolérance*, Les Presses de l'Université de Laval, Laval (Canada), 2000

P.

Peyrefitte Léopold, Droit de l'espace, éd. Dalloz, Paris, 1993

Pfaff Donald W., The Neuroscience of Fair Play, Why we (usually) follow the Golden Rule, Dana Press, New-York, Washington D. C., édition électronique Kindle

Pitts Jennifer, Naissance de la bonne conscience coloniale : les libéraux français et britanniques et la question impériale, 1770-1870, Editions de l'Atelier, Paris, 2008, 383p.

R.

Rawls John, Théorie de la Justice, Editions Points, Paris, 2009, première édition 1971

Rivière Claude, Introduction à l'anthropologie, Hachette Supérieur, coll. Les fondamentaux, Paris, 1999, 156 p.

Rocher Guy, Introduction à la sociologie générale, Éditions Hurtubise, Montréal, 3^{ème} édition, 1992

Rouland Norbert, L'Anthropologie Juridique, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, Paris, 1995, p.89

Rousseau Jean-Jacques, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, GF-Flammarion, 2008, 510 p.

Roy Olivier Du, La règle d'Or : Le retour d'une maxime oubliée, Editions du Cerf, Paris, 2009

S.

Sacco Rodolfo, Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit, Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2008, 270 p.

Sandoz Yves, Préface de l'étude sur le droit international humanitaire coutumier, volume I

Sassoli Marco, Bouvier Antoine A., Un droit dans la Guerre ? cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire, Volume I, CICR, Genève, 2003, 396p.

Sassoli Marco, Bouvier Antoine A., Un droit dans la Guerre ? cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire, Volume II, CICR, Genève, 2003, 2084p.

Satchivi Francis Amakoué, Les Sujets de droit : contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international, L'Harmattan, éd. Numérique Numilog, Paris, 2000.

Scelle Georges, Précis de droit des Gens. Principes et systématique, Dalloz, Coll. Facsimilé, Reproduction du volume 1 paru en 1932, Paris, 2008, 312p.

Sudre Frédéric, Droit international et européen des droits de l'homme, PUF, Paris, 12^e édition, 2015, 944p.

V.

Verdier Raymond, La vengeance : le face à face victime agresseur, Autrement, coll. Mutations, Paris, 2004, 273 p.

Voeffray François, L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales », Graduate Institute Publications, édition électronique, Genève, 2004.

W.

Walzer Michael, *Guerres juste et injustes*, Folio Essais Paris, 2006, 670p.

Widmer Charles, *Droits de l'homme et science de l'homme : pour une éthique anthropologique*, Librairie Droz, Genève-Paris, 1992

ARTICLES

A.

Adair Philippe, « *La Théorie de la justice de John Rawls* », *Contrat social versus utilitarisme*, *Revue française de science politique*, 41e année, 1991, 1: 81-96

Ago Robert, « *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne (Volume 134)* », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law.

« *Agora : The U.S. decision not to ratify Protocol I to the Geneva conventions on the protection of war victims* », *Letter of transmittal*, *AJIL*, 1987, 81: 910

Aldrich George H., « *Prospects for United States ratification of additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions* », *AJIL*, 1991, 85: 1 et s.

Alexidze Levan, « *Criteria for the identification of norms of jus cogens in international law (172)* », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law.

Al-Midani Mohamed Amin, « *Le droit international humanitaire et la religion musulmane* », in Millet-Devalle Anne-Sophie (dir.), *Religions et droit international humanitaire*, Pedone, Institut de droit international humanitaire de San Remo, Paris, 2008, 48 et s

Al-Zuhili Wahbeh, « *Islam and international law* », *RICR*, Juin 2005, 85(858): 269 et s.

Andrade Roy D', « *The Sad Story of Anthropology 1950-1999* », *Cross-Cultural Research*, 2000, 34: 219.

Andrieu Claire, « *Conclusion : Le sauvetage, une notion renouvelée* », in Jacques Sémelin et al., *La résistance aux génocides*, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), « Académique », 2008, 501

B.

Bachelard Gaston, *Préface de Buber Martin, Je et Tu*, Aubier Philosophie, Paris, 2012

Baeriswyl Edith, Aeschlimann Alain, « *Réflexion sur une action de diffusion au Burundi Déclaration pour des normes de comportement humanitaire : un minimum d'humanité en situation de violence interne* », *RICR*, 826: 409-428

Baudens Lucien, « *Souvenirs d'une mission médicale à l'armée d'Orient* », *Revue des Deux Mondes*, 2e période, 1857, 7: 876-906

https://fr.wikisource.org/wiki/Souvenirs_d'une_mission_médicale_à_l'Armée_d'Orient/01

Basu Paul, « *Confronting the Past? : Negotiating a Heritage of Conflict in Sierra Leone* », *Journal of Material Culture*, 2008, 13: 233

Bellinger John B., III, « *Reflections on transatlantic approaches to international law* », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Spring 2007, 17: 513

Bernier Jean-Claude, « *Le gaz moutarde* », site web Mission Centenaire, Espace Scientifique, 8 septembre 2014.

Bettati Mario, « *Examen de la convention sur l'interdiction des armes classiques produisant des effets traumatiques excessifs* », Annuaire français de droit international, 1995, 41: 185 et s.

Bettati Mario, « *La convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction* », Annuaire français de droit international Ottawa, 18 septembre 1997, 43: 220.

Bitter Jean-Nicolas, « *Religions et négociations humanitaires, une approche du point de vue de la discipline de la résolution de conflit* », in Millet-Devalle Anne-Sophie (dir.), Religions et droit international humanitaire, Pedone, Institut de droit international humanitaire de San Remo, Paris, 2008, 67 et s.

Bolks Sean and Stoll Richard, « *Examining Conflict Escalation Within the Civilizations Context* », Conflict Management and Peace Science, 2003, 20: 85.

Bontems Claude, « *La découverte de l'anthropologie juridique, un témoignage* », Anthropologie et Droit, Intersections et Confrontations, Cahiers d'Anthropologie du droit, Revue Droit et Cultures, Hors-série, 2004/4, Karthala, Paris, 73.

Bourricaud François, « *Claude Lévi-Strauss, Les Structures élémentaires de la parenté* », Notice bibliographique, Journal de la société des océanistes, 1950, 6.

Bretton Philippe, « *Remarques générales sur les travaux de la Conférence de Genève sur la réaffirmation et le développement du Droit humanitaire applicable dans les conflits armés* », AFDI, 1977, 23 :197-220.

Bretton Philippe, « *Les Protocoles de 1977 additionnels aux Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes des conflits armés internationaux et non internationaux dix ans après leur adoption* », AFDI, 1987, 33: 544.

Breton Philippe, « *Chapitre 4 : Un opposant à la sauvagerie ?* », in Les Refusants, La Découverte, 2009, version Kindle, emplacement 1631 et s.

Brietzke Paul H., « *The South-North exchange on theory, culture and law: law culture and indigenous people* », Florida Journal of International Law, December, 2005, 17: 633.

Brown Weiss Edith, « *Asian society of International law* », *The second biennial General Conference of the Asian Society of International Law : "International Law in a Multi-polar and Multi-civilizational World : Asian Perspectives, Challenges and Contributions* », Tokyo, 1-2 Août 2009.

Bugnion François, « *Croix Rouge, Croissant Rouge, Crystal Rouge* », CICR, Genève, 2007, p. 10 et s.

Burgess Heidi, Burgess Guy M., « *What Are Intractable Conflicts ?* » Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder, posté en novembre 2003

Burton John W., « *Violence Explained: The Sources of Conflict, Violence and Crime and Their Prevention* », Manchester University Press, Manchester, New-York, 1997, 19

C.

Carrithers Michael, Candea Matei, Sykes Karen, Holbraad Martin, Venkatesan Soumhya, «*Ontology Is Just Another Word for Culture : Motion Tabled at the 2008* », Meeting of the Group for Debates in Anthropological Theory, University of Manchester, Critique of Anthropology, 2010, 30: 152.

Carter James H., « *Transnational Law, what is it? How does it differ from International Law and comparative law* », Penn State International Law Review, 2004-2005, 23: 797, HeinOnline.

Cauter Joël Van, « *Campagnes contre les mines antipersonnel et pour l'accès aux médicaments* », Les Temps Modernes, février 2004, 627: 148-159.

Chandrasanan Nirmala, « *The continuing relevance of customary international law in the development of international humanitarian law* », Sri Lanka Journal of International Law, 2009, 21(2): 56

Chetail Vincent, « *The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law* », RICR, Juin 2003, 85: 850.

Chimni B.S., « *Is there an asian approach to international law?* », The second biennial General Conference of the Asian Society of International Law : "International Law in a Multi-polar and Multi-civilizational World : Asian Perspectives, Challenges and Contributions", Tokyo, 1-2 Août 2009

Chopard Jean-Luc, « *La diffusion des règles humanitaires et la coopération avec les sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge au service de la prévention* », RICR, 30 juin 1995, 813: 272-291

Chopard Jean-Luc, Lusser Vincent, « *Pour qui parle les humanitaires ? Quelques réflexions sur la diffusion* », RICR, 31 août 1998, 826: 399-408

Cohen-Jonathan Gérard, « *La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme* », RTDH, 2002, 52: 1069 et s.

Cohn-Scali Valérie, Moliner Pascal, « *Représentations sociales et identité : des relations complexes et multiples* », L'orientation scolaire et professionnelle, 2008, 37(4): 465-482

Condorelli Luigi, « *La Cour internationale de Justice sous le poids des armes nucléaires : jura non novit curia ?* », RICR, 23 février 1997, 823

Corm Georges, « *Sortir de l'analyse religieuse des conflits* », Manière de Voir, février-mars 2016, 145: 20 et s.

Cornel Svante E., « *The War against terrorism and the conflict in Chechnya : a case for distinction* », The Fletcher forum of world affairs, Summer/Fall 2003, 27(2): 168

Cournoyer David E., Malcolm Barris P., « *Evaluating Claims for Universals: A Method Analysis Approach* », Cross-Cultural Research, 2004, 38: 319

Couston Mireille, « *Défis et perspectives pour le droit spatial du XXIe siècle* », RFDAS, 2002, 3

Crook John R., « *Contemporary practice of the United States relating to international law: international human rights and humanitarian law* », American Journal of International Law, April, 2009, 103: 351

D.

Daskalovski Zhidas, « *Towards an Integral Theory of Nationalism ? Case-Study Kosovo* », International Journal on Minority and Group Rights, 1999, 6: 485

Decaux Emmanuel, « *Déclarations et Conventions en droit international* », Cahiers du Conseil Constitutionnel, janvier 2007, 21

Decaux Emmanuel, « *De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire, CEDH (Gde Ch.) Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010* », RTDH, 2011, 86: 344.

Defoort Carine, Peerenboom Randall, « *Law and Order in China, III* », Cultural Dynamics, 2000, 12: 83

Deleau Olivier, « *Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités* », AFDI, 1969, 15: 7-23.

Denton Trevor, « *Cultural Complexity Revisited* », Cross-Cultural Research, 2004, 38: 3

Dhokalia Ramaa Prasad, « *The Codification of Public International Law* », Manchester University Press, 1970, 49 et s.

Dinstein Yoram, « *Commentaire au sujet du Protocole I* », RICR, 31 octobre 1997, 827

Dinstein Yoram, « *The ICRC Customary International Humanitarian Law Study* », International Law Studies Series US Naval War Collection, 2006, 82: 99 et s.

Dixon Rosalind, Stephens Dale, « *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism by David Kennedy* », Melbourne Journal of International Law 21, 2004, 5(2): 507

Djibril Ly, « *Fondements humanitaires dans la société pulaar en Mauritanie et au Sénégal* », RICR, décembre 1998, 832: 695-706

Domestici-Met Marie-José, « *Cent ans après La Haye, cinquante ans après Genève : le droit international humanitaire au temps de la guerre civile* », RICR, juin 1999, 834: 277-301

Domestici-Met Marie-José, « *Du jus cogens aux normes intransgressibles* », in *Au carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, Paris, 2002, p. 660 et s.

Droege Cordula, « « *Le véritable leitmotiv* » : *l'interdiction de la torture et d'autres formes de mauvais traitements dans le droit international humanitaire* », RICR, 30 septembre 2007, 867, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/review/review-867-p515.htm>, 24/07/2016.

Droege Cordula, « *Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ?* », RICR, septembre 2008, 871

Dubout Edouard, « *La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme* », RTDH, 2007, 70: 397 et s.

Durham Helen, « *International Humanitarian Law and the Gods of War: The Story of Athena versus Ares* », Melbourne Journal of International Law 13, 2007, 8(2): 248

Duxbury Neil, « *Golden rule reasoning, moral judgment and law* », Notre Dame Law Review, Avril 2009.

E.

Edelman Bernard, « *Le concept juridique d'humanité* », in *La personne en danger*, PUF, coll. Doctrine juridique, Paris, 1999

Ellis Glynn, « *Gauging the Magnitude of Civilization Conflict* », Conflict Management and Peace Science, 2010, 27: 219

Emmanuel Claude C., « *Comments on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* », Canadian Yearbook of International Law, 2006, 44: 447

Engeland Anisseh Van, « *The differences and similarities between international humanitarian law and Islamic humanitarian law: Is there ground for reconciliation?* », Journal of Islamic Law and Culture, 2008, 10(1): 81–99

Erakat Noura, « *The U.S. v. The Red Cross : Customary International Humanitarian Law and Universal Jurisdiction* », Denver Journal of International Law and Policy, 2012-2013, 41: 225 et s.

Eriksson Stephen, « *Humiliating and degrading treatment under international humanitarian law : criminal accountability, state responsibility, and cultural considerations* », The Air Force Law Review, 2004, 55: 269

Evans Carolyn, « *The Double-Edged Sword: Religious Influences on International Humanitarian Law* », *Melbourne Journal of International Law* 1, 2005, 6(1): 1

F.

Fassin Didier, « *Beyond good and evil? Questioning the anthropological discomfort with morals* », *Anthropology Theory*, 8(4): 333–344

Ferguson Niall, « *Prisoner Taking and Prisoner Killing in the Age of Total War: Towards a Political Economy of Military Defeat* », *War In History*, 2004, 11: 148

Feldman Noah, « *War and Reason in Maimonides and Averroes* », 9 *J. Islamic L. & Culture* 65, 2004, HeinOnline

Ferguson R. Brian, « *Materialist, cultural and biological theories on why Yanomami make war* », *Anthropological Theory*, 1(1): 99–116

Fey Mark, Ramsay Kristopher W., « *The Common Priors Assumption: A Comment on "Bargaining and the Nature of War"* », *Journal of Conflict Resolution*, 2006, 50: 607

Franklin Sarah, « *Re-thinking nature–culture* », *Anthropological Theory*, 3(1): 65–85

Freeman Mark, « *The Universal Through the Local* », *Culture Psychology*, 2004, 10: 239

Friedman Robi, « *The Group and the Individual in Conflict and War* », *Group Analysis*, 2010, 43: 281

Fouchard Isabelle, « *La formation du crime contre l'humanité en droit international* », in Delmas-

G.

Gartzke Erik, Skrede Gleditsch Kristian, « *Identity and Conflict: Ties that Bind and Differences that Divide* », *European Journal of International Relations*, 2006, 12: 53

Gasser Hans-Peter, « *An appeal for ratification by the United States* », *AJIL*, 1987, 81: 913

Girard René, « *Pourquoi la violence ?* », Dumouchel Paul (dir.), *Comprendre pour agir : Violence, victimes et vengeances*, Actes du colloque du 6 décembre, L'Harmattan, Paris, 2000, 19

Goldsmith Benjamin E., « *A Universal Proposition? Region, Conflict, War and the Robustness of the Kantian Peace* », *European Journal of International Relations*, 2006, 12: 533

Gómez Robledo Antonio, « *Histoire législative du ius cogens (172)* », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law.

Gräzin Igor, « *Law is a myth* », *Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, 2005, 18: 23–51

Greilsammer Ilan, « *Réflexions sur l'identité israélienne aujourd'hui* », *Cités*, 2007/1, 29: 40

Grenfell Katarian, « *Regard sur l'applicabilité et l'application du droit international humanitaire : le contexte onusien* », *RICR*, 2013, 95: 137 et s.

Guellali Amna, « *Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés* », *RGDIP*, 2007, 3: 548-549

Güth Werner, Marchand Nadège, Rullière Jean-Louis, « *Equilibration et dépendance du contexte. Une évaluation expérimentale du jeu de négociation sous ultimatum* », *Revue économique*, 1998, 49(3): 785-794

H.

Hadjian Joseph, « *Emile Durkheim et la taille des crânes, Au nom de la science...* », *DEES*, mars 1999, 115

Hammersley Martyn, « *Challenging Relativism: The Problem of Assessment Criteria* », *Qualitative Inquiry*, 2009 originally published online 2 December 2008, 15: 3

Hanqin Xue, « *International law in a Changing world* », The second biennial General Conference of the Asian Society of International Law : "International Law in a Multi-polar and Multi-civilizational World : Asian Perspectives, Challenges and Contributions", Tokyo, 1-2 Août 2009

Haroff-Tavel Marion, « *Promouvoir des normes visant à limiter la violence en situation de crise : un défi, une stratégie, des alliances* », *RICR*, 829: 5-20

Harouel Véronique, « *Gustave Moynier : le Bâtitteur, de Jean de Senarclens* », *RICR*, 30 juin 2001, 842: 554-557

Harouel-Bureloup Véronique, « *Droit international humanitaire : la coutume* », <http://www.grotius.fr/droit-international-humanitaire-la-coutume/>, 24/07/2016

Hastrup Kirsten, « *Violence, suffering and human rights* », *Anthropological Theory*, 3(3): 309–323

Hathaway Oona A., « *Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?* », *Journal of Conflict Resolution*, 2007, 51: 588

He Xiaodong, « *The Chinese humanitarian heritage and the dissemination of and education in international humanitarian law in the Chinese People's Liberation Army* », *RICR*, mars 2001, 841: 141-153

Heintze Hans-Joachim, « *Recoupement de la protection des droits de l'Homme et du droit international humanitaire (DIH) dans les situations de crise et de conflit* », *Cultures & Conflits* [En ligne], hiver 2005, mis en ligne le 23 février 2006, 60

Hénaff Marcel, « *Mauss et l'invention de la réciprocité* », *Revue du MAUSS*, 2010/2, 36: 71

Henckaerts Jean-Marie, « *Etude sur le droit international humanitaire coutumier. Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés* », traduction de l'article original paru in *RICR*, mars 2005, 857: 175-212.

Henckaerts Jean-Marie, « *Customary International Humanitarian Law : Taking Stock of the ICRC Study*», *Nordic Journal of International Law*, 2010, 78: 435-468

Hermann I., Palmieri D., « *Les nouveaux conflits : une modernité archaïque ?* », *RICR*, mars 2003, 849(85): 36

Higgins Rosalyn, « *Ethics and International Law* », *Leiden Journal of International Law*, 2010, 23: 277–289

Hirst Paul Q., « *Another Century of Conflict? War and the International System in the 21st Century* », *International Relations*, 2002, 16: 327

Hobson Marian, « *Laws and Universality, Laws and History* », *International Journal for the Semiotics of Law*, 2010, 23:265–281

Hoecke Mark Van, Warrington Mark, « *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine : towards a new model for comparative law* », *International and Comparative Law Quarterly*, 47

Hoffman Michael M., « *Peace-enforcement actions and humanitarian Law : Emerging rules for "interventional armed conflicts"* », *RICR*, mars 2000, 837

Hogroian Ferdinand, « *Comments on Customary International Law* », *International Legal theory*, 1998, 4(17): 17

Holleufeur Gilbert, « *Peut-on célébrer le 50e anniversaire des Conventions de Genève ?* » *RICR*, mars 1999, 833: 135-148

Honneth Axel, « *La théorie de la reconnaissance, une esquisse* », *Revue du MAUSS*, 2004/1 no 23, p. 133-136

Honneth Axel, « *Visibilité et invisibilité. Sur l'épistémologie de la « reconnaissance »* », Revue du MAUSS, 2004/1, 23: 137-151.

Howard Jessica, « *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib, edited by Karen Greenberg and Joshua Dratel* », Melbourne Journal of International Law 8, 2005, 6(1): 189.

Howard S. Levie, « *Review, Reviewed Work: New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949 by Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf* », AJIL, avril 1983, 77(2): 379

I.

Ikäheimo Heikki, « *Un besoin humain vital. La reconnaissance comme accès au statut de personne* », Reconnaissance, identité et intégration sociale, Presses universitaires de Paris Ouest, Nanterre, 2009

Ingram John Dwight, « *The Geneva convention is woefully outdated* », Penn State Law Review, 2004-2005, 23: 79, HeinOnline

J.

Jura Christian, « *Kosovo – History and actuality* », AGORA, International Journal of Juridical Science, 2013, 3: 82

K.

Kaldis Byron, « *Law, aesthetic symbolism and utopia : a kantian reading* », International Journal for the Semiotics of Law, 2003, 16: 233–258

Kahneman D., Knetsch, J., Thaler R., « *Fairness and the assumptions of economics* », Journal of Business, 1986, 59(4): 285-300

Kanazawa Satoshi, « *Where Do Cultures Come from?* », Cross-Cultural Research, 2006, 40: 152

Karagiannis Syméon, « *Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme vaetera et nova* », RTDH, 2005, 61: 33 et s.

Kelly Toby, « *Book Review: Violence in War and Peace: An Anthology* », Anthropological Theory, 2006, 6: 129

Kenneth D., Fuat Keyman Emin, « *Identity-based conflict : Rethinking security in a Post-Cold War world* », Global governance, 1997, 3: 319

Keohane Robert O., « *Reciprocity in international relations* », International organization, 40(1): 1

Kipp Jacob W., « *Russia's Wars in Chechnya* », The Brown Journal of World Affairs, Winter/Spring, 2001, 8(1): 49-50

Kiss Alexandra-Charles, « *La notion de patrimoine commun* », Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, 1982, 175

Kleffner Jann K., « *The applicability of international humanitarian law to organized armed groups* », RICR, juin 2011, 882: 443-461

Klein Josh, « *Where Should We Stand to Get the Best Perspective on Collective Violence?* », Critical Sociology, 2007, 33: 957

Kochi Tarik, « *The Problem of War -- Rawls and the Law of Peoples* », Law, Culture and the Humanities 2007, 3: 244

Kök Havva, « *Reducing violence : applying the human needs theory to the conflict in Chechnya* », USAK Yearbook, 2008, 1: 25

Kolb Robert, « *Sur l'origine du couple terminologique ius ad bellum/ius in bello* », RICR, 1997, 79 :827

Kosuge Margaret, « *The « non-religious » red cross emblem and Japan* », RICR, mars 2003, 85(849): 75 et s.

Krebs Ronald R., « *Israel's Bunker Mentality* », Foreign Affairs, Novembre-Décembre, 2011, Volume 90(6): 11

Kriesberg Louis, « *Identity Issues* », Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder, posté en juillet 2003

Krotz Esteban, « *Towards Unity in Diversity in World Anthropology* », Critique of Anthropology, 2006, 26: 233

Kuperwasser Yosef, Lipner Shalom, « *The problem is palestinian rejectionism* », Foreign Affairs, Novembre-Décembre 2011, 90(6): 2

L.

Laburthe-Tolra Philippe, « *Le fondement des problèmes d'identité en anthropologie sociale* », Journal des africanistes, 2007, mis en ligne le 13 avril 2010, 77(2)

Lahlou Rachid, « *L'Islam et le DIH : vers une coopération renforcée au service de l'humanité* », in Millet-Devalle Anne-Sophie (dir.), Religions et droit international humanitaire, Pedone, Institut de droit international humanitaire de San Remo, Paris, 2008, 210 et s.

Lambek Michael, « *Value and virtue* », Anthropological Theory, 8(2): 133–157.

Lang Caroline, « *L'Affaire Nicaragua/Etats-Unis devant la Cour internationale de Justice* », L.G.D.J, Paris, 1990, 111

Lapidot Ruth, Shany Yuval, Rosenzweig Ido, « *Israel and the Two Protocols Additional to the Geneva Conventions* », Policy Paper 92, Jerusalem, December 2011

Lauri Hannikainen, Hanski Raija, Rosas Allan, « *Implementing Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, The Case of Finland* », Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, 46

Lauterpacht Hersch, « *Les sujets du droit des gens* », Règles générales du droit de la paix, RCADI, 062: 272

Le Huérou Anne, Regamey Amandine, « *La guerre russe en Tchétchénie : discours antiterroriste et légitimation de la violence* », Critique internationale, 2008/4, 41: 99-118

Lesh Michelle, « *The Public Committee Against Torture in Israel v The Government of Israel: The Israeli High Court of Justice Targeted Killing Decision* », Melbourne Journal of International Law 21, 2007, 8(2): 373

Lokaneeta Jinee, « *A Rose by Another Name: Legal Definitions, Sanitized Terms, and Imagery of Torture in 24* », Law, Culture and the Humanities, 2010, 6: 245

Lyall Rewi, « *Voluntary Human Shields, Direct Participation in Hostilities and the International Humanitarian Law Obligations of States* », Melbourne Journal of International Law 11, 2008, 9(2): 313

M.

MacGregor David, « *Bringing war criminals to justice in Australia* », September 2007, 32(3): 154-157

Magro John, « *Thin Red Line – The future of the Red Cross emblems* », Israel Defense Forces Law Review, 1: 291-310

Maleuvre Didier, « *Beyond Culture* », Journal of Human Values, 2004, 10: 131

Mani V.S., « *International humanitarian law : an Indo-Asian perspective* », RICR, 841: 59-76

Maréchal Jean-Paul, « *L'éthique économique de John Rawls* », L'Économie politique, 1/2003, 17: 94-112

Marker Sandra, « *Unmet Human Needs* », Beyond Intractability. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder, posté en août 2003, <http://www.beyondintractability.org/essay/human-needs>

Maoz Ifat, McCauley Clark, « *Threat, Dehumanization, and Support for Retaliatory Aggressive Policies in Asymmetric Conflict* », Journal of Conflict Resolution, 2008, 52: 93

Marker Sandra, « *Unmet human needs* », Beyond Intractability. Ed. Guy Burgess and Heidi Burgess, Conflict Information Consortium, University of Colorado, Boulder, posté en août 2003

Markowitz Fran, « *Talking about culture* », Anthropological Theory, Vol 4(3): 329–352

Maslow Adam H., « *A theory of Human Motivation* », Psychological Review, 1943, 50: 370-396.

Mastorodimos Konstantinos, « *Belligerency recognition: past, present, future* », Connecticut Journal of International Law, Spring 2014

McCormack Timothy L.H., « *Conceptualizing violence: present and future developments in International Law: panel I* », Albany Law Review, 1997, 60: 681

McCormack Timothy L.H., « *The Contribution of the International Criminal Court to Increasing Respect for International Humanitarian Law* », The University of Tasmania Law Review, 2008, 27(1)

McCormack Timothy L.H., « *An Australian Perspective on the ICRC Customary International Humanitarian Law Study* », International Law Studies Series US Naval War Collection, 82 : 93-94

McDougal Myres S. et al., « *Theories About International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence* », Virginia International Law Journal, 1968, 8: 192-194

Mednicoff David M., « *Humane wars? International law, Just War theory and contemporary armed humanitarian intervention* », Law, Culture and the Humanities, 2006, 2: 373

Merlin Aude, Le Huérou Anne, « *Le conflit Tchétchène à l'épreuve de la reconnaissance* », Cultures et Conflits, Automne 2012, 87

Meron Theodor, « *The time has come for the United States to ratify Geneva Protocole I* », AJIL, 1994, 88: 678 et s.

Meron Theodor, « *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience* », American Journal of International Law, January 2000, 94: 78

Meron Theodor, « *The Humanization of Humanitarian Law* », American Journal of International Law April 2000, 94: 239

Meyrowitz Henri, « *Les guerres de libération et les conventions de Genève* », Politique étrangère, 1974 - 39e année, 6 : 608-609

Mitchell David S., « *The prohibition of rape in international humanitarian law as a norm of jus cogens : clarifying the doctrine* », Duke Journal of Comparative & International Law, Spring / Summer 2005, 15: 219

Misrahi Robert, « *Martin Buber, philosophe de la relation* », Nouvelle présentation, in Buber Martin, Je et Tu, Aubier Philosophie, Paris, 2012, 21

Miyazaki Shigeaki, « *The Martens clause and international humanitarian law* », Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes des conflits armés en l'honneur de Jean Pictet, mélanges, CICR, Martinus Nijhoff, Genève, La Haye, 1984, 433

Mosler Hermann, « *Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public* », in Mélanges offerts à Henri Rolin, Problème de droit des gens, Pédone, Paris, 1964

N.

Nahlik Stanislaw, « *La Conférence de Vienne sur le droit des traités. Une vue d'ensemble* », AFDI, 1969, 15: 42

Ni Aolain Fionnuala, « *Conceptualizing violence: present and future developments in international law : panel II* », Albany Law Review, 1997, 60: 883

Nicholls Leah M., « *The humanitarian monarchy legislates: the International Committee of the Red Cross and its 161 rules of customary international humanitarian law* », Duke Journal of Comparative & International Law Fall, 2006, 17: 223

Nunn Charles L., Borgerhoff Mulder Monique, Langley Sasha, « *Comparative Methods for Studying Cultural Trait Evolution: A Simulation Study* », Cross-Cultural Research, 2006, 40: 177

Nusseibeh Sari, « *Palestine : l'histoire avance plus vite que les idées* », Politique étrangère, 2013/3 Automne, 11

Nuzzo Luciano, « *David M. Seymour: Law, Antisemitism and the Holocaust* », International Journal for the Semiotics of Law, 2009, 22: 355–364

O.

Ochoa Christiane, « *The individual and Customary International Law Formation* », Virginia Journal of International Law, 2007-2008, 48(1): 179

Ohlin Jens David, « *The Torture Lawyers* », Harvard International Law Journal, Winter 2010, 51: 193

P.

Pan Junwu, « *Chinese philosophy and international law* », The second biennial General Conference of the Asian Society of International Law : "International Law in a Multi-polar and Multi-civilizational World : Asian Perspectives, Challenges and Contributions", Tokyo, 1-2 Août 2009

Parisi Francesco, Ghei Nita, « *The role of reciprocity in international law* », Cornell International Law Journal, Spring 2003, 93-123

Parker Gumucio Cristián, « *Interculturality, Conflicts and Religion: Theoretical Perspectives* », Social Compass, 2008, 55: 316

Paulus Andreas, « *International law and international community* », coll. Routledge Handbooks of International Law, dir. David Armstrong, New-York, 2009

Paust Jordan J., « *Dr. Francis Lieber and the Lieber Code* », ASIL Proceedings, 2001, 112 et s.

Perrin Christophe, « *Egalité et réciprocité : les clés de la philia aristotélicienne* », Le Philosophoire, 2007/2, 29: 261

Petersen Niels, « *International Law, Democracy and cultural diversity* », The second biennial General Conference of the Asian Society of International Law : "International Law in a Multi-polar and Multi-civilizational World : Asian Perspectives, Challenges and Contributions", Tokyo, 1-2 Août 2009

Pictet Jean, « *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre* », A. W. Sijthoff, Leiden et Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, 53

Pictet Jean, « *La formation du droit international humanitaire* », RICR, juin 2002, 846: 321-344

Pirinoli Christine, « *Entre terre et territoire : enracinement de l'identité palestinienne* », *Etudes rurales*, 2002/3, 163-164: 92-93

Pulles Gerit Jan, « *Crystallising an emblem : on the adoption of the third additional protocol to the Geneva conventions* », *Yearbook of International Humanitarian Law*, décembre 2005, 8: 296-319

Q.

Queguiner Jean-François, « *Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel* », RICR, Sélection française, 2016, 88: 313 et s.

Quervain Dominique J.-F. de et al., « *The Neural Basis of Altruistic Punishment* », *Science*, 2004, 305: 1254-1258

Quigley John, « *Competing claims to the territory of historical Palestine* », *The Guild Practitioner*, 2002, 59(76): 78

R.

Reiter-Korkmaz Axelle, « *Droit à la vie et répression du terrorisme* », *RTDH*, 1996, 26: 252 et s.

Rey-Schyr Catherine, « *Les Conventions de Genève de 1949 : une percée décisive, première partie* », *RICR*, 30 juin 1999, 833: 209-239

Reynolds Jefferson, « *Collateral damage on the 21st century battlefield : enemy exploitation of the law of armed conflict, and the struggle for a moral high ground* », *The Air Force Law Review*, 2005, 56: 1

Rigi Jakob, « *The war in Chechnya the chaotic mode of domination, violence and bare life in the post-soviet context* », *Critique of Anthropology*, 2007, 27: 37

Rishwort Paul, « *Current issues in the use of International Human rights law by the domestic courts of New Zealand* », *The second biennial General Conference of the Asian Society of International Law : "International Law in a Multi-polar and Multi-civilizational World : Asian Perspectives, Challenges and Contributions"*, Tokyo, 1-2 Août 2009

Roberts Guy B., « *The new rules for waging war : the case against ratification of additional Protocol I* », *Virginia Journal of International Law*, 1985-1986, 26: 121

Rogers Juliet, « *Free Flesh: The Matrix, the War on Iraq and the Torture of Democracy* », *Law, Culture and the Humanities*, 2007, 3: 416

Rotem Giladi, « *Out of Context: 'Undercover' Operations and IHL Advocacy in the Occupied Palestinian Territories* », *Journal of Conflict & Security Law*, 2010, 14(3): 393-439

Rothman Jay, Alberstein Michal, « *Individuals, groups and intergroups : theorizing about the role of identity in conflict and its creative engagement* », *Ohio State Journal on Dispute resolution*, 2013, 631

Rowlands Michael, « *Civilization, violence and heritage healing in Sierra Leone* », *Journal of Material Culture*, 2008, 13: 135

Ryszard Piotrowicz, « *Customary rules of international humanitarian law* », 2005, *ALJ*, 79: 479

S.

Samuel Vincent Jones, « *Has conduct in Iraq confirmed the moral inadequacy of international humanitarian law? Examining the confluence between contract theory and the scope of civilian immunity during armed conflict* », *Duke Journal of Comparative & International Law* Spring, 2006, 16: 249

Schmitt Michael N, « *21st Century Conflict: Can the Law Survive?* », *Melbourne Journal of International Law* 24, 2007, 8(2): 443

Schooten Hanneke Van, « *War as an Institutional Fact: Semiotics and Institutional Legal Theory* », *International Journal for the Semiotics of Law*, 2009, 22:307–320

Searle John R., « *Reality and relativism* », *Anthropological Theory*, 6(1): 112–121

Sellers Mortimer, « *Why States are bound by customary international law* », *International Legal theory*, 1998, 4(17): 22-23

Semelin Jacques, « *Introduction. De l'aide au sauvetage* », in Jacques Sémelin et al., *La résistance aux génocides*, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique », 2008, 31

Shane Darcy, « *Punitive house demolitions, the prohibition of collective punishments, and the Court of Israel* », 2002-2003, *Penn State International Law Review*, 21: 508, HeinOnline

Sidel Mark, « *The re-emergence of legal discourse in Vietnam* », *International and Comparative Law Quarterly*, 43

Sikka Sonia, « *Enlightened relativism: The case of Herder* », *Philosophy Social Criticism*, 2005, 31: 309

Sinha M. K., « *Hinduism and International Humanitarian law* », *RICR*, juin 2005, 87(858): 291

Simpson Gerry, « *The Death of Baha Mousa* », *Melbourne Journal of International Law* 19, 2007, 8(2) : 340

Smith Alison, « *Lessons from western Kosovo for the documentation of war crimes* », *Psychiatry, Psychology and Law*, 2000, 7(2): 235-238

Solomon Steven, « *Internal conflicts dilemmas and developments* », *The George Washington International Law Review*, 2006, 38: 579, HeinOnline

Sommaruga Cornelio, « *Unité et pluralité des emblèmes* », *RICR*, août 1992, 796

Sørli Mirjam E., Gleditsch Nils Petter, Strand Håvard, « *Why Is There So Much Conflict in the Middle East?* », *Journal of Conflict Resolution*, 2005, 49: 141

Spalding Nancy, « *A Cultural Explanation of Collapse into Civil War: Escalation of Tension in Nigeria* », *Culture Psychology*, 2000, 6: 51

Staub Ervin, « *Preventing violence and generating humane values: Healing and reconciliation in Rwanda* », *RICR*, décembre 2003, 852: 791-806

Stephens Dale, Lewis Michael W., « *The Law of Armed Conflict - A Contemporary Critique* », *Melbourne Journal of International Law* 3, 2005, 6(1): 55

Steuter Erin, Wills Deborah, « *'The vermin have struck again': dehumanizing the enemy in post 9/11 media representations* », *Media, War & Conflict*, 2010, 3: 152

Stevens Jacqueline, « *Sigmund Freud and International Law* », *Law, Culture and the Humanities*, 2006, 2: 201

Strawson John, « *Universalising International Law by Christopher Weeramantry (Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2004)* », *Melbourne Journal of International Law* 22, 2004, 5(2): 513

Subedi Surya P., « *The concept in Hinduism of 'just war'* », *Journal of Conflict & Security Law*, 2003, 8(2): 339–361

Summerfield Tracy, « *Families of meaning: dismantling the boundaries between law and society* », *International Journal for the Semiotics of Law*, 2003, 16: 155–175

Sur Serge, « *Sources du droit international – La coutume* », *JCP Droit international*, avril 1989, 13

Swartz Marc J., « *On the Substance and Uses of Culture's Elements* », *Cross-Cultural Research*, 2001, 35: 179

Sylvanus Nina, « *The fabric of Africanity* », *Anthropological Theory*, 7(2): 201–216

T.

Taibleson Rebecca, « *Negative reciprocity and Law* », *Law & Psychology*, University of Alabama, 2011

Tajfel Henri, « *La catégorisation sociale* », *Moscovici Serge*, *Introduction à la psychologie sociale*, Paris, 1972, Larousse, 295

Tarot Camille, « *Un inconnu célèbre : Marcel Mauss* », *Revue du Mauss*, 2010, 2(36)

Taylor Charles, « *La politique de reconnaissance* », *Multiculturalisme, Différence et Démocratie*, Flammarion, Paris, 2002 (Première édition en français 1994), 41.

Tec Nechama, « *Chapitre 6 : Qui a osé sauver des juifs et pourquoi ?* », in Jacques Sémelin et al., *La résistance aux génocides*, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique », 2008, 121

Tevosyan Hasmik, « *Chapitre 10 : Les pratiques de sauvetage durant le génocide des arméniens* », in Jacques Sémelin et al., *La résistance aux génocides*, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.) « Académique », 2008, 185-204

Ticehurst Rupert, « *La clause de Martens et le droit des conflits armés* », *RICR*, 30 avril 1997, 824, <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzgrl.htm>, 24/07/2016

Tigroudja Hélène, « *La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie* », *RTDH*, 2006, 65: 112 et s.

Tkatova Rima, « *Central asian states and international law : between post-soviet culture and Eurasian civilization* », *The second biennial General Conference of the Asian Society of International Law : "International Law in a Multi-polar and Multi-civilizational World : Asian Perspectives, Challenges and Contributions"*, Tokyo, 1-2 Août 2009

Tran Thao, Amat Jean-Paul, Pirot Françoise, « *Guerre et défoliation dans le Sud Viêt-Nam, 1961-1971* », *Histoire & mesure*, 2007, mis en ligne le 01 juin 2010.

V.

Valier Claire, « *Cruelty and the imperative to wage virtuous war* », *International Journal for the Semiotics of Law*, 2004, 17: 199–210

Van der Henst Jean-Baptiste, Mercier Hugo, « *Psychologie évolutionniste et raisonnement* », in Rossi Sandrine, Van der Henst Jean-Baptiste, *Psychologie du Raisonnement*, Deboek, 220

Verboven Koenraad, « *Cité et réciprocité* » *Le rôle des croyances culturelles dans l'économie romaine*, *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, 2012/4, 67e année, 914

Verdier Raymond, « *Introduction : Le système vindicatoire* », in Verdier Raymond (Dir.), *La vengeance*, T1, *La vengeance dans les sociétés extra occidentales*, Cujas, Paris

Villiger Mark E., « *The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties : 40 Years After* », *RCDAL*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 344: 155.

Virally Michel, « *Réflexions sur le "jus cogens"* », *Annuaire français de droit international*, 1966, 12: 5-29

Virally Michel, « *Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain* », *RCADI*, 1967, 222

W.

Wade Peter, « *Human nature and race* », *Anthropological Theory*, 4(2): 157–172

Wahbeh al-Zuhili (Sheikh), « *Islam and International Law* », *RICR*, juin 2005, 87(858): 282

Wang Zhi-an, « *Application of Human rights and humanitarian treaties in Chinese Courts : A question unable to be clearly answered both in law and in theory* », *The second biennial General Conference of the Asian Society of International Law : "International Law in a Multi-polar and Multi-civilizational World : Asian Perspectives, Challenges and Contributions"*, Tokyo, 1-2 Août 2009

Warburton Eve, « *Asia-Pacific, Islam and law in Indonesia the significance of symbols* », *African Institute of International Law*, 2008, 3: 1

Watkin Kenneth, « *Canada/ United States military interoperability and humanitarian law issues : Land mines, terrorism, military objectives and targeted killing* », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Spring / Summer, 2005

Watts Sean, « *Reciprocity and the Law of War* », *Harvard International Law Journal*, Summer, 2009, 50: 365

Weber Florence, « *Vers une ethnographie des prestations sans marché* », *Présentation de Mauss Marcel, Essai sur le don*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2012, p. 1

Weeramantry Romesh J., « *International decision Eritrea Ethiopia Claims Commission* », *American Journal of International Law*, April 2005, 99: 465

Wei Pan, « *Les valeurs fondatrices des sociétés contemporaines* », *Diogène*, 2008, 1(221):73-99

Werner Wouter G., « *From Justus hostis to rogue state the concept of the enemy in international legal thinking* », *International Journal for the Semiotics of Law*, 2004, 17: 155–168

Z.

Zank Michael, Braiterman Zachary, Entrée « *Martin Buber* », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 4 décembre 2014

Zawadski Paul, « *Aux origines d'Israël : deux regards récents sur le sionisme* », *Revue française de science politique*, 1996, 6: 997

Zoller Elizabeth, « *Peacetime unilateral remedies* », *Dobbs Ferry, New-York, Transnational*, 1984, 15

DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES.

B.

Bazin Marcel, Klein Claude, Lafon François, Perlemuter Lily, Schweitzer Ariel, *Universalis*, « *ISRAËL* », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 30 septembre 2014

URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/israel/>

Becker Lawrence C., Becker Charlotte B., Benevolence. Encyclopedia of ethics, Routledge, New-York, 2001

Bonte Pierre, Izard Michel, « Relativisme », Dictionnaire de l'éthnologie et l'anthropologie, PUF, Quadrige, Paris, 2000, p.618

Buirette Patricia, « RECONNAISSANCE, droit international », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 1 juillet 2014

C.

Ciocchetti Corey A., « *The Golden Rule* », in Kolb Robert W. (Dir.), The Encyclopedia of business and ethics, SAGE Publications, Thousand Oaks (Etats-Unis), 2007, p. 1026

D.

Derivy Daniel, « Mead George Herbet - (1863-1931) », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 20 mai 2014

Dieckhoff Alain, « SIONISME », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 29 septembre 2014
URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/sionisme/>

E.

Eisenmann Pierre Michel, « Fond des mers », Encyclopédie Universalis

J.

Jouhet Marguerite, « MACCABÉES LES », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 30 septembre 2014

URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/les-maccabees/>

K.

Kopp Peter F., « Croix Fédérale », entrée du Dictionnaire Historique de la Suisse, 2010,
www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F10104.php

Kukathas Chandran, entrée John Rawls, in Canto-Sperber Monique (dir.), Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, tome 2, 4e édition revue et augmentée, Paris, PUF, coll. " Quadrige/Dicos poche ", 2004

L.

Laperrousaz Ernest-Marie, Mantran Robert, Universalis, « PALESTINE », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 30 septembre 2014

URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/palestine/>;

P.

Parseval Charlotte de, « *Reconnaissance* », Dictionnaire des concepts philosophiques, Larousse, Paris, 2013 (Première édition 2006), p. 700

Perrot Odile, « KOSOVO ou KOSSOVO », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 17 septembre 2014

Péry Christophe, « CONFLIT ISRAËLO-ARABE - (repères chronologiques) », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 30 septembre 2014

URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/israelo-arabe-reperes-chronologiques/>

R.

Rey Alain (dir.), entrée « Vengeance », in Dictionnaire culturel en langue française, Le Robert, Paris, 2005

U.

Urjewicz Charles, « TCHÉTCHÈNES », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 18 septembre 2014, URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/tchetchenes/>

Universalis, « KOSOVO BATAILLE DE (15 juin 1389) », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 17 septembre 2014. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/bataille-de-kosovo/>

Universalis, « TCHÉTCHÉNIE RÉPUBLIQUE DE », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 18 septembre 2014, URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/republique-de-tchetchenie/>

Humanité, Dictionnaire des Notions, Encyclopédie Universalis, Version Kindle, emplacement 20493

PRESSE

Articles.

Astigarraga Isabelle, « Tchétchénie, trois ans de chaos », Le Monde diplomatique, mars 2000

Ayouch Thamy, « Autrui, fondement du sujet », in Penser l'Homme, Le Point Hors-série, avril-mai 2008, 17: 58

Champagne Marcelle, Caillet Romain, « Entretien avec Romain Caillet – Qu'est-ce que l'Etat islamique ? », Les clés du Moyens Orient, 8 juillet 2014

Chaudet Didier, « D'une guerre de libération tchétchène à une rébellion djihadiste : les racines du mal », Huffington Post, 31 janvier 2014

Fabre Michel, « La controverse de Valladolid ou la problématique de l'altérité », Le Télémaque, 2006, 29: 7-16

Francesco Tommaso Di, Scotti Giacomo, « Soixante ans de « purifications ethniques » », Le Monde Diplomatique, mai 1999

Gendreau Francis, « Au Vietnam, l' « agent orange » tue encore », Le Monde diplomatique, janvier 2006, p.11 et s.

Golub Philip S., « Rêve d'empire », Le monde diplomatique : Manière de voir : onde de choc, novembre-décembre 2001, 111: 14-17

Hayoun Maurice-Ruben, « Hommage à Martin Buber », Le Huffington Post, 15 juin 2015

Harling Peter, « Etat islamique, un monstre providentiel », Le Monde diplomatique, septembre 2014
Martin Jacques, "What the hell is the international community?", guardian.co.uk, 24/08/ 2006

Lévy Alexandre, « Les rêves de grandeur des Albanais », Courrier international, 28 novembre 2012

Radvanyi Jean, « Pourquoi Moscou relance la guerre de Tchétchénie », Le Monde diplomatique, novembre 1999

Ramonet Ignacio, « Tchétchénie », Le Monde diplomatique, février 2000

Riché Pascal, « Argent, effectifs, organisation... Ce que l'on sait de l'Etat islamique » Rue 89, 25 août 2014

Salanskis Jean-Michel, "La réinvention de l'humanisme", Le Point Hors-série, Penser l'homme, avril-mai 2008, 17: 97

Smolar Piotr, « Benyamin Nétanyahou assimile le Hamas à l'Etat islamique », Le Monde, 30 septembre 2014

Soulier Gérard, « Comment combattre le terrorisme ? », Le monde diplomatique : Manière de voir : Ondes de choc, novembre-décembre 2001, 111: 38-42

Tisdall Simon, « Hospital Appear on Desert Sands », The Guardian, 8 septembre 1990, 1264

Libération, « La Russie annonce la fin de la guerre en Tchétchénie », 16 avril 2009

Communiqué de presse

Communiqué de Presse Handicap International, « La Campagne contre les mines antipersonnel, 20 ans de révolte et d'obstination ».

Communiqué de presse « Pakistan : conférence sur l'action humanitaire au regard de la charia et du droit international humanitaire », 22 octobre 2014

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/news-release/2014/10-22-pakistan-conference-ihl-sharia-humanitarian-action.htm>

Communiqué de presse « Tunisie/Ligue des Etats arabes : séminaire régional sur la diffusion du droit international humanitaire », 25 avril 2002

<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzjed.htm>

DECLARATIONS OFFICIELLES.

Kellenberger Jakob, Convention sur les armes à sous-munitions : le CICR se félicite de la signature d'un accord historique », Déclaration de Jakon Kellenberger, Président du CICR, Convention sur les armes à sous-munitions, Cérémonie de signature, Oslo, 3 décembre 2008.

Sommaruga Cornelio, « Conférence d'examen des États parties à la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination », Déclaration du Président du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 22 avril 1996

Sommaruga Cornelio, « *Vers l'interdiction complète des mines antipersonnel, Conférence internationale sur une stratégie, Ottawa, 3-5 octobre 1996* », Déclaration du Président du CICR, 4 octobre 1996

COMMENTAIRES OFFICIELS.

CICR, Commentaire de la Première convention de Genève, 2016

CICR, Commentaire de la IIIe Convention de Genève de 1949, 1958

CICR, Commentaire du Protocole additionnel II de 1977, 1987

CICR, commentaire de l'article 38 Convention I, 1952

[https://ihl-](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1FE694B4698A6606C12563BD002C7DDD)

[databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1FE694B4698A6606C12563BD002C7DDD](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1FE694B4698A6606C12563BD002C7DDD)

DOCUMENTATIONS ONG (Rapports, fascicules d'informations...)

CICR, Contamination due aux armes à dispersion, février 2008, 4p.

HRW, Flooding South Lebanon : Israel's use of cluster munitions in Lebanon in July and August 2006, HRW Reports, Volume 20, Février 2008, 131p.

« Adoption of an additional distinctive emblem », Reports and documents, RICR, Mars 2006, 88(186): 187 et s.

DOCUMENTS AUDIOVISUELS

CMCInternational, Banning cluster bombs : the campaign and the treaty, documentaire, 18 juin 2010.

France 24, France 24 à la Une : Turquie/Conflit Kurde : la violence prend le pas sur la politique, <http://www.youtube.com/watch?v=XSnWJpkzMn8>

Handicap International, Les bombes à sous-munitions : la guerre après la guerre, documentaire 8 novembre 2008.

Partie I : <https://www.youtube.com/watch?v=AHZb8PTTqvo>

Partie II : <https://www.youtube.com/watch?v=fS1hb6xpg4I>

Handicap International Canada, Mines antipersonnel et bombes à sous-munitions : Histoires d'une mobilisation citoyenne, 11 juillet 2013.

https://www.youtube.com/watch?v=UfRm_sSXHbY

INA, La découverte des camps de la mort, reportage diffusé le 10 juin 1945,
<http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu04594/la-decouverte-des-camps-de-la-mort.html>

INA, La situation en Tchétchénie par Oumar Khanbiev
<http://www.ina.fr/video/I08287786/la-situation-en-tchetchenie-par-oumar-khanbiev-video.html>

INA, Guerre en Tchétchénie : rappel historique, (18/09/2014)
<http://www.ina.fr/video/2653425001005>

ICRC, Interview de François Bugnion, « Une histoire d'humanité : la saga des trois emblèmes ».
<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/audiovisuels/video/2014/150-years-emblems.htm>
Entretien avec Ronald Ofteringer, « Les organisations confessionnelles et chef religieux, partenaires essentiels de l'action humanitaire », 23 juillet 2015,
<https://www.icrc.org/fr/document/les-organisations-confessionnelles-et-chefs-religieux-partenaires-essentiels-de-laction>
Entretien avec Khoder El Tari, « Kenya : la protection juridique des prisonniers au cœur des discussions avec des spécialistes de l'Islam », 22 mai 2014,
<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/2014/05-14-kenya-somalia-interview-islam-ihl.htm>

SITES INTERNET

Aljazeera, « Israel PM demands recognition of Jewish state », 5 mars 2014, Aljazeera.com.,
« Arab league rejects Israel as Jewish state », 9 mars 2014, Aljazeera.com

Cluster Munition Coalition, <http://www.stopclustermunitions.org/en-gb/home.aspx>.

Diplomatie.gouv.fr, Section Crises et conflits, Haut-Karabagh,
<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/enjeux-internationaux/defense-et-securite/crises-et-conflits/haut-karabagh/>

ICRC, Réserve formulée par Israël le 6 juillet 1951,
<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=0BD95B51795B6A52C12563FF0047C48A>
Wiger Andreas, « Conférence sur le DIH et l'Islam en Iran », 28 novembre 2011,
<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/islam-ihl-interview-281106.htm>
« Iran : dialogue sur l'Islam et le droit international humanitaire à Qom », Eclairage, 1er décembre 2006,
<https://www.icrc.org/fre/resources/documents/feature/ihl-islam-event-011206.htm>

International Campaign to Ban Landmines, « Why the ban? », ICBL website, <http://www.icbl.org/en-gb/problem/why-the-ban.aspx>

Jerusalem Post, Discours de Benyamin Netanyahu à la tribune des Nations-Unies, <http://www.jpost.com/Arab-Israeli-Conflict/Full-text-of-Prime-Minister-Netanyahus-UN-speech-376626>

La paix maintenant, entretien avec Amos Oz et David Grossman par Ari Shavit pour Ha'aretz sur le thème de les révoltes et les questionnements dans la société civile israélienne Israël : quel sionisme ? quelle identité ? mis en ligne le 11 janvier 2003, <http://www.lapaixmaintenant.org/entretien-avec-Amos-Oz-et-David>

Le monde diplomatique, President discusses War on Terrorism in Address to the Nation World Congress Center Atlanta, Georgia, www.monde-diplomatique.fr

Le Point, « Israël-Palestine : la guerre des olives », 02/12/2013, http://www.lepoint.fr/monde/israel-palestine-la-guerre-des-olives-02-12-2013-1763897_24.php

Maryvonne Longeart, La notion d'intersubjectivité, http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/logphil/notions/autrui/esp_prof/synthese/intersub.htm

Nations Unies, Les Nations Unies et la lutte antimines, site internet des Nations Unies, page sur la Convention d'Ottawa, http://www.un.org/french/peace/mine/mine_convention.shtml

Nations Unies, «La question de Palestine », <http://www.un.org/french/Depts/palestine/history2.shtml>

TABLE DES DECISIONS, AVIS ET RESOLUTIONS

Cour internationale de Justice

Avis

11 avril 1949, "Réparation des dommages subis au service des Nations Unies", Recueil 1949

11 juillet 1950, « Statut du Sud-Ouest africain »

21 juin 1971, « Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité »

8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires

Décisions

9 avril 1949, « Affaire du Détroit de Corfou », Royaume-Uni contre Albanie.

20 février 1969, « Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord », République Fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas et Danemark

5 février 1970, Barcelona Traction Light and Power Company

27 juin 1986, « Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci », Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique

3 février 2006, « Activités armées sur le territoire du Congo », République démocratique du Congo c. Rwanda

Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie

17 novembre 1996, Erdemovic, jugement portant condamnation

16 novembre 1998, Delalic

10 décembre 1998, « Furundzija », chambre de 1ère instance

14 janvier 2000, Kupreškić et consorts (IT-95-16) "Vallée de la Lašva"

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, Marckx c. Belgique, 13 juin 1979

CEDH, Chypre c. Turquie, 4 octobre 1983

CEDH, Soering c. Royaume Uni, 7 juillet 1989, Requête n°14038/88

CEDH, Loizidou c. Turquie, 23 mars 1995

CEDH, Mc Cann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, Requête n° n°18984/91

CEDH, Kaya c. Turquie, 19 février 1998

CEDH, Ergi c. Turquie, 28 juillet 1998, Requête n°23818/94

CEDH, Bankovic et autres c. Belgique et autres, 12 décembre 2001

CEDH, Issaïeva c. Russie, 24 février 2005, Requête n°57950/00

Khachiev et Akaïeva c. Russie, 24 février 2005

CEDH, Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva contre Russie, 24 février 2005, Requêtes n° 57947/00, 57948/00 et 57949/00

CEDH, Kononov c. Lettonie, Troisième section, 20 septembre 2007, décision sur la recevabilité (Requête n° 36376/04)

CEDH, 24 juillet 2008, Kononov c. Lettonie, Troisième section (Requête n° 36376/04)

CEDH, 9 octobre 2008, Alberkov et autres c. Russie

CEDH, Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, 2 mars 2010, Requête n°61498/08

CEDH (Gde Ch.), 17 mai 2010, Kononov c. Lettonie, Requête n° 36376/04

CEDH, Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, 7 juillet 2011

CEDH, Al-Jedda c. Royaume-Uni, 7 juillet 2011

CEDH, Maskhadova et autres c. Russie, 6 juin 2013

CEDH, Abdulkhanov c. Russie, 3 octobre 2013

CEDH, Hassan c. Royaume-Uni, 16 septembre 2014

CEDH, Jaloud c. Pays-Bas, 20 novembre 2014

Sentences arbitrales

Cour permanente d'arbitrage, 1^{er} juillet 2003, Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie, PARTIAL AWARD Prisoners of War Eritrea's Claim 17

Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies

AGNU Résolution 2749, du 17 décembre 1970, XXVème Session, Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans.

Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies

Résolution 194 (III), 11 décembre 1948, « Palestine – Rapport intérimaire du Médiateur des Nations Unies »

Résolution 276 (1970), 30 janvier 1970, « La situation en Namibie »

Résolution 284 (1970), 29 juillet 1970, « La situation en Namibie »

Résolution 3236 (XXIX), 22 novembre 1974, « Question de Palestine »

Résolution 1244 (1999), 10 juin 1999 portant statut international du Kosovo, New-York

Résolution relative au Libéria, du 1^{er} août 2003. S/RES/1497 (2003)

Résolution portant création de la MINUL, du 19 septembre 2003 S/RES/1509

Conseil de sécurité, S/RES/1612 (2005)

Conseil de sécurité, S/RES/1674 (2006)

Résolution 1925 du 28 mai 2010

Résolution 1973(2011) du Conseil de Sécurité, 17 mars 2011, S/RES1973

Résolution 2155, 27 mai 2014

Autres

Circulaire du SGNU, 6 août 1999, ST/SGB/1999/13, « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies »

Opération des Nations Unies en Côte d'Ivoire. Résolution 1528 du 27 février 2004

Mission de l'organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo

Mission des Nations Unies au Soudan du Sud

Official records of the United Nations conference on the Law of Treaties

Résolution de l'Institut du droit international, Session de Paris, 1934, Régime des représailles en temps de paix

Arrêt du Lotus du 7 septembre 1927 de la Cour permanente de Justice internationale

Procès des Grands Criminels de Guerre devant le Tribunal Militaire International, Nüremberg 14 novembre -1 octobre 1946

Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre. Saint Petersburg, 11 décembre 1868

The Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Volume II-A, Discours d'ouverture du Président de la Conférence, Max Petitpierre

Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts

Commentaires aux Conventions de Genève, 1952

Déclaration israélienne du 22 janvier 1968

HCJ, The Public Committee against Torture in Israel, Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. Government of Israel, Prime minister..., Judgment of 11 Decembre 2005, Case HCJ, 769/02

HCJ, Physicians for human rights and others v. Prime minister and others and Gisha Legal Centre for Freedom of Movement and others v. Minister of Defense and others, Judgment of 19 January 2009, Cases HCJ 201/09 and HCJ 248/09

Déclaration relative à l'Etat indépendant et souverain du Kosovo, Assemblée du Kosovo, Pristina, 3 février 2003

TABLE DES CONVENTIONS ET TRAITES INTERNATIONAUX

Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les gaz asphyxiants

Traité de Versailles du 28 juin 1919

Charte des Nations Unies du 26 juin 1945

Statut de la Cour internationale de Justice du 26 juin 1945

Statut du Tribunal militaire international de Nüremberg du 8 août 1945

Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949

Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949

Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée le 4 novembre 1950 à Rome, entrée en vigueur le 3 septembre 1953

Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969

Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel signée à Paris, le 16 novembre 1972

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977

Convention des Nations unies sur le droit de la mer conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994

Préambule de la Convention d'Ottawa de 1997

Statut de la Cour Pénale internationale, du 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|----|
| INTRODUCTION : LES DEFIS DU DROIT HUMANITAIRE..... | 1 |
| PARTIE I. LE DROIT HUMANITAIRE, D'UN DROIT CONTRACTUEL CLASSIQUE A UN DROIT DE LA PERSONNE..... | 37 |
| TITRE I : UN ABSOLU CONCU COMME UNIVERSEL..... | 39 |
| CHAPITRE I : Universalité de la personne humaine..... | 41 |
| Section 1. La personne humaine, icône de l'Humanité..... | 41 |
| §1. La souffrance humaine comme référence universelle..... | 42 |
| I. Aux origines étaient la souffrance, la mort et la compassion..... | 42 |
| A. De l'émotion au droit : conventions de La Haye et conventions de Genève..... | 42 |
| B. L'émotion canalisée par la société civile : des exemples de campagnes..... | 46 |
| 1. La campagne contre les mines antipersonnel..... | 46 |
| 2. La campagne contre les bombes à sous-munitions..... | 52 |
| II. L'humain souffrant dépouillé de toute appartenance à un belligérant..... | 56 |
| A. Ignorer l'appartenance nationale : une des fondations du droit international humanitaire..... | 56 |
| B. Jus in bello, jus ad bellum : une distinction essentielle à l'individualisation des membres des parties au conflit..... | 58 |
| §2. La protection de la personne humaine au-delà de tout subjectivisme..... | 61 |
| I. L'émergence d'un sujet de droit protégé pour lui-même et par lui-même..... | 61 |
| A. Situation du problème..... | 61 |
| B. D'objet à sujet : la consécration de l'individu comme détenteur de droits et d'obligations..... | 64 |
| 1. Des droits..... | 64 |
| 2. Des obligations..... | 65 |
| C. Une place nouvelle accordée aux individus dans le droit coutumier..... | 67 |
| II. L'interdiction des discriminations défavorables : la consécration de l'universel humain..... | 69 |
| Section 2. La réponse à la souffrance humaine, un impératif catégorique reconnu..... | 71 |
| §1. Un champ pour le droit impératif ?..... | 72 |
| I. Point terminologique..... | 72 |
| A. Les normes impératives du droit international..... | 72 |
| B. Obligations erga omnes et les principes intransgressibles du droit international coutumier..... | 75 |
| II. Un droit impératif per se ?..... | 77 |

| | | |
|--|---|-----|
| A. | Un droit composé de règles présentant des caractéristiques identiques à celle du jus cogens. | 78 |
| B. | L'inaliénabilité des droits : la consécration de la protection de l'Humanité au travers de l'individu. | 85 |
| §2. | De nombreuses règles du DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE reconnues comme normes de jus cogens par les juridictions internationales. | 89 |
| I. | Une reconnaissance discutable par la CIJ. | 89 |
| II. | Une approche plus affirmée de la question par le TPIY. | 91 |
| CHAPITRE II : La quasi-universalité du droit international humanitaire. | | 93 |
| Section 1. Des conventions massivement ratifiées. | | 93 |
| §1. | Les Conventions de Genève de 1949, socle fondamental du droit international humanitaire. | 94 |
| I. | Elaboration des conventions. | 94 |
| II. | La question des réserves. | 98 |
| §2. | Les Protocoles additionnels de 1977. | 102 |
| I. | Une longue conférence, pour un résultat débattu. | 103 |
| II. | Une large participation garantie d'une certaine universalité. | 105 |
| III. | Des débats très politisés faits de vives oppositions. | 106 |
| Section 2. Une universalité renforcée par la coutume. | | 109 |
| §1. | La formation du droit international humanitaire : une interaction entre règles écrites et non-écrites. | 109 |
| I. | Une solide assise coutumière initiale. | 110 |
| A. | Des sources matérielles relativement homogènes dans diverses traditions. | 110 |
| 1. | Coutumes d'Europe. | 110 |
| 2. | Et d'ailleurs. | 112 |
| B. | Les premières codifications nationales et privées du XIXe siècle. | 114 |
| C. | La clause de Martens. | 116 |
| II. | La valeur coutumière du droit international humanitaire réaffirmée par les juridictions internationales. | 117 |
| A. | Par le Tribunal de Nüremberg. | 117 |
| B. | Par la CIJ. | 119 |
| §2. | Le développement du champ du droit humanitaire. | 122 |
| I. | Le développement du droit coutumier au travers de la jurisprudence du TPIY. | 122 |
| II. | L'Etude sur le droit coutumier menée par le CICR. | 125 |
| III. | Consécration onusiennes. | 129 |

| | | |
|---|---|-----|
| A. | L'application du DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE aux opérations de maintien de la Paix. | 130 |
| B. | L'application du droit international humanitaire par les Nations Unies..... | 131 |
| TITRE II. L'ABANDON PROGRESSIF DU PRINCIPE DE RECIPROCITE OU LA CONSECRATION D'UN DROIT DE LA PERSONNE HUMAINE..... | | 135 |
| CHAPITRE I : La réciprocité, un fondement du droit international en voie de disparition dans le DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE. | | 137 |
| Section 1. La réciprocité dans tous ses états. | | 138 |
| §1. | Réciprocité et droit international conventionnel, un principe indépassable. | 138 |
| I. | La réciprocité dans le droit conventionnel..... | 138 |
| A. | La réciprocité d'obligation ou réciprocité des engagements..... | 139 |
| B. | La réciprocité d'application..... | 140 |
| II. | La réciprocité dans le cadre d'un engagement unilatéral..... | 144 |
| III. | Le rôle du consentement réciproque dans le développement de la coutume... | 144 |
| §2. | La lente marche vers la fin de la réciprocité des engagements dans le DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE. | 146 |
| I. | Un droit de la guerre coutumier issu de concessions réciproques..... | 147 |
| II. | La réciprocité d'obligation dans le DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE : de <i>la clausula si omnes</i> ou maintien de l'application inter partes..... | 148 |
| A. | Les différentes formes de la réciprocité des engagements. | 148 |
| B. | Le choix historique de la <i>clausula si omnes</i> | 149 |
| C. | L'évolution vers une réciprocité <i>inter partes</i> , un choix humain. | 151 |
| Section 2. Le régime actuel : un fantôme de réciprocité. | | 153 |
| §1. | La règle posée par l'article 2 de la Convention de 1949, un changement de paradigme. | 153 |
| I. | Le régime introduit par l'article 2 des Conventions de 1949. | 153 |
| A. | Le maintien de la réciprocité <i>inter partes</i> dans l'article 2 commun des Conventions de Genève de 1949. | 154 |
| B. | Application volontaire des conventions et réciprocité automatique. | 155 |
| C. | L'abandon de l'exigence de reconnaissance de l'état de belligérance..... | 157 |
| II. | Un changement de logique incomplet mais durable. | 158 |
| §2. | La question de la réciprocité des engagements dans le cadre des conflits armés internes. | 162 |
| I. | L'application des obligations du droit des conflits armés aux acteurs non-étatiques dans les CANI classiques..... | 162 |
| II. | La problématique des groupes transnationaux. | 166 |

| | |
|--|-----|
| CHAPITRE II : La consécration difficile de l'absence de réciprocité d'application..... | 169 |
| Section 1. Des engagements unilatéraux pris par voie conventionnelle ?..... | 169 |
| §1. L'article 60 paragraphe 5 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. | 169 |
| §2. Les remparts à la réciprocité dans les grands textes du droit international humanitaire. | 177 |
| I. La fin de la réciprocité négative dans les Conventions de Genève. | 178 |
| A. Article 1 ^{er} commun : la consécration de l'engagement moral unilatéral des Etats. 178 | |
| B. Article 3 commun, une convention miniature révolutionnaire..... | 181 |
| C. L'article 2 §3 commun : la réintroduction de la réciprocité négative dans un seul cas de figure..... | 183 |
| II. La confirmation dans les autres textes du droit international humanitaire. | 184 |
| A. Les garanties fondamentales du Protocole I et du Protocole II de 1977 | 184 |
| B. L'exclusion de la réciprocité d'application dans le cadre du Protocole II. | 185 |
| C. Le cas des accords relatifs aux armes..... | 186 |
| Section 2. Au stade opérationnel : l'interdiction des représailles..... | 187 |
| §1. Interdiction des représailles, une évolution récente du droit international humanitaire. | 188 |
| I. Définition des représailles. | 188 |
| II. Régime juridique des représailles : L'évolution dans le temps. | 189 |
| §2. La réciprocité négative, dernière réminiscence indépassable de la réciprocité. | 193 |
| I. La résistance à l'abandon des représailles. | 193 |
| II. La question plus générale du respect du droit humanitaire dans le cadre de la réciprocité négative, licite en droit international, la légitime défense. | 196 |
| PARTIE II. UNE ANALYSE PLURIDISCIPLINAIRE DES FACTEURS DE RESISTANCE AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET DES STRATEGIES DE MISE EN ŒUVRE | 199 |
| TITRE I. LA LOGIQUE INTERNE DES RESISTANCES..... | 201 |
| CHAPITRE I : Le refus de renoncer à l'indestructible réciprocité expliqué par la place fondamentale de ce principe dans la société et dans le droit..... | 203 |
| Section 1. La Réciprocité en tant que ressort de la société et du droit. | 203 |
| §1. Réciprocité et production d'identité. | 203 |
| I. Exister par mon rapport à l'autre. | 205 |
| A. La fabrication de l'homme par l'homme en anthropologie..... | 205 |
| B. La naissance du soi par la relation à autrui dans la philosophie. | 208 |
| 1. Martin Buber, philosophe de la Réciprocité..... | 208 |

| | | |
|------|---|-----|
| 2. | Intersubjectivité et réciprocité dans la pensée de Maurice Merleau-Ponty. .. | 210 |
| II. | La reconnaissance réciproque..... | 211 |
| §2. | Réciprocité et société..... | 214 |
| I. | La réciprocité « une institution ancêtre » de toute société..... | 215 |
| A. | Ses origines dans la philosophie politique. | 215 |
| 1. | Une institution antique. | 215 |
| 2. | Une institution centrale. | 217 |
| B. | La réciprocité, comme fondement de la société dans les études anthropologiques. | 221 |
| 1. | Les dons et contre-dons ou la construction de la société..... | 221 |
| 2. | Une institution à l'origine de la culture..... | 223 |
| II. | La réciprocité, donnée essentielle de la création de la société internationale. | 228 |
| A. | Reconnaissance réciproque et naissance de la société internationale..... | 229 |
| B. | Vengeance et communauté internationale. | 230 |
| C. | Construction de la société internationale et droit..... | 232 |
| | Section 2. Le rôle de la réciprocité négative dans les conflits : la vengeance comme facteur de non-respect du droit international humanitaire..... | 235 |
| §1. | La vengeance comme réciprocité négative indépassable..... | 237 |
| I. | La notion de vengeance. | 237 |
| II. | Persistance du sentiment de vengeance..... | 240 |
| §2. | La vengeance, facteur criminogène dans le conflit armé. | 243 |
| I. | L'épuration « sauvage » à la Libération. | 243 |
| II. | Le cas du Burundi. | 245 |
| III. | Le conflit en Centrafrique..... | 247 |
| IV. | La Guerre de l'été 2014 à Gaza. | 248 |
| | CHAPITRE II : Une résistance au droit humanitaire fondé sur la justesse de la cause..... | 253 |
| | Section 1. La doctrine de la Guerre Juste..... | 253 |
| §1. | La doctrine de la Guerre Juste : une saine émulation entre jus in bello et jus ad bellum..... | 254 |
| I. | Guerre juste traditionnelle : Une juste cause et de justes moyens..... | 255 |
| A. | Les points clefs de la doctrine. | 256 |
| 1. | Le but poursuivi : la recherche de la paix..... | 256 |
| 2. | Les éléments de la guerre juste. | 258 |
| B. | Les Guerres justes et les façons de les mener..... | 260 |
| II. | Naissance du <i>jus ad bellum</i> et redéfinition des guerres justes..... | 261 |

| | | |
|------------|---|-----|
| A. | Formulation du principe..... | 262 |
| B. | Nouvelles acceptions de la guerre juste..... | 263 |
| 1. | L'interdiction du recours à la force armée et ses exceptions..... | 263 |
| 2. | L'article 1§4 du Protocole I de 1977 : Quand la légitimité de la cause dicte le droit applicable..... | 269 |
| §2. | Jus in bello, Jus ad bellum, les liaisons dangereuses..... | 270 |
| I. | Légitime défense et survie de l'Etat : la chute du droit humanitaire..... | 271 |
| II. | La juste cause ou la licence de violer le droit international humanitaire..... | 275 |
| A. | Les guerres à prétention morale..... | 276 |
| B. | Un cas individuel un peu surprenant devant la Cour européenne des droits de l'homme : de l'acceptation viscérale de la justesse des représailles et l'affirmation de leur interdiction..... | 278 |
| 1. | L'affaire..... | 279 |
| 2. | Mise en perspective..... | 283 |
| 3. | L'arrêt de Grande Chambre ou le retour à la raison de la Cour..... | 286 |
| Section 2. | Qualification d'un conflit : label d'une juste cause..... | 288 |
| §1. | Reconnaissance politique et fiction juridique : le nouveau cas de conflit armé international consacré par le Protocole I..... | 290 |
| §2. | Une réaction mitigée des Etats face à cette nouveauté..... | 293 |
| I. | La réponse des Etats dans leurs réserves et déclarations..... | 293 |
| A. | Conditionnement de la reconnaissance comme mouvement de libération nationale..... | 294 |
| B. | La question de la reconnaissance de belligérance..... | 295 |
| C. | Encadrement de la reconnaissance du statut de combattant : la crainte des Etats face au terrorisme..... | 298 |
| II. | La réserve des Etats sous forme de rejet du Protocole..... | 299 |
| Section 3. | Les revendications identitaires, une cause juste défendue dans les conflits les plus meurtriers..... | 302 |
| §1. | L'identité, une dimension essentielle des conflits..... | 303 |
| I. | L'identité, une définition..... | 303 |
| II. | Le besoin d'identité, moteur des conflits insolubles et cause des violations du droit international humanitaire..... | 304 |
| §2. | Conflits identitaires, juste cause et violations du droit international..... | 308 |
| I. | Le conflit au Kosovo..... | 308 |
| A. | Brève histoire du Kosovo..... | 308 |
| B. | La guerre d'indépendance..... | 310 |

| | | |
|------|--|-----|
| C. | Le Kosovo : une terre historique pour les Serbes, un foyer de peuplement pour les Albanais. | 312 |
| II. | Les guerres de Tchétchénie..... | 314 |
| A. | Formation de la Tchétchénie..... | 314 |
| B. | De la première guerre de Tchétchénie à la fin des opérations antiterroristes russes..... | 315 |
| C. | Les enjeux identitaires du conflit en Tchétchénie..... | 317 |
| III. | L'absence de reconnaissance dans le conflit israélo-palestinien..... | 320 |
| A. | Israël-Palestine, des destins liés..... | 320 |
| B. | Aux racines des deux Etats..... | 321 |
| 1. | Eretz Israël, la terre retrouvée. | 321 |
| 2. | La Palestine, une identité forgée dans le conflit..... | 324 |
| C. | Le conflit d'existence entre Israël et la Palestine..... | 328 |
| D. | Les enjeux civilisationnels. | 330 |
| | TITRE II : LE CHOIX DES VOIES DE PROMOTION LES PLUS ADAPTEES..... | 333 |
| | CHAPITRE I : La diversité culturelle apprivoisée..... | 335 |
| | Section 1. Comprendre et accepter la diversité..... | 335 |
| §1. | Diversité, relativisme et diffusion de la norme..... | 336 |
| I. | Approche de la diversité juridique. | 336 |
| A. | Le regard de l'anthropologue..... | 337 |
| B. | Grands systèmes symboliques et droit international. | 339 |
| II. | Comprendre le processus normatif pour pouvoir l'adapter à chaque contexte. ... | 341 |
| A. | L'apparition du droit..... | 342 |
| B. | Connaissance, adhésion, participation : les clefs du respect du droit. | 343 |
| III. | Les enseignements du relativisme : adopter une démarche respectueuse de la différence. | 348 |
| A. | L'égalité intrinsèque de toutes les cultures, le pendant obligé de l'égalité de tous les êtres humains. | 348 |
| B. | Appréhender les cultures autrement..... | 349 |
| C. | Morale et tolérance..... | 351 |
| §2. | L'histoire des emblèmes ou le renoncement à l'unicité. | 352 |
| I. | Origine de la Croix-Rouge sur fond blanc et la première remise en cause culturelle d'un symbole unique..... | 352 |
| A. | Introduction de l'idée d'un symbole uniforme. | 353 |
| B. | Le choix d'une croix rouge sur fond blanc..... | 355 |

| | | |
|---------------|--|-----|
| II. | Remise en question de l'unicité des emblèmes..... | 356 |
| A. | La création du Croissant rouge et du Lion et soleil : le risque de l'effet domino. | 357 |
| B. | L'introduction du cristal rouge : un symbole véritablement neutre..... | 362 |
| Section 2. | S'adapter pour mieux transmettre..... | 365 |
| §1. | Multiplicité des vecteurs de diffusion du droit : les initiatives locales du CICR. | 365 |
| I. | Une démarche adaptative..... | 365 |
| A. | Enjeux | 365 |
| B. | Méthodes..... | 367 |
| II. | Une diffusion attentive à l'altérité | 369 |
| A. | Reconstruire et prévenir la violence..... | 370 |
| 1. | Réconcilier une société déchirée : l'exemple du Rwanda..... | 370 |
| 2. | Prévenir la violence au Burundi..... | 371 |
| B. | Echanger avec les autorités religieuses : une nécessité..... | 372 |
| 1. | Maintenir le dialogue interreligieux en cas de conflit ouvert. | 373 |
| 2. | Des valeurs communes transmises par des autorités reconnues. | 374 |
| 3. | Encourager la coopération et la prise de parole des chefs religieux..... | 375 |
| §2. | Les cours régionales des droits de l'homme, un vecteur de respect et de développement du droit humanitaire matériel. | 377 |
| I. | La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de conflits armés ou l'application locale des principes du droit international humanitaire. 378 | |
| A. | La position officielle de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de conflits armés. | 378 |
| B. | L'extension de la compétence de la Cour à l'égard des conflits dans lesquels sont impliqués des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme..... | 382 |
| II. | Les prémices d'un droit des conflits armés européen. | 384 |
| A. | L'encadre du recours à la force meurtrière, une réappropriation des principes de la conduite des hostilités..... | 384 |
| 1. | Nécessité, proportion et précaution : les trois règles de base régissant le recours à la force. | 385 |
| 2. | Interdiction des armes et des attaques à effets indiscriminés, la mise en cause des bombardements aveugles..... | 388 |
| B. | L'obligation de poursuivre les violations commises..... | 392 |
| CHAPITRE II : | Promouvoir l'esprit humanitaire auprès des acteurs impliqués dans le conflit.... | 395 |
| Section 1. | Diplomatie humanitaire : la culture du résultat. | 395 |
| §1. | Formalisation des pratiques en un seul concept et mises en œuvre variées. | 396 |

| | | |
|-----|---|-----|
| I. | Diplomatie humanitaire : un concept ouvert..... | 396 |
| A. | Définitions. | 396 |
| B. | Les négociations humanitaires..... | 399 |
| II. | Mise en œuvre de la diplomatie humanitaire par les ONG. | 401 |
| A. | Etablissement des faits et lobbying..... | 402 |
| 1. | Human Rights Watch : Enquêter et témoigner..... | 402 |
| 2. | Amnesty International : Sensibiliser et mobiliser. | 405 |
| B. | L'appel de Genève : une approche innovante de l'encouragement du respect du droit international humanitaire dans les conflits armés internes..... | 407 |
| §2. | Le CICR, premier agent de la diplomatie humanitaire. | 411 |
| I. | Le CICR : une institution unique en son genre. | 411 |
| A. | Le statut international du CICR. | 412 |
| B. | Les Missions du CICR. | 413 |
| II. | La diplomatie humanitaire du CICR..... | 415 |
| A. | Le mode d'action principal du CICR : le dialogue bilatéral et confidentiel. | 417 |
| B. | Les modes d'action subsidiaires..... | 420 |
| | Section 2. Au-delà du droit et du relativisme, diffuser des valeurs encourageant son respect. | 422 |
| §1. | L'éthique de réciprocité. | 422 |
| I. | Sens de cette éthique..... | 423 |
| II. | Portée..... | 425 |
| §2. | Traitement humain et bienveillance. | 429 |
| I. | Le traitement humain, une exigence de bienveillance ? | 429 |
| II. | Le sauvetage comme acte de bienveillance..... | 432 |
| | TABLE DES MATIERES | 469 |

RESUME EN FRANCAIS

Le droit international humanitaire fait partie de ses rares branches du droit international qui bénéficient d'une très large adhésion de la part de la Communauté Internationale et de la société civile. Ses conventions fondamentales, les Conventions de Genève de 1949 sont aujourd'hui universellement ratifiées. Leurs Protocoles additionnels de 1977 sans avoir atteint ce stade ont tout de même recueilli l'adhésion de plus des trois quarts des Etats de monde.

De plus, la quasi-totalité des règles qui composent le droit international humanitaire fait partie du droit international coutumier qui s'impose de manière générale à tous, sauf le cas des objecteurs persistants.

Les juridictions internationales, Cour Internationale de Justice et Tribunal Pénal International, ainsi que la doctrine se sont accordés pour voir dans les règles du droit des conflits armés des normes dotées d'une valeur supérieure aux normes ordinaires. Elles ont ainsi été qualifiées d'obligations erga omnes, de principes intransgressibles du droit international et enfin de jus cogens ou normes impératives. Il ne saurait y avoir de plus grande reconnaissance juridique au sein de l'ordre public international à ce jour.

En sus, le droit international humanitaire, au moins dans ses grands principes, apparaît comme un des éléments fondamentaux d'une morale internationale dans un monde globalisé. Aux côtés des Etats et du CICR, la société civile s'est emparée de la question de son respect et même de son développement et nombre d'organisations internationales travaillent en ce sens.

On ne pourrait ainsi envisager une situation plus propice à son respect que cette unanime consécration juridique et sociale. Pourtant le droit international humanitaire est violé à chaque seconde qui passe. L'objet de cette thèse est de tenter de réfléchir aux facteurs qui expliquent la récurrence de ces violations, qu'ils soient juridiques, anthropologiques ou sociologiques. Nous n'avons pas la prétention de les saisir tous mais plus modestement de nous attarder sur certains comme la permanence du rôle de la réciprocité dans les conflits armés ou la résurgence de la juste cause. Enfin, nous ébauchons les traits des quelques solutions envisagées et mises en œuvre afin de favoriser le respect d'un droit si fondamental.

SUMMARY

International humanitarian law is one of the rare domains of international law which receive almost the entire support of the International Community and the Civil Society. Its fundamental conventions, the 1949 Geneva Conventions are, today, universally ratified. Additional Protocols of 1977, without having reached this stage, have been signed by more than three quarters of the States of the world.

Moreover, almost all of the rules that form international humanitarian law are part of international customary law which is compulsory for all, except for persistent objector.

International jurisdictions, International Court of Justice and International Criminal Court, as well as doctrine agree that the rules of the law of armed conflict should be considered of superior value compared to ordinary norms. They have been qualified as obligations erga omnes, intransgressible principles of international law and even as jus cogens or imperative law. One cannot think of a better legal acknowledgment.

Furthermore, international humanitarian law, at least its essential principles, appears to be one of the fundamental elements of an international moral in a globalized world. With the States and the ICRC, civil society has seized the question of its respect and even its development and many NGO work for it.

We couldn't contemplate a more favorable situation to ensure its respect that this unanimous legal and social recognition. However, the international humanitarian law is infringed every passing second. The aim of this thesis is to try to study the factors which explain the recurrence of infringements, be them legal, anthropological or sociological. We do not pretend being able to analyze them all, but more modestly we intend to study some of them, like reciprocity or just cause. Finally, we try to present some of the solutions that may be of use to ensure the respect of such a fundamental domain of law.

