

ÉTATS ET ACTEURS NON ÉTATIQUES EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Emile Derlin Kemfouet Kengny

Volume 21, numéro 2, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068879ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068879ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Kemfouet Kengny, E. (2008). ÉTATS ET ACTEURS NON ÉTATIQUES EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(2), 57–97. <https://doi.org/10.7202/1068879ar>

Résumé de l'article

Le droit international humanitaire connaît l'intervention de divers acteurs, qu'ils soient étatiques ou pas. Cette étude se penche sur les relations qu'ils entretiennent dans ce domaine sensible du droit international dont la singularité a fini par en faire une *province à part*. Elle montre dans une première partie comment les États et les acteurs non étatiques parviennent à vivre une coexistence manifeste aussi bien sur le plan de la formation de la norme de droit international humanitaire qu'au niveau de sa mise en oeuvre, notamment à travers une conjugaison d'efforts en vue de parvenir à des fins communes. Toutefois, la coexistence est loin d'être harmonieuse. Aussi les relations entre ces différents acteurs tournent-elles souvent au duel. C'est ce que s'attache à démontrer la seconde partie de l'étude qui insiste sur les manifestations de ce duel aux conséquences négatives sur le droit international humanitaire.

ÉTATS ET ACTEURS NON ÉTATIQUES EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

*Emile Derlin Kemfouet Kengny**

Le droit international humanitaire connaît l'intervention de divers acteurs, qu'ils soient étatiques ou pas. Cette étude se penche sur les relations qu'ils entretiennent dans ce domaine sensible du droit international dont la singularité a fini par en faire une *province à part*. Elle montre dans une première partie comment les États et les acteurs non étatiques parviennent à vivre une coexistence manifeste aussi bien sur le plan de la formation de la norme de droit international humanitaire qu'au niveau de sa mise en œuvre, notamment à travers une conjugaison d'efforts en vue de parvenir à des fins communes. Toutefois, la coexistence est loin d'être harmonieuse. Aussi les relations entre ces différents acteurs tournent-elles souvent au duel. C'est ce que s'attache à démontrer la seconde partie de l'étude qui insiste sur les manifestations de ce duel aux conséquences négatives sur le droit international humanitaire.

International Humanitarian Law is a field where several actors such as states and non-state actors interact with each other. This study focuses on their relations in such a sensitive field whose singularity makes it an « outlier province ». In the first part of the study, it demonstrates how states and non-state actors are able to coexist by abiding to the norm of international humanitarian law and its practice through a series of efforts in order to achieve common goals. However the coexistence is far from being harmonious and often turns into a conflict. This is highlighted in the second part where the study demonstrates that this conflict has a negative impact on humanitarian international law.

* Docteur en droit public (Université de Limoges).

À Frantz Yvan

Si l'Homme était vraiment raisonnable comme il s'est autoproclamé depuis la nuit des temps pour s'imposer aux autres espèces vivantes, le droit international humanitaire n'existerait pas, en raison de l'absence de guerres. Mais, la réalité est malheureusement que, en plus de dominer avec outrecuidance les autres formes de vie, « l'homme entre dans l'histoire en guerrier »¹. Voilà pourquoi la guerre apparaît comme une « activité [...] parmi les plus anciennes de l'humanité »².

Toutefois, aussi haut qu'on remonte dans l'histoire, force est de constater également qu'à toutes les époques (Antiquité, Moyen Âge, temps modernes et contemporain), les civilisations quelles qu'elles soient, se sont efforcées d'établir les règles visant à limiter les horreurs de la guerre³. Face à l'impossibilité de l'éradiquer, l'Homme n'a trouvé mieux que de la réglementer afin d'en limiter la violence. De ce souci est né le droit international humanitaire. Un droit qui a la particularité d'occuper quasiment en tout temps le devant de l'actualité internationale, car il ne se passe presque pas un jour sans que les médias ne rapportent des nouvelles des combats qui font des ravages en quelque point du globe.

Si le monde a donc connu de profonds bouleversements sur les plans politiques, économiques et sociaux, la réalité est que les conflits armés font toujours partie de son environnement⁴ et leurs conséquences n'ont malheureusement pas changé. « Les souffrances humaines, la mort, le défigurement, la destruction et la perte d'espoir en l'avenir continuent, comme toujours, à constituer les effets immédiats et à plus long terme de la guerre sur les sociétés et sur les individus qui les composent »⁵. À ce tableau alarmant, vient s'ajouter la possibilité d'une guerre nucléaire vers laquelle on avance inexorablement à petits pas lents, mais très sûrs. L'*avenir sanglant* prophétisé par Henri Dunant serait en cours de réalisation ou à tout le moins est en passe de se produire. Même les Nations Unies dont l'une des pierres fondamentales est l'interdiction du recours à la force⁶ en sont venues à prendre conscience de leur incapacité à bannir la folie des hommes qu'est la guerre et se sont résolues tout simplement à prendre le train de sa réglementation après moult hésitations⁷. Aussi, le droit international humanitaire est-il encore promis à un long

¹ François Bugnion, « Droit international humanitaire coutumier » (2007) 2 S.Z.I.E.R. 165 à la p. 165 [Bugnion, « DIH coutumier »].

² G.I.A.D. Draper, « Le développement du droit international humanitaire » dans Institut Henri Dunant, *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, A. Pedone, 1986, 89 à la p. 89 [*Les dimensions internationales du droit humanitaire*].

³ Sur la question, voir Jean Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Paris, A. Pedone, 1983, aux pp. 11-36 [Pictet, *Développement et principes*].

⁴ Le mot environnement est compris ici dans le sens de « l'ensemble de ce qui nous entoure ».

⁵ « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » dans *Rapport préparé par le Comité International de la Croix-Rouge pour la XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge tenue du 2 au 6 décembre 2003*, Genève, R.I.C.R., 2003 à la p. 4.

⁶ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), art. 2 (4).

⁷ L'entrée de l'ONU sur la scène humanitaire remonte en 1968 à Téhéran avec la Conférence internationale sur les droits de l'homme. Suivront ensuite, dès 1969, une série de résolutions de

avenir.

Mais qu'est-ce déjà ce droit pour s'inscrire dans la durée tel un fil d'or dont la pérennité défie le temps? Il n'est pas sans intérêt de rappeler que le terme « droit international humanitaire » est de facture relativement récente, la pratique lui ayant pendant longtemps préféré l'expression « droit de la guerre », aujourd'hui désuète. Proposé par Jean Pictet⁸ et adopté par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), le droit international humanitaire (DIH) s'entend de l'ensemble des

règles internationales d'origine conventionnelle ou coutumière, qui sont spécialement destinées à régler les problèmes humanitaires découlant directement des conflits armés, internationaux ou non internationaux, et qui restreignent, pour des raisons humanitaires, le droit des parties au conflit d'utiliser les méthodes et moyens de guerre de leur choix ou protègent les personnes et les biens affectés, ou pouvant être affectés, par le conflit.⁹

Porté par un « sentiment d'humanité [et] centré sur la protection de la personne en cas de guerre »¹⁰, ce droit dont l'histoire est assez longue a mobilisé au cours des âges tant de meilleurs esprits qui lui ont consacré des pans entiers de réflexion, voire toute leur vie, que ce n'est pas sans appréhensions que nous nous aventurons sur ce terrain.

La présente étude se propose donc de centrer l'attention sur les États et les acteurs non étatiques dans ce domaine du droit dont la singularité a fini par en faire une « province à part du droit international »¹¹. Certes, le lecteur ne manquera pas de s'interroger sur l'intérêt d'une telle étude, mais avant de s'y pencher, il faut au préalable régler une question relative à la définition même de la notion « d'acteurs non étatiques », celle de l'État n'appelant pas de remarques particulières au regard des théories que nous professent les doctrines de droit constitutionnel et de droit international.

Aussi simple qu'elle puisse apparaître en théorie, l'expression « acteurs non étatiques » est d'une indécision déconcertante quand la pratique cherche à la saisir. En tentant justement de la cerner, le propos voit le danger auquel il s'expose: soit il pêche par approche en adoptant une définition trop restrictive ou alors il pêche par excès dans une définition trop extensive, car il va de soi que tout ce qui n'est pas étatique est non étatique. Le risque est grand d'englober dans le terme n'importe quel paquet mal ficelé, ce que ne répugne pas toujours le vocabulaire des sciences sociales et

l'Assemblée générale (*Respect des droits de l'homme en période de conflits armés*, Rés. A.G. 2444 (XXIII), Doc. off. AG NU, 23^e sess.(1968) 55.) et de rapports du Secrétaire général, tous intitulés *Respect des droits de l'homme dans les conflits armés*.

⁸ Jean Pictet, « Le droit international humanitaire : définition » dans *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, *supra* note 2 à la p. 13.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Pictet, *Développement et principes*, *supra* note 3 à la p. 7.

¹¹ Charles Rousseau et Michel Virally, « Vers un nouveau droit international humanitaire? » (1978) 82 R.G.D.I.P. 5 à la p. 6 [Rousseau et Virally, « Nouveau DIH »].

juridiques friand de concepts nouveaux parfois au détriment du sens. Demeure donc la question de savoir jusqu'où se limite le champ du non étatique.

Mêmes les définitions officielles recensées n'échappent pas à cette difficulté, tant elles sont fluctuantes et surtout tributaires des situations auxquelles elles font face. On en veut pour preuve les exemples suivants. La Commission européenne désigne par acteurs non étatiques

une catégorie d'organisation qui rassemble les principales structures existantes ou nouvelles, de la société en dehors du gouvernement et de l'administration publique. Les acteurs non étatiques naissent de la volonté des citoyens, leur objectif étant de promouvoir une question ou de défendre un intérêt, général ou particulier. Ils sont indépendants de l'État et peuvent prendre la forme d'organisation à but lucratif ou non lucratif. Il s'agit, par exemple, d'organisations non gouvernementales ou de base (ONG/OdB) et leurs plates-formes représentatives dans différents secteurs, des partenaires sociaux (syndicats, associations d'employeurs), d'associations du secteur privé et d'organisations économiques, d'associations, d'églises et de mouvements confessionnels, d'université, d'associations culturelles ou de médias.¹²

Le Conseil de sécurité de l'ONU, dans sa résolution 1540¹³ du 28 avril 2004 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et aux risques liés à l'acquisition de telles armes par les acteurs non étatiques, entend par ces derniers sous une note toute « personne ou entité n'agissant pas sous l'autorité légale d'un État, [menant] des activités tombant sous le coup de la présente résolution »¹⁴.

L'Institut de droit humanitaire, dans sa résolution de Berlin du 25 août 1999 portant application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques, désigne par entités non étatiques

les parties aux conflits armés internes qui s'opposent aux forces armées gouvernementales ou luttent contre des entités de même nature et qui remplissent les conditions prévues à l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 pour la protection des victimes de la guerre ou à l'article premier du Protocole de 1977 additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).¹⁵

¹² CE, Commission, *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la participation des acteurs non étatiques à la politique communautaire de développement*, Bruxelles, CE, 2002.

¹³ *Résolution 1540 sur la non-prolifération des armes de destruction massive*, Rés. CS 1540, Doc. Off. CS NU, 4956^e séance, Doc. NU S/RES/1540 (2004) [*Résolution 1540*].

¹⁴ *Ibid* à la p.1. Cette définition figure en bas de page de la Résolution.

¹⁵ Institut de droit international, « *Résolution de Berlin : L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques* », (1999) *Annuaire de l'Institut de droit international* au para. I [Institut de droit international, « *Résolution de Berlin* »].

Aux termes de ces définitions, prévaut un sentiment d'incertitude. Alors, il vient immédiatement en tête l'idée d'explorer d'autres pistes souvent proposées dans les tentatives d'explication. La première consiste à distinguer ces acteurs selon qu'ils sont infra étatiques ou supra étatiques¹⁶. Dans cette perspective, les organisations internationales rentreraient dans la seconde sous catégorie (c'est-à-dire acteurs non étatiques supra étatiques) tandis que les autres acteurs seraient rangés dans le premier sous groupe. Mais cette classification n'emporte pas entièrement la conviction, du moins en ce qui concerne les organisations internationales. En effet, la nature supra étatique de ces dernières, du moins celles qui ne relèvent pas des organisations d'intégration économique, est discutable et discutée. Les organisations internationales sont créées par les États en vue d'accomplir les tâches que ces derniers ont bien voulu leur confier. Aussi obéissent-elles au principe de spécialité, lequel leur interdit de sortir de leur domaine d'action. La Cour internationale de justice l'a d'ailleurs rappelé en des termes assez explicites :

La Cour a à peine besoin de rappeler que les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des États, de compétences générales. Les organisations internationales sont régies par le « principe de spécialité », c'est-à-dire dotées par les États qui les créent, de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir.¹⁷

Ainsi, on ne voit pas comment les États pourraient se résoudre à accepter que des institutions dont ils sont à l'origine de la naissance soient situées au-dessus d'eux. Cette remarque est valable même en ce qui concerne l'ONU en dépit de sa vocation à l'universalité. Née des circonstances difficiles et extrêmement douloureuses, l'Organisation est portée par une idéologie universelle désireuse de transcender les États. En témoigne l'extrême généralité des objectifs qui lui ont été assignés par l'article 1 de la *Charte des Nations Unies*¹⁸, ce qui lui donne la possibilité de s'ingérer dans des domaines d'action extrêmement variés, qui d'une manière ou d'une autre, ne pourraient manquer un lien de rattachement aux objectifs assignés à l'Organisation des Nations Unies. Malgré cette « fenêtre » largement entrouverte, les États ne sont pas prêts à concéder une quelconque supranationalité à l'ONU. Tout au plus sont-ils enclins à voir dans les organisations internationales leur émanation ou

¹⁶ Anne Petitpierre, « Avant-propos : Discours d'ouverture » dans *Actes du Colloque de Bruges : La pertinence du droit international humanitaires pour les acteurs non-étatiques* (Collegium n° 27), Bruxelles, Comité international de la Croix-Rouge, 2003, 11 à la p. 12 [*Colloque de Bruges*] ; Heykel Ben Mahfoudh, « Acteurs non étatiques et conflits armés non internationaux » dans Rafaâ Ben Achour et Salim Laghmani, dir., *Acteurs non étatiques et droit international : VIF Rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, Paris, A. Pedone, 2007, 215 à la p. 216 [Rafaâ Ben Achour et Laghmani, *Acteurs non étatiques*].

¹⁷ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Résumé de l'avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226 à la p. 78.

¹⁸ *Charte des Nations Unies*, supra note 6, art. 1.

prolongement¹⁹, ou à défaut, des sujets à part du droit international, « acteurs autonomes »²⁰ sur la scène internationale.

Au vu de ce qui précède, on peut avancer que les représentations de la notion même d'acteurs non étatiques, le contenu qu'on y place varie considérablement selon le texte qui le définit. La notion d'acteurs non étatiques apparaît ainsi comme une fausse catégorie d'évidence, car bien qu'étant extrêmement claire dans son noyau central, elle demeure parfaitement imprécise dans ses contours, de telle sorte que s'aventurer sur le terrain d'une définition, c'est accepter de se soumettre à un « test de Rorschach juridique »²¹. Dans cette logique, toute tentative de définition ne peut être que descriptive et mue par le souci d'épouser au plus près les contours de cette notion dans le contexte où on l'emploie, le minimum incompressible étant que, « l'acteur, pour être qualifié tel, doit avoir un effet sérieux sur le cours des relations internationales et ne pas être étatique »²². Fort de cette précaution, il ne reste plus qu'à succomber à la tentation répandue chez les juristes, qui consiste chaque fois qu'ils sont confrontés à une controverse au sujet du sens à donner à une expression, d'évoquer les théories en présence en insistant sur les forces et les limites de chacune d'entre elles, pour finalement se rallier avec prudence à une.

L'autre approche de la définition des acteurs non étatiques et à laquelle nous marquons notre adhésion distingue selon qu'ils disposent d'une personnalité internationale ou non. Une distinction qui a le mérite de vider les vieilles querelles sémantiques ou de classification, car quel que soit l'acteur considéré, il trouvera sa place dans un des deux sous groupes. Ainsi, pour ce qui est des organisations internationales, il sera plus facile d'éviter le casse-tête de leur identification comme entités supra étatiques ou non au profit de leur définition en tant qu'acteurs non étatiques dotés de la personnalité internationale. Les ONG et autres regroupements quant à eux seraient facilement identifiables comme acteurs non étatiques dépourvus de personnalité internationale²³.

¹⁹ Slim Laghmani est de cet avis. Aussi lit-on sous sa plume enlevée que « [a]u titre des acteurs étatiques, il faut compter les États, bien sûr, mais également les démembrements d'États, les *organisations internationales ou d'intégration*, les gouvernements en exil ou les institutions quasi-étatiques comme l'autorité palestinienne [nos italiques] », « Rapport introduction » dans Rafaâ Ben Achour et Laghmani, *Acteurs non étatiques*, supra note 16 à la p. 10. Charles Rousseau affirmait d'ailleurs que « [l]e caractère commun des Organisations internationales est d'être des institutions interétatiques », *Droit international public*, t. 2, Paris, Sirey, 1974, à la p. 462. Voir aussi Patrick Daillier Alain Pellet et Quoc Dinh Nguyen, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999 à la p. 571. La même remarque est formulée par Prosper Weil pour qui « [e]n dépit et par-delà leur personnalité juridique distincte, les organisations internationales demeurent en effet fondamentalement l'émanation des États [nos italiques] », Prosper Weil, *Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 237, 1992 à la p. 104.

²⁰ Michel Virally, *L'organisation mondiale*, Paris, A. Colin, 1972 à la p. 30.

²¹ Alexandre-Charles Kiss, « Les entités non-étatiques et le droit international » dans *Rapport de synthèse du Colloque A.A.A. ayant pour thème : Entités non-étatiques et droit international*, La Haye, 1989, 242 à la p. 242.

²² Slim Laghmani, « Rapport introduction » dans Rafaâ Ben Achour et Laghmani, *Acteurs non étatiques*, supra note 16 à la p. 10.

²³ Le cas du CICR est assez particulier car il dispose des trois facultés fondamentales inhérentes à la qualité de sujet de droit international: conclure des traités, entretenir des relations diplomatiques, faire

On nous opposera que cette approche court le risque de généralisation, voire de reconnaissance abusive de la personnalité internationale à des entités qui normalement en seraient dépourvues, mais cette objection ne saurait tenir, en raison de la personnalité desdites entités qui demeure limitée, ce qui ne modifie en rien leur statut au regard du droit international public. Il en va de même pour des associations et entreprises transnationales dont les dimensions et modes opérationnels sont tels qu'on puisse leur concéder une certaine personnalité fonctionnelle.

L'intérêt de ce sujet procède de plusieurs considérations dont deux au moins paraissent mériter une attention particulière. La première de toute évidence est relative aux mutations de l'ordre international. Ce dernier, jadis centré essentiellement sur les États, connaît depuis une période relativement récente, l'assaut de nouveaux acteurs auxquels il n'était presque pas habitué et dont le gros lot relève des facteurs privés (individus, entreprises, associations, fondations, mouvements religieux, bandes armées, ONG, mafia). Certes, le DIH contrairement au droit international public dont il est dérivé, a présenté très tôt la particularité de transpercer le voile de la fiction juridique qu'est l'État pour se saisir des réalités se cachant derrière lui et constituées d'individus pris à la nasse du territoire. Aussi, s'est-il très rapidement intéressé aux acteurs non étatiques puisqu'au moins depuis 1949, il contient des dispositions visant ces derniers lorsqu'ils sont engagés dans des conflits armés internationaux²⁴. Le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*²⁵ vise particulièrement ces entités dépourvues du caractère étatique.

Toutefois la nécessité de réexaminer la place des acteurs non étatiques dans le DIH s'impose. C'est que les changements affectant l'ordre international ne concernent pas seulement les sujets parfaits du droit international et les acteurs principaux des relations internationales, mais touchent également les sujets imparfaits et les acteurs secondaires. Il s'ensuit que les acteurs non étatiques ont beaucoup

valoir directement ses prétentions dans les relations internationales. Christian Dominicé, « La personnalité juridique internationale du CICR », dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1984, 663; Paul Reuter, « La personnalité internationale du Comité international de la Croix-Rouge », dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1984, 783 [Swinarski, *Études et essais*]; Alejandro Lorite Escorihuela, « Le Comité International de la Croix-Rouge comme organisation sui generis? Remarques sur la personnalité internationale du CICR » (2001) 105 R.G.D.I.P. 581.

²⁴ Nous songeons notamment à l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* : *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 32 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 136 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 288 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*Quatre Conventions de Genève*].

²⁵ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 650 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [*Protocole II*].

évolué et ont fondamentalement changé aussi bien sur le plan structurel qu'opérationnel. Organisés souvent en réseaux transnationaux, ils se déploient très aisément à travers le monde, se déjouent des surveillances étatiques, contournent aisément les contraintes liées aux frontières et développent d'intenses activités autant en bien qu'en mal.

On en vient à la seconde raison et de loin la plus importante à savoir la part prise par ces acteurs dans les combats armés qui minent la planète. En effet, l'histoire de la guerre est celle de sa transformation avec le passage de son étatisation à sa désétatisation. Considérée selon la fameuse formule de Clausewitz comme la continuation de la politique par d'autres moyens, la guerre a été pendant longtemps une affaire entre États. Mais, au lendemain de la seconde conflagration mondiale, elle va changer de visage au nom de l'idéologie et se disséminera un peu partout sous la houlette des deux superpuissances (États-Unis, URSS). En effet chacune de ces dernières, désireuse d'étendre son champ d'influence, n'hésitera pas de recourir à des opérations militaires interposées, en fomentant au besoin des

rébellions ou des insurrections pour provoquer la chute des régimes considérés comme étant à la solde de l'adversaire. Dans les cas où l'initiative des conflits armés [leur] échappait, les parties en conflit ne manquaient généralement pas, à brève échéance, d'opter pour une idéologie de l'une d'entre elles afin de s'assurer ses faveurs.²⁶

L'effondrement du communisme avec la destruction du mur de Berlin donne depuis lors l'illusion d'une uniformisation idéologique autour du libéralisme avec au moins pour conséquence heureuse la trêve, voire la fin des « guerres par procuration »²⁷. Mais, il n'en reste pas moins vrai que la guerre demeure au centre des préoccupations humaines et s'affine de plus en plus par sa désétatisation. Il s'ensuit donc une montée en force des acteurs non étatiques dans les conflits armés. Les guerres sont désormais d'origine ethnique ou religieuse, l'ennemi est bien connu et on lui en veut en raison de son appartenance à un groupe social²⁸. Il est même regrettable de noter que les « plus graves conflits qui ont déchiré les peuples et les États au cours de la seconde moitié du XX^e siècle n'étaient pas des “guerres mondiales”, mais des conflits locaux ou régionaux d'intensité variable »²⁹. Aucune partie du monde n'échappe au phénomène et « tout porte à croire que les conflits armés du XXI^e siècle resteront des conflits géographiquement circonscrits, internes ou internationalisés, souvent d'amplitude régionale »³⁰.

²⁶ Djamchid Momtaz, *Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 292, 2001 à la p. 21 [Momtaz, *Droit international humanitaire*].

²⁷ Antonio Cassese, « La guerre civile et le droit international » (1986) 90 R.G.D.I.P. 553 à la p. 557.

²⁸ Momtaz, *Droit international humanitaire*, *supra* note 26.

²⁹ Maurice Kamto, « Le rôle des “accords et organismes régionaux” en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales à la lumière de la Charte des Nations Unies et de la pratique internationale » (2007) 111 R.G.D.I.P. 771 à la p. 771.

³⁰ *Ibid.* à la page 772.

De ce qui précède, on voit tout l'intérêt du sujet, mais surtout la question fondamentale qui en découle et porte sur la nature des relations entre les États et les acteurs non étatiques en DIH. Cette question relève d'ailleurs de l'évidence, l'heure n'étant plus, face aux conflits armés, de dissocier les États des acteurs non étatiques, car ces derniers « prennent de plus en plus d'importance et s'imposent, parfois, de façon quasi systématique, en tant qu'acteurs majeurs et incontournables »³¹. Il importe alors d'envisager l'ensemble des acteurs concernés dans leurs relations réciproques afin de mieux ressortir leur rapport au DIH. Dans cette perspective, un oxymore convient pour décrire la situation : un consensus conflictuel. En réalité, si la dualité entre les États et les acteurs non étatiques en DIH ne fait l'ombre d'aucun doute **(I)**, il est également vrai que les deux ne sont nullement à l'abri de tout duel **(II)**.

I. La dualité entre les États et les acteurs non étatiques en droit international humanitaire

L'intérêt supérieur que poursuit le DIH l'oblige à s'élever au-delà des considérations partisans pour embrasser toutes les réalités rencontrées, si tant est que ces dernières peuvent lui permettre d'accomplir sa fin suprême à savoir, la protection de l'homme contre la folie de ses semblables qu'est la guerre. « Peu importent la nature et la qualification juridiques et politiques des conflits : ce sont toujours les hommes qui souffrent »³². Voilà pourquoi il est loin d'être l'affaire des seuls États comme son caractère international pourrait laisser penser à tort. En effet, le DIH réalise une dualité entre les États et les acteurs non étatiques qui est perceptible au niveau du processus normatif **(A)**, de même qu'il révèle une conjugaison d'efforts par ces derniers en vue de parvenir à des fins communes **(B)**.

A. Au niveau du processus normatif

Redevable à une initiative individuelle, le DIH a vite compris que l'idéal qu'il incarne ne pouvait s'accommoder d'une appropriation exclusive de l'État. Aussi s'est-il très tôt intéressé aux autres acteurs furent-ils dépourvus de tout lien de subordination ou de dépendance avec l'institution étatique. L'étude de son processus normatif permet de mettre en évidence le rôle des États et des acteurs non étatiques dans ses développements. Loin de s'ignorer mutuellement, les deux entités se côtoient et occupent une position ambivalente qui fait d'elles à la fois les auteurs et les destinataires de la norme générée.

³¹ Heykel Ben Mahfoudh, « Acteurs non étatiques et conflits armés non internationaux » dans Rafaâ Ben Achour et Salim Laghmani, *Acteurs non étatiques*, *supra* note 16 à la p. 216.

³² Rousseau et Virally, « Nouveau DIH », *supra* note 11.

1. LES ÉTATS ET LES ACTEURS NON ÉTATIQUES COMME AUTEURS DE LA NORME DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Que la norme de DIH soit coutumière ou conventionnelle, la participation des États et des acteurs non étatiques à sa formation est avérée.

a) *Leur participation à la formation coutumière*

Parmi les voies d'accès à la normativité en droit international humanitaire figure la coutume. On ne saurait donc mettre en doute l'existence d'un droit international humanitaire coutumier³³. Ce droit n'est pas né *ex nihilo*; il est la résultante d'une somme de pratiques suffisamment significatives et concordantes, portées par l'idée d'agir conformément à une obligation juridique qu'on observe chez les parties engagées dans un conflit armé, lesdites parties pouvant être des entités étatiques ou des acteurs non étatiques. Si on admet facilement la participation des États comme auteurs directs de la formation des normes coutumières, la situation des acteurs non étatiques a pendant longtemps suscité des controverses en raison de leur nature hétérogène.

i. Les États

La participation des États à la formation des règles coutumières de droit international humanitaire est avérée. Comme il vient d'être mentionné plus haut, la guerre a été pendant longtemps considérée comme une relation d'État à État. Certes, l'institution étatique est très récente par rapport à la guerre qui, elle aussi, est autant vieille que le monde. Mais de tout temps, la guerre malgré ses conséquences désastreuses, a toujours obéi aux lois; il s'agissait des normes non écrites, en d'autres termes des coutumes que l'on respectait depuis la nuit des temps, leur bien-fondé étant de concourir à la limitation des horreurs de la guerre.

Déjà dans les premières sociétés humaines où règne la loi de la jungle, le principe d'humanité n'est pas inconnu des conflits. Certes, le triomphe du plus fort est suivi de massacres monstrueux et d'atrocités indescriptibles, le code d'honneur interdisant aux guerriers de se rendre. Il n'empêche qu'on observe à cette époque notamment chez les peuples sédentaires, « des velléités d'atténuer les horreurs du combat. La préhistoire nous enseigne que les blessés des grandes batailles de l'époque néolithique furent soignés : de nombreux squelettes révèlent des réductions de fractures et même des trépanations »³⁴.

Aussi si l'histoire de toutes les civilisations du monde a pour dénominateur commun la guerre, il n'en reste pas moins vrai que cette dernière a toujours été

³³ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1: *Rules*, vol. 2: *Practices* Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [Henckaerts et Doswald-Beck]. Le volume I a fait l'objet d'une traduction en français: Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international coutumier*, trad. par Dominique Lévillé, Bruxelles, Bruylant, 2006.

³⁴ Pictet, *Développement et principes*, *supra* note 3 à la p. 13.

assortie d'un principe d'humanité fut-il à géométrie variable. On se contentera ici d'un bref survol de quelques civilisations pour illustrer le propos.

En Égypte, il est noté une grande considération à l'égard du prochain. Les sept œuvres de la véritable miséricorde prescrivent de « nourrir les affamés, d'abreuver ceux qui ont soif, vêtir ceux qui sont nus, héberger les étrangers, libérer les prisonniers, soigner les malades, enterrer les morts »; plus expressif encore est ce commandement du deuxième millénaire : « on doit donner sa nourriture aussi à l'ennemi ».

Chez les Indiens, on note également un souci de tempérer la violence de la guerre. Les anciens Hindous respectaient la distinction entre les objectifs militaires et les objectifs civils; la guerre ne visant que des combattants, les villes et les cités devaient être épargnées, même lorsque l'armée adverse passait au travers. Parlant de l'Inde, un observateur fit ce constat :

Tandis que les autres nations ont coutume, quand la guerre fait rage, de dévaster les terres et de rendre impossible toute culture, chez les Indiens au contraire, même au plus fort d'une bataille se déroulant dans le voisinage, tout sentiment de péril est épargné à ceux qui travaillent la terre, les agriculteurs appartenant à une classe sacrée et inviolable. Les adversaires qui s'affrontent se livrent entre eux à un véritable carnage, tout en permettant aux agriculteurs de continuer à travailler en paix. En outre, jamais les Indiens n'incendient le territoire d'un ennemi, ni n'en abattent les arbres.³⁵

La Grèce antique, malgré le poids de l'esclavage sur lequel elle croule, n'ignore pas du moins dans le principe, la nécessité d'humaniser la guerre; en témoignent ces paroles d'Alexandre d'Isios : « une fois supprimée la cause du conflit, laisser la guerre continuer pour elle-même serait l'œuvre d'un fou »³⁶.

L'avènement de l'institution étatique entraîne également l'institutionnalisation de la guerre. Et si sa finalité est désormais comme le dit Rousseau, la destruction de l'État ennemi, il est tout aussi vrai que ses horreurs doivent être limitées. Si on a le droit, pour reprendre encore les termes de Rousseau, de tuer les défenseurs de l'État ennemi tant qu'ils ont les armes en main, ils cessent d'être des ennemis ou ses instruments sitôt qu'ils posent les armes et se rendent. Quelquefois, on peut tuer l'État sans tuer un seul de ses membres³⁷. Désormais, la guerre va se dérouler conformément à des usages et pratiques établis au fil des ans et qui en forment le cadre. Certes, ces usages et pratiques n'ont pas toujours été

³⁵ Ces propos sont ceux d'un ambassadeur grec dépêché auprès de l'empereur indien. John W. McCrindle, *Ancient India as described by Megasthenes and Arrian*, Calcutta, 1926 à la p. 33, tel que cité dans Lakshmikanth Rao Penna, « Conduite de la guerre et traitement réservé aux victimes des conflits armés : règles écrites ou coutumières en usage dans l'Inde ancienne » [1989] 71 R.I.C.R. 346 aux pp. 352-53.

³⁶ Pictet, *Développement et principes*, supra note 3 à la p. 16.

³⁷ Jean-Jacques Rousseau, « Du contrat social » dans Bernard Gagnebin et Marcel Raymond, dir., *Œuvres complètes*, vol. 3, Paris, Gallimard, 1964, 347 aux pp. 357-58.

respectés; mais c'est justement leur violation qui permet d'affirmer leur existence.

On s'accorde aujourd'hui à souligner que le DIH connaît un développement conventionnel assez étoffé en raison de nombreux aspects de la conduite de la guerre qu'il couvre et du large éventail de personnes protégées. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que ce développement, en bien des points, n'est que la reprise par le biais de la codification, des usages et pratiques connus depuis longtemps et qui ont régi les conflits armés pendant des siècles. L'exemple le plus frappant est celui du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*³⁸. Comme il a pu être démontré, la plupart des dispositions dudit *Protocole I* relatives à la conduite des hostilités, notamment les articles 35 à 42 et 48 à 58, relèvent du droit international humanitaire coutumier³⁹; cela n'a d'ailleurs rien de surprenant d'autant plus que ces dispositions réaffirment les règles déjà contenues dans le *Règlement de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre*⁴⁰, lequel règlement affiche lui aussi, un parallèle étonnant avec des us et pratiques connus de l'ancien droit hindou des conflits armés tels que proclamés par des anciens textes de l'Inde. Ces anciens textes rappellent des principes que les guerriers devaient respecter : ainsi il est interdit de tuer l'ennemi désarmé ou qui se rend, on doit renvoyer dans leurs foyers les blessés, une fois guéris. Tous les moyens de combats ne sont pas autorisés : sont par conséquent interdites les armes barbelées ou empoisonnées ainsi que les flèches enflammées. La réquisition et la propriété ennemie sont réglementées, idem pour la captivité. Il est interdit de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier⁴¹.

Si la participation directe des États à la formation de la norme coutumière en droit international humanitaire n'appelle pas de controverses, celle des entités non étatiques au contraire fait l'objet des débats.

ii. Les entités non étatiques

Il en est parmi les entités non étatiques dont la participation directe à la formation coutumière des normes de DIH peut être tracée sans difficulté. On pense généralement à celles-là qui sont dotées d'une personnalité internationale, en l'occurrence les organisations internationales et le CICR.

Le cas de l'organisation internationale qui paraît mériter particulièrement l'attention est l'ONU et pour une raison fort simple : sa vocation à l'universalité. Elle s'est illustrée à travers des pratiques relativement concordantes et portées par un

³⁸ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 272 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [*Protocole I*].

³⁹ Bugnion, « DIH coutumier », *supra* note 1.

⁴⁰ *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, Deuxième Conférence internationale de la Paix, La Haye 15 juin – 18 octobre 1907, Actes et Documents, La Haye, 1907, vol. I aux pp.626-37.

⁴¹ Sekharipuram Valdyanatha Viswanatha, *International Law in Ancient Indian*, 1925, tel que cité dans Pictet, *Développement et principes*, *supra* note 3 à la p. 15.

sentiment d'agir conformément à une obligation juridique en matière de droit humanitaire. Aussi, le DIH occupe-t-il désormais une place non négligeable dans ses activités⁴². Ce regain d'intérêt pour un droit pendant longtemps vomi est d'ailleurs très récent. Certes, la première résolution de l'Organisation faisant référence au droit humanitaire date de 1967⁴³, mais ce n'est qu'à partir de 1990 que son activisme s'est véritablement fait ressentir en raison de la conjoncture internationale des plus favorables. En effet, la chute du mur de Berlin avec l'effondrement du bloc de l'Est a eu pour conséquence le déblocage du Conseil de sécurité qui est sorti du profond sommeil dans lequel il était plongé depuis longtemps, et a pu intervenir sans voir son action systématiquement entravée par la menace du veto comme ce fut le cas à l'époque de la guerre froide. Plusieurs résolutions ont ainsi été adoptées face à des situations de menace ou de rupture à la paix et à la sécurité internationales constitutives de conflits armés internationaux⁴⁴ ou non⁴⁵. Des résolutions qui constituent aujourd'hui à n'en pas douter, « un point de référence incontournable dans l'identification des règles de droit international humanitaire »⁴⁶, en d'autres termes « une source de droit international humanitaire »⁴⁷. Quoique relativement récente, la pratique humanitaire de l'ONU apparaît suffisamment étoffée sur le plan normatif. On ne saurait alors nier sa participation à la formation d'un droit international humanitaire coutumier, surtout que le temps (compris ici dans la longue durée) n'est plus un élément déterminant dans la formation de la coutume, mais plutôt un « cadre » ou « contenant de la matière qui forme [sa] substance »⁴⁸. Ainsi que l'a reconnu la Cour internationale de justice, « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier »⁴⁹. Il ne pourrait d'ailleurs en être autrement, surtout par ces temps de mutations que connaissent nos sociétés modernes caractérisées par une propagation de comportements et d'usages à « un rythme torrentiel »⁵⁰.

S'agissant du CICR, la question de sa participation à la formation coutumière des normes de droit humanitaire ne fait l'ombre d'aucun doute. La seule évocation de son nom fait penser immédiatement au droit humanitaire, car c'est au service même de ce droit qu'il se dévoue. Certes, la part consacrée à la coutume par l'institution

⁴² Luigi Condorelli, Anne-Marie La Rosa et Sylvie Scherrer, dir., *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Paris, A. Pedone, 1996 [Condorelli, La Rosa et Scherrer].

⁴³ Il s'agit de la résolution adoptée lors de la « Guerre de six jours » : *Résolution 237*, Rés. CS 237, Doc. off. CS NU, 1967.

⁴⁴ Il n'est qu'à penser à la première guerre du Golfe ou plus proche de nous encore, la guerre Russie-Géorgie.

⁴⁵ S'agissant des conflits armés non internationaux, la coupe est pleine et à les énumérer. On n'aura que l'embarras du choix, aucun continent n'ayant été épargné par le fléau.

⁴⁶ Momtaz, *supra* note 26 à la p. 41.

⁴⁷ Laurence Boisson de Chazournes, « Les résolutions des organes des Nations Unies, et en particulier celles du Conseil de sécurité, en tant que source de droit international », dans Condorelli, La Rosa et Scherrer, *supra* note 42 aux pp. 150-73 [Boisson de Chazournes].

⁴⁸ Boris Starck, « À propos des "Accords de Grenelle" : Réflexions sur une source informelle du droit », (1970) 1 J.C.P. 2363 [Starck].

⁴⁹ *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)* [1969] C.I.J. rec. 3 à la p. 43.

⁵⁰ Starck, *supra* note 48

dans ses travaux était, jusqu'à la parution d'un récent ouvrage⁵¹ désormais connu sous l'appellation d'*Étude sur le droit humanitaire coutumier*, relativement insignifiante, voire nulle; un auteur a d'ailleurs pu affirmer que la coutume internationale, en particulier, est la grande absente des travaux du CICR; son nom même n'apparaît pratiquement jamais; on ne peut expliquer l'ostracisme dont elle semble faire l'objet⁵². Cette relative indigence de la coutume dans les préoccupations du CICR ne saurait être interprétée comme l'inertie de l'institution à la formation d'un droit international humanitaire coutumier. En effet, « loin d'être la création du DIH, le CICR est tout au contraire, à l'origine de ce dernier »⁵³. Ce faisant, il participe activement en amont à la genèse de la coutume, notamment à travers une pratique souvent en avance sur les textes⁵⁴. Est-il encore besoin de rappeler ici l'action concrète d'Henri Dunant qui précéda l'adoption de la première *Convention de Genève*⁵⁵? En outre, l'existence d'un cadre conventionnel entourant les activités de l'institution n'est pas de nature à délimiter son périmètre d'action. La réalité est autre. C'est que les souffrances humaines sont infiniment variées, revêtent des formes cruellement diverses.

En cherchant à les atténuer, la "Croix-Rouge internationale" est constamment appelée à dépasser le cadre strict de ses fonctions conventionnelles. Que ces interventions humanitaires non prévues par les traités se multiplient, qu'elles soient admises par les États auxquels elles s'adressent, et une nouvelle règle coutumière apparaît dans l'ordre international.⁵⁶

Ainsi en a-t-il été de l'action menée par le CICR en faveur des détenus politiques en l'absence de toute guerre aussi bien en Amérique latine, en Asie, en Afrique et ailleurs, laquelle lui a permis d'obtenir des pouvoirs, l'autorisation de visiter les prisonniers politiques. Cette action, quoique entourée d'une certaine discrétion, a reçu l'assentiment de beaucoup d'États si bien qu'on a pu affirmer l'existence d'un nouveau droit d'initiative du CICR qui s'est « cristallisé coutumièrement »⁵⁷.

S'agissant des entités non étatiques dépourvues de personnalité

⁵¹ Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 33.

⁵² François Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1994 à la p. 453 [Bugnion, « CICR »].

⁵³ Ariane Sand-Trigo, « Le rôle du CICR dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire » *Études internationales* 23:4 (1992) 745 à la p. 745.

⁵⁴ Marie-Josée Domestici-Met, « Le rôle du CICR dans la codification du droit humanitaire » dans *La codification du droit international. Colloque d'Aix-en-Provence de la Société française pour le droit international tenu du 1^{er} au 3 octobre 1998*, Paris, A. Pedone, 1999, 207 [Domestici-Met, « Rôle du CICR »].

⁵⁵ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

⁵⁶ Jean Charpentier, « Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier » dans *L'élaboration du droit international. Colloque de Toulouse de la Société française pour le droit international tenu du 16 au 18 mai 1974*, Paris, A. Pedone, 1975 105 à la p. 130.

⁵⁷ Pierre Mertens, « Les modalités de l'intervention du Comité international de la Croix-Rouge dans le conflit du Nigéria » (1969) 15 A.F.D.I. 183 à la page 185.

internationale, leur participation à la formation du droit humanitaire coutumier fait l'objet des plus vives controverses; une véritable pierre d'achoppement qui a longtemps entravé le développement du droit international humanitaire, notamment dans sa partie réservée aux conflits armés non internationaux. On se souvient à cet égard de l'attitude très remontée, voire hostile des États contre l'idée de la contribution des entités non étatiques à la formation du droit humanitaire coutumier. À leurs yeux, soutenir une telle thèse équivalait à reconnaître une certaine légitimité aux mouvements insurrectionnels et autres bandes armées en lutte contre le pouvoir central; ce qui aurait pour conséquence d'entraver la liberté d'action dans les combats que lesdits États entendent entreprendre pour mater ces insurrections.

Cette crainte des États a considérablement alourdi l'atmosphère prévalant aux négociations conventionnelles en droit humanitaire et s'est répercutée de manière fort négative sur les traités qui en ont résulté. Ainsi, à la Conférence diplomatique de 1949 réunie à l'initiative de la Suisse pour réviser et compléter le droit international humanitaire à la suite des leçons tirées de la Seconde Guerre mondiale, la question des conflits armés non internationaux fut des plus vives et suscita moult tensions, si bien qu'au bout du compte, les participants ne parvinrent qu'à s'entendre sur un minimum de règles contenues dans le fameux article 3 commun aux quatre conventions issues de la conférence⁵⁸. De même, l'adoption, en 1977, d'un deuxième protocole additionnel relatif aux conflits armés non internationaux⁵⁹ a confirmé la crainte des États de se voir considérer au marc le franc avec les insurgés. On cherchera en vain dans le *Protocole II* toute référence à l'expression « les parties au conflit » alors que dans le projet soumis par le CICR figurait une disposition ainsi libellée : « les droits et devoirs qui découlent du présent protocole valent de manière égale pour toutes les parties au conflit »⁶⁰. Faute de s'opposer à l'élaboration d'un instrument exclusivement consacré aux conflits armés non internationaux, beaucoup d'États se sont attelés à extirper du projet du protocole ses dispositions les plus contraignantes pour n'adopter au final qu'une version relativement souple qui néanmoins reconnaissons-le, présente par rapport à l'article 3 commun précité, l'avantage d'énoncer certaines règles sur la conduite des hostilités.

Même l'étude précitée du CICR sur le droit international humanitaire coutumier se montre assez prudente sur la question. Dans l'analyse des différentes pratiques concourantes à la détermination des normes coutumières, elle prend la précaution de bien distinguer les pratiques des groupes armés qu'elle traite dans une rubrique assez révélatrice sous le titre d'« autres pratiques ».

En dépit de ce qui précède, la réalité commande de soutenir la thèse de la contribution des entités non étatiques à la formation du droit international humanitaire coutumier. Les raisons sont fort simples : l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* impose un minimum de dispositions que les « parties au conflits » sont tenues d'appliquer; or l'expression « parties au conflit » couvre aussi bien la partie

⁵⁸ *Conventions de Genève*, *supra* note 24.

⁵⁹ *Protocole II*, *supra* note 25.

⁶⁰ Bugnion, « CICR », *supra* note 52 à la p. 389.

qui se réclame de la légitimité gouvernementale que les insurgés⁶¹; parmi les critères de définitions des conflits armés non internationaux, le *Protocole II* insiste sur le contrôle par les insurgés d'une partie du territoire de l'État aux prises avec le conflit armé et leur capacité d'appliquer les dispositions mêmes du ledit protocole; les Nations Unies de leur côté n'omettent pas chaque fois qu'un conflit armé non international éclate, de rappeler que les insurgés sont tenus de respecter le DIH. Qui plus est, par le passé, il fut des mouvements de lutte qui n'ont pas attendu que l'ONU se prononce pour faire part de leur engagement à respecter le DIH⁶². Il n'y a donc pas de raison que les pratiques de tous ces insurgés ne soient pas prises en considération dans la formation du droit humanitaire coutumier⁶³. C'est d'ailleurs en tenant compte de ces pratiques qu'on pourra déterminer ce qui fait partie du droit international humanitaire coutumier de ce qui ne l'est pas. Aussi, est-ce le lieu ici de souligner, s'agissant des conflits armés non internationaux, que « la pratique a institué un nombre important de règles coutumières qui sont plus détaillées que les dispositions souvent rudimentaires contenues dans le *Protocole II*, comblant ainsi d'importantes lacunes dans la réglementation régissant les conflits internes »⁶⁴. On en veut pour preuve les règles relatives à la conduite des hostilités et aux secours humanitaires dont la pratique on ne peut plus dense contraste avec les lacunes conventionnelles. En effet, contrairement au *Protocole I*, le *Protocole II* ne contient que des dispositions sommaires sur la conduite des hostilités; on y cherchera désespérément des règles et définitions spécifiques touchant les principes de la distinction et de la proportionnalité. Ces lacunes ont été largement comblées par la pratique des États qui a développé un ensemble de normes s'apparentant à celles du *Protocole I*. Cette remarque est également valable pour les secours humanitaires. D'aucuns nous opposeront que c'est la pratique des États qui a été prise en compte. Mais, un tel raisonnement ne saurait être totalement convaincant pour la simple raison que la partie opposée à l'État dans un conflit interne est généralement un acteur non étatique; en créant donc une norme coutumière à partir de la pratique des États face à cet adversaire non étatique, il va de soi que ce dernier contribue à la formation de ladite norme d'autant plus qu'elle se retrouve au cœur de son processus.

Parfois, même sans être des insurgés, il se peut que des entités non étatiques agissent également en amont à travers une pratique en avance sur les textes. Il n'est qu'à penser au fameux droit/devoir d'ingérence humanitaire pour remarquer que l'assistance humanitaire a précédé son statut. En d'autres termes, bien des ONG humanitaires sont intervenues sur le terrain avant que la question de l'assistance ne

⁶¹ Jean Siotis, *Le droit de la guerre et les conflits armés de caractère non international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958 aux pp. 136 et s.; G.I.A.D Draper. *The Geneva Conventions of 1949*, Académie de droit international, 1965 à la p. 96.

⁶² Denise Plattner, « La portée juridique des déclarations de respect du droit international humanitaire qui émanent des mouvements en lutte dans un conflit armé » [1984-85] R.B.D.I. 298.

⁶³ Dans le même sens : Bugnion « DIH coutumier », *supra* note 1 aux pp. 30-31 ; Marco Sassòli, « La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Tadic (compétence) » (1996) 100 R.G.D.I.P. 101 à la p. 128.

⁶⁴ Jean-Marie Henckaerts, « Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier : objet, caractéristiques, conclusions et pertinence » dans Paul Tavernier et Jean-Marie Henckaerts, dir., *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 25 à la p. 46 [Tavernier et Henckaerts].

soit débattue dans les enceintes onusiennes.

La contribution de l'ensemble des acteurs sus énumérés à la formation conventionnelle du droit internationale est beaucoup plus établie.

b) *Leur participation à la formation conventionnelle du droit international humanitaire*

Il est souvent des réalités banales et très anciennes qui, ressuscitées sous de nouveaux traits, emportent l'extase de tous et conduisent chacun à leur prêter avec engouement les vertus de l'innovation. On en veut pour preuve l'abondante littérature sur les transformations qualitatives du droit international avec pour point focal l'irruption des acteurs non étatiques dans cette sphère présumée relever du domaine réservé des États. Le DIH n'échappe certes pas à ce phénomène, néanmoins il l'infirmes d'autant plus qu'il n'a pas attendu d'être saisi par la mondialisation⁶⁵ pour réaliser l'intervention des acteurs autres que l'État. Que ce droit soit celui dit classique ou moderne, la participation des entités aussi bien étatiques que non étatiques à ses développements conventionnels est évidente.

i. Le cas du DIH classique

Quoique relativement ancien, le DIH classique ou le droit de Genève demeure incontestablement le socle sur lequel l'ensemble de l'édifice repose. Ceci est d'autant plus vrai qu'en dépit des développements conventionnels qu'il a connu depuis sa naissance, ses acquis originaires n'ont quasiment jamais été remis en cause et servent plutôt de point de départ pour explorer et défricher de nouvelles aires d'expansion de la réglementation juridique afin d'étendre l'empire du DIH.

Or, il est très important de noter que ce droit international humanitaire classique est avant tout le résultat d'une initiative privée, notamment celle de Henry Dunant. En juin 1859, la bataille de Solferino oppose Français et Sardes aux Autrichiens. En moins d'une journée on dénombre plus de 38 000 morts et blessés. Par le jeu du hasard, Dunant traverse le champ de bataille et découvre l'horreur. De sa propre initiative, il organise avec l'aide de quelques femmes de la région, un système rudimentaire de soins aux blessés. Ces circonstances dramatiques vécues l'amènent à écrire quelques années après, son fameux opuscule intitulé *Un souvenir de Solferino*⁶⁶ dans lequel il propose la création dans chaque État par temps de paix d'une société de secours volontaire pour aider les services de santé de l'armée à secourir les blessés en temps de guerre et l'adoption par les États d'un principe *conventionnel et sacré* assurant la protection des hôpitaux militaires et du personnel sanitaire. Publié en 1862, l'opuscule de Dunant fut très bien accueilli et sa vision prophétique s'ensuivit. Quatre personnes⁶⁷ se joignirent ainsi à l'initiative de Dunant pour mettre sur pied à

⁶⁵ Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

⁶⁶ Henry Dunant, *Un Souvenir de Solferino*, Californie, Fick, 1863.

⁶⁷ Le général Dufour, les docteurs Maunoir et Appia ainsi que Gustave Moynier.

partir du 17 février 1863 un comité international et permanent de secours aux militaires blessés qui prendra plus tard le nom du CICR. C'est ce petit comité de simples personnes privées, sans pouvoir ni prestige, qui réussit néanmoins l'exploit avec l'aide du gouvernement suisse, à convoquer une conférence diplomatique qui réunit les représentants de seize puissances et à l'issue de laquelle la *Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*⁶⁸ est signée par douze États. Là commence le droit international humanitaire auquel le CICR qui n'est pourtant pas une entité étatique s'associe étroitement et depuis lors, il n'est presque pas⁶⁹ de développement conventionnel relatif à ce droit dans lequel il ne se trouve impliqué à côté des États. La preuve est son implication dans les démarches qui conduisirent à la légère modification de la *Convention de Genève de 1864*, son activisme dans les travaux, notamment l'élaboration des avant-projets qui aboutirent en 1949 à la conclusion des quatre *Conventions de Genève*⁷⁰, ainsi que la place prépondérante occupée dans la conférence d'experts gouvernementaux de 1972 dans le processus de la préparation des *Protocoles I et II* de 1977 aux quatre *Conventions de Genève*. Un tel dévouement du CICR dans la cause du droit humanitaire « ne rend que plus autorisées les positions qu'il prend lorsqu'il initie un véritable processus de rédaction du droit humanitaire »⁷¹.

Il a d'ailleurs été rejoint dans le mouvement, à côté des États, par d'autres acteurs dépourvus de tout lien de dépendance avec l'institution étatique.

ii. Le DIH moderne

Le droit international humanitaire moderne marque justement la fin de l'exclusivité du CICR comme entité non étatique impliquée dans son processus normatif. De nouveaux autres acteurs et non les moindres font désormais entendre leurs voix aux côtés des États quand ils ne tiennent pas tout simplement la plume de ces derniers.

Mais, soulignons au préalable que ce droit auparavant élaboré et adopté en grande partie en dehors des enceintes onusiennes est devenu l'objet des préoccupations de l'ONU qui, non seulement se montre très soucieuse de son respect, mais contribue à faire émerger de nouvelles normes⁷². On pense notamment sur ce second point à l'assistance humanitaire. Sans épiloguer sur la nature juridique de ce concept qui a soulevé tant de controverses⁷³, rappelons simplement que le mérite

⁶⁸ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, 22 août 1864, en ligne : CICR : <<http://www.icrc.org/dih.nsf/INTRO/120?OpenDocument>> (entrée en vigueur : 22 juin 1865) [*Convention de Genève de 1864*].

⁶⁹ Le CICR s'est mis à l'écart des mouvements conventionnels visant à régler les hostilités. Aussi le droit dit de La Haye ne voit-il pas sa participation.

⁷⁰ *Quatre Conventions de Genève*, *supra* note 24.

⁷¹ Domesticci-Met, « Rôle du CICR », *supra* note 54 à la p. 230.

⁷² Boisson de Chazournes, *supra* note 47.

⁷³ À titre indicatif, lire : Mario Bettati et Bernard Kouchner, *Le devoir d'ingérence*, Paris, Denoël, 1987 ; Marie-Josée Domesticci-Met, « Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire » (1989) 35

revient à l'ONU, notamment l'Assemblée générale, de l'avoir formalisé dans sa résolution n°43/181 du 8 décembre 1988 intitulée *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles ou autres situations du même ordre*⁷⁴. De même, on ne saurait oublier de mettre à l'actif de l'ONU et principalement du Conseil de sécurité, la juridictionnalisation du DIH à travers la création des juridictions pénales internationales pour l'ex-Yougoslavie⁷⁵ et pour le Rwanda⁷⁶.

Les exemples illustrant la part considérable prise par les entités non étatiques aux côtés des États dans l'élaboration des normes humanitaires ne manquent donc pas. Déjà en 1967, la révision de la *Convention relative au statut des réfugiés*⁷⁷ était le fruit d'une initiative privée, notamment de la Fondation Dale Carnegie, qui en l'occasion s'était alliée au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. On peut citer également la *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*⁷⁸. Adoptée à Ottawa le 18 septembre 1997 et entrée en vigueur le 1^{er} mars 1999, cette convention ne manque pas de surprendre de par ses particularités. D'abord, sa « nature hybride »⁷⁹ la situe à mi-chemin entre le droit international du désarmement et le droit international humanitaire. Ensuite, son entrée en vigueur a été d'une rapidité remarquable, soit moins d'un an après sa signature alors que par exemple les

A.F.D.I. 117 [Domestici-Met, « Aspects juridiques »]; Mario Bettati, « Un droit d'ingérence ? » (1991) 95 R.G.D.I.P. 639 [Bettati, « Un droit d'ingérence ? »]; Mario Bettati, « Intervention ingérence ou assistance ? » Revue trimestrielle des droits de l'homme n° 19 (juillet 1994) 307 [Bettati, « Intervention ingérence ou assistance ? »]; Olivier Corten et Pierre Klein, *Droit unilatéral d'ingérence ou obligation collective de réaction?*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; Olivier Corten et Pierre Klein, « L'assistance humanitaire face à la souveraineté des États », Revue trimestrielle des droits de l'homme n° 11 (juillet 1992) 343 ; Yves Sandoz, « Droit ou devoir d'ingérence, droit à l'assistance : de quoi parle-t-on ? », [1992] 795 R.I.C.R. 225 [Sandoz, « Ingérence »].

⁷⁴ *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles ou autres situations du même ordre*, Rés. AG 43/181, Doc. Off. AG NU, 43^e sess., Doc. NU A/43/181.

⁷⁵ *Résolution 808*, Rés. CS 808, Doc. off. CS NU, 1993, S/RES/808 (1993) 1 ; *Résolution 827*, Rés. CS 827, Doc. off. CS NU, 1993, S/RES/827.(1993) 1.

⁷⁶ *Résolution 955*, Rés. CS 955, Doc. off. CS NU, 1994, S/RES/955 (1994) 1.

⁷⁷ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954).

⁷⁸ *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, 2056 R.T.N.U. 211 (entrée en vigueur : 1^{er} mars 1999) [*Convention sur les mines antipersonnel*]. À propos de cette convention : Mario Bettati, « Examen de la Convention sur l'interdiction des armes classiques produisant des effets traumatiques excessifs », (1995) 41 A.F.D.I. 185 ; Mario Bettati, « L'interdiction ou la limitation d'emploi des mines (Le Protocole de Genève du 3 mai 1996) », (1996) 42 A.F.D.I. 187 ; Mario Bettati, « 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) » (1997) 43 A.F.D.I. 218 [Bettati, « Convention »]; Brigitte Stern, « La société civile internationale et la mise en œuvre du droit international : l'exemple de la Convention d'Ottawa sur l'élimination des mines antipersonnel » dans Habib Gherari et Sandra Szurek, dir., *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international?*, Paris, A. Pedone, 2003, 103 [Stern, « Société civile internationale »].

⁷⁹ Bettati « Convention », *ibid.*, à la p. 220.

Pactes internationaux sur les droits de l'homme⁸⁰ ont mis une décennie avant d'entrer en vigueur. Enfin et surtout, elle est le résultat d'une campagne dynamique portée par « une lame de fond venant des citoyens du monde »⁸¹ en l'occurrence une coalition de près de 1000 ONG regroupées sous l'appellation d'I.C.B.L. (*International Campaign to Ban Landmines*) ou Campagne internationale pour interdire les mines antipersonnel. Remontée contre les ravages des mines antipersonnel, ces armes perverses dont la particularité est de faire revivre la guerre au sein même de la paix, l'I.C.B.L. réussira à se faire entendre au point de conduire les États en un temps relativement bref, à la signature de la *Convention sur les mines antipersonnel*. Un succès tellement remarquable que l'I.C.B.L. se verra élevée en 1997 à la distinction de Prix Nobel de la paix.

Dans le même ordre d'idées, soulignons que la mouvance contemporaine de juridictionnalisation du droit international s'est manifestée dans le domaine humanitaire par une forme de compétence partagée entre les États et les acteurs non étatiques. Il s'agit en l'occurrence de la Cour pénale internationale (CPI) dont l'acte de naissance est le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*⁸² du 17 juillet 1998. Ce statut, rappelons-le, est « le seul instrument conventionnel à vocation générale en matière de droit international humanitaire et de droits de l'homme, qui prévoit un mécanisme juridictionnel débouchant sur des décisions obligatoires »⁸³. Ce qui frappe au niveau de l'élaboration du *Statut de Rome* est la part prise par les ONG. En effet, elles ne se sont pas contentées de jouer les figurants ou les seconds rôles comme il a souvent été observé dans certains scénarios internationaux. Aussi ont-elles été impliquées dans les travaux comme de véritables partenaires de la négociation de manière directe ou de façon indirecte par l'intermédiaire des délégations qu'elles avaient investies. Cette implication leur a donc permis de définir clairement leur position sur les thèmes débattus et parfois même en leur nom. Face à cette prépondérance des ONG au demeurant critiquée⁸⁴, il a même été avancé que, *le Statut de Rome* bien qu'étant un traité inter étatique, a laissé jaillir « une nouvelle dépossession des États qui se sont prêtés à cette atteinte à leur monopole de la conduite des négociations inter étatiques »⁸⁵.

Au regard de ce qui précède, on peut dire du DIH ce qu'un auteur avançait du droit des gens, qu'il « n'est plus cette discipline ésotérique qui se dérobe au commun des mortels. Il parle un langage plus humain. Il se penche sur les souffrances de l'humanité et fait écho à ses espoirs. Il est descendu de l'Olympe pour se mêler à la

⁸⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976). *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

⁸¹ Stern, *supra* note 78 à la p. 107.

⁸² *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*].

⁸³ Luigi Condorelli, « La Cour pénale internationale : Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) » (1999) 103 R.G.D.I.P. 7 à la p. 8.

⁸⁴ Serge Sur, « Vers une Cour pénale internationale : La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité » (1999) 103 R.G.D.I.P. 29.

⁸⁵ *Ibid.* à la p. 36.

foule »⁸⁶.

En plus de participer à l'élaboration des normes de DIH, les États et les entités non étatiques à maints endroits en sont aussi destinataires.

2. LES ÉTATS ET LES ACTEURS NON ÉTATIQUES COMME DESTINATAIRES DES NORMES DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Puisque le droit international humanitaire s'intéresse à la souffrance des Hommes pris à la nasse des conflits armés et s'efforce d'en alléger la rigueur, les valeurs qu'il porte et essaie de faire entendre concernent toutes les parties prenantes à un conflit armé, indépendamment de leur statut juridique. Les États et les entités non étatiques sont donc des destinataires de la norme de droit humanitaire qu'ils sont dans l'obligation de respecter comme il ressort des textes et de la jurisprudence.

a) *Les bases textuelles de leur obligation de respecter le droit international humanitaire*

L'obligation de respecter les règles de DIH fait d'emblée partie de la catégorie de normes impératives et s'impose aussi bien aux États qu'aux acteurs non étatiques, qu'ils soient ou non impliqués dans les conflits armés. Plusieurs dispositions normatives dont le degré de précision varie selon qu'on a affaire aux États ou aux acteurs non étatiques rappellent néanmoins cette obligation.

Elle découle, en ce qui concerne les États, généralement des conventions humanitaires qu'ils ont ratifiées. Il n'est plus besoin ici d'insister sur la force obligatoire de tout engagement conventionnel d'un État; l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁸⁷ est d'ailleurs précis sur cette question étant donné qu'il pose la règle selon laquelle toute disposition conventionnelle en vigueur « lie les Parties et doit être exécutée de bonne foi »⁸⁸.

Mais au-delà de cette règle générale, un détail particulier qui ne manque pas de retenir l'attention est fourni par les quatre *Conventions de Genève* en leur article 1 ainsi que le *Protocole I*⁸⁹ en son article 1 §1. En effet, ces articles, par une formule identique, prescrivent l'obligation pour les Hautes Parties contractantes de « respecter et faire respecter » en toutes circonstances les règles du droit international humanitaire contenues dans les *Conventions* et le *Protocole*. Une telle obligation vise d'abord à rappeler le caractère impératif des normes de droit international humanitaire qui ne sauraient être assujetties au principe de réciprocité cher au droit des traités; ce

⁸⁶ Maurice Bourquin, « L'humanisation du droit des gens », dans *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, t.2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 21 à la p. 21.

⁸⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

⁸⁸ *Ibid.*, art. 26.

⁸⁹ *Protocole I*, *supra* note 38.

qui met sur la tête de chaque État la charge de faire lui-même tout ce qui est nécessaire pour que les normes concernées soient respectées par ses organes et l'ensemble des personnes soumises à sa juridiction et d'agir par tous les moyens appropriés afin que lesdites normes soient observées par les autres États⁹⁰.

S'il ne fait point de doute que les acteurs non étatiques sont également les destinataires des normes de droit international humanitaire en raison du caractère impératif des normes concernées, les dispositions textuelles qui leur reconnaissent cette qualité, à défaut de procéder par une interprétation large de certaines dispositions conventionnelles, ressortent souvent des textes dont la valeur n'égale pas celle des traités.

La qualité de destinataire de normes de DIH reconnue aux entités non étatiques peut être ainsi déduite d'une interprétation des dispositions de l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* qui, comme il a été mentionné plus haut, parle tout simplement de « parties au conflit » sans spécifier s'il s'agit uniquement des États ou pas, toutes choses qui permettent d'englober dans l'expression aussi bien les États que les entités qui ne le sont pas.

Le *Protocole II* se garde bien de toute mention explicite pouvant donner à croire qu'il reconnaît la qualité de destinataire de normes de droit international humanitaire aux acteurs non étatiques tels les insurgés. Mais à vrai dire, un examen minutieux de ce texte permet de se rendre compte que, sans le savoir, peut-être comme M. Jourdain faisant sa prose, le texte reconnaît que les insurgés sont les destinataires des règles de DIH. On en veut pour preuve son article 1 qui se réfère à la capacité des insurgés d'appliquer ce protocole comme un élément à prendre en compte pour qualifier une situation conflictuelle de conflit armé non international.

L'Institut de droit international considère lui aussi les entités non étatiques comme des destinataires de la norme de DIH. Sa résolution de Berlin du 25 août 1999 précitée insiste d'emblée sur ce principe. Son article 2 dispose que

[t]outes les parties aux conflits armés auxquels prennent part des entités non-étatiques, indépendamment de leur statut juridique, de même que les Nations Unies et les organisations régionales et autres organisations internationales compétentes, *ont l'obligation de respecter le droit international humanitaire de même que les droits fondamentaux de l'homme* [nos italiques].⁹¹

L'ONU défend également cette thèse. En témoigne la circulaire de son Secrétaire général intitulée « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies », promulguée le 9 août 1999 et entrée en vigueur le 12 août de la même année. Ce texte dont le mérite est d'avoir réglé la question de l'applicabilité du

⁹⁰ Luigi Condorelli et Laurence Boisson de Chazournes, « Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances" » dans Swinarski, *supra* note 23, aux pp. 17-35.

⁹¹ Institut de droit international, « *Résolution de Berlin* », *supra* note 15 au para. II.

droit international humanitaire aux forces des Nations Unies a eu pour conséquence heureuse de mettre fin à des solutions improvisées ainsi que les incertitudes relatives et souvent dangereuses⁹² auxquelles on avait assisté jusqu'alors. L'argument voulant que le DIH ne s'applique pas aux forces des Nations Unies parce qu'elles agissent au nom de la communauté internationale et qu'elles ne sont pas en guerre avec les parties qu'elles affrontent n'est plus concluant⁹³.

b) *La reconnaissance jurisprudentielle de leur obligation de respecter les normes de droit international humanitaire*

Des décisions juridictionnelles reconnaissent la qualité de destinataires de droit international humanitaire aussi bien aux États qu'aux acteurs non étatiques.

En 1946, le tribunal de Nuremberg affirmait déjà qu'« il est surabondamment prouvé que la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent des crimes donc la sanction s'impose comme sanction du droit international »⁹⁴. La Cour internationale de justice dans l'affaire de l'*Interprétation de l'Accord entre l'OMS et l'Égypte* reconnaît que « l'organisation internationale est un sujet de droit international, en tant que tel, lié par toutes les obligations que lui imposent les règles de droit international »⁹⁵. Une interprétation de ce passage autorise à penser que « les règles de droit international » en question peuvent être aussi celles du DIH. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour avait considéré les normes de l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* comme reflétant les principes généraux du droit humanitaire applicables à tous les conflits armés⁹⁶. Ce qui veut insinuer que toutes les parties prenantes à un conflit armé indépendamment de leur statut juridique, sont astreintes au respect de cet article. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Le Procureur c. Duško Tadić*⁹⁷ a soutenu qu'il existe un noyau de règles substantielles commun aux conflits armés, nonobstant la nature du conflit et la qualité des parties. Aussi, la chambre d'appel du tribunal n'a-t-elle pas hésité à conclure que le droit de La Haye (conduite des hostilités) et le droit de Genève (protection des personnes et des biens) faisaient partie du droit international coutumier applicable en toutes circonstances. La chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda a reconnu que des

⁹² Paulo Benvenuti, « Le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies : la circulaire du secrétaire général » (2001) 105 R.G.D.I.P. 355.

⁹³ Claude Emmanuelli, « Les forces des Nations Unies et le droit international humanitaire » dans Condorelli, La Rosa et Scherrer, *supra* note 42, aux pp. 345-70.

⁹⁴ Jugement du 30 sept-1^{er} oct. 1946, Doc. Off., vol. 1, p. 235.

⁹⁵ *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Avis consultatif, [1980] C.I.J. rec. 73 aux pp. 89-90.

⁹⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* [1986] C.I.J. rec. 14 au para. 219 [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*].

⁹⁷ *Le Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-I-A, Arrêt (15 juillet 1999) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <[http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/ fr/tad-991507f.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-991507f.pdf)>.

dispositions telles l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève* et les règles du *Protocole II* liaient les civils⁹⁸, une preuve de l'applicabilité des normes du DIH aux particuliers, indépendamment de leur statut.

Une autre décision de justice très intéressante a été rendue par la Cour constitutionnelle de Colombie. Il s'agit de la décision du 18 mai 1995⁹⁹ dans laquelle la Haute Cour a affirmé l'obligation qui incombe aux Forces armées révolutionnaires de Colombie, de respecter les règles de DIH notamment l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève*.

L'ensemble des acteurs sus énumérés en retour peuvent exiger le respect des normes humanitaires à leur égard.

Pour conclure sur ce point, on peut paraphraser Archimède et dire « que les acteurs non étatiques sont comme tout État plongé dans un conflit armé, soumis à une pression du DIH au moins égale à celle de leur implication dans le conflit »¹⁰⁰. Le terrain de la mise en œuvre du DIH apparaît comme un lieu par excellence où peut s'apprécier la nature des relations qui existent entre les institutions étatiques et celles qui ne le sont pas, et force est de constater que les deux entités conjuguent souvent leurs efforts en vue de parvenir à des fins communes.

B. Une conjugaison d'efforts vers des fins communes au niveau de la mise en œuvre du DIH

À partir du moment où plusieurs sources s'accordent à reconnaître la qualité de destinataire des normes de droit humanitaire aux différents acteurs objet de notre attention, il va de soi que l'obligation de respect qui pèse sur leur tête ne peut véritablement s'apprécier que sur le terrain de la mise en œuvre de ce droit. Lorsqu'on s'y place, il est frappant de constater une conjugaison d'efforts par ces acteurs pour parvenir à des fins communes, aussi bien en période de crise **(2)** que par temps de paix **(1)**.

1. EN PÉRIODE DE PAIX

Il est de coutume de dire que le droit court après les faits. Et le DIH cadre *a priori* avec cette remarque, tant il est centré sur les conflits armés qu'à s'y méprendre, on en oublierait sa dimension préventive. En effet, le DIH « n'a pas été conçu pour se

⁹⁸ *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A, Arrêt (1^{er} juin 2001) (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre d'appel), en ligne : TPIR <<http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>> au para. 438.

⁹⁹ Marco Sassòli et Antoine Bouvier, *How does law protect in War? Cases documents and teaching materials on contemporary practice in international humanitarian law*, Genève, International Committee of the Red Cross, 1999, à la p. 1360.

¹⁰⁰ Éric David, « Le droit international humanitaire et les acteurs non étatiques » dans *Colloque de Bruges*, *supra* note 16 à la p. 34.

satisfaire de victoires post-mortem »¹⁰¹. La nature irréversible des crimes qui risquent d'en résulter suppose que tout soit mis en oeuvre pour les éviter. Aussi la prévention occupe-t-elle une place non négligeable au cœur de ce droit, sinon c'est le chaos. Comme il a été démontré, le nombre et l'intensité des conflits armés au cours de la décennie quatre vingt-dix ont mis en relief la défaillance de la communauté internationale dans le domaine de leur prévention. Le rapport final, publié en 1997 par la Commission Carnegie montre clairement que le génocide rwandais d'avril 1994 aurait pu être évité aussi bien que le massacre de milliers de musulmans à Srebrenica en 1995¹⁰². C'est fort de ce constat que le Conseil de sécurité s'est résolu à faire de la prévention des conflits armés une partie intégrante de sa responsabilité principale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Et c'est justement en temps de paix que les États et les entités non étatiques doivent entreprendre des actions de promotion et de diffusion du DIH. Plusieurs dispositions pertinentes de textes conventionnels préfigurent de telles actions. Outre les quatre *Conventions de Genève de 1949* en leur article 1 et l'article 1 § 1 du *Protocole I* sur l'obligation pour les Hautes Parties contractantes de « respecter et faire respecter » en toutes circonstances les règles du DIH qu'ils énoncent, les articles 47, 48, 127 et 144 communs aux quatre *Conventions de Genève* obligent les Hautes Parties contractantes « à diffuser le plus largement possible en temps de paix » les normes édictées par lesdites conventions. Si en théorie une telle obligation incombe en premier lieu aux États, la réalité est qu'ils ne peuvent prétendre, sous peine d'échec, à un quelconque monopole en la matière. En clair, la conjoncture les oblige à conjuguer leurs efforts avec d'autres entités.

Des efforts considérables ont donc été fournis pour élaborer et mettre en œuvre par temps de paix, des mesures préventives visant à garantir un meilleur respect du DIH. Sa diffusion a ainsi été renforcée de manière générale aussi bien dans la société civile que parmi les forces armées et les groupes armés; il a été considérablement incorporé dans les programmes d'enseignement scolaire et universitaire, les manuels et la doctrine militaires. Des lois et des règlements nationaux ont été adoptés ou adaptés, des structures nécessaires instaurées pour mettre en œuvre les normes figurant dans les traités de DIH pertinents. Il est fort intéressant de mentionner dans ce domaine, la fin du quasi monopole du CICR comme seule entité non étatique. Ce dernier qui s'est vu pendant longtemps attribuer en particulier le mandat de travailler en collaboration avec ses sociétés nationales à la compréhension et à la diffusion du DIH¹⁰³, doit désormais partager la tâche avec de nouveaux autres acteurs dépourvus de tout lien de dépendance vis-à-vis de l'institution étatique. Ainsi en 2003, avec le concours d'autres institutions et organisations, il a organisé une série de séminaires régionaux avec pour thème

¹⁰¹ Françoise Bouchet-Saulnier, « Coutume : espace de création et d'activisme pour le juge et pour les organisations non gouvernementales » dans Tavernier et Henckaerts, *supra* note 64 à la p. 165.

¹⁰² Momtaz, *supra* note 26 à la p. 136.

¹⁰³ *Statuts du Comité international de la Croix-Rouge*, 24 juin 1998, à l'art. 4, en ligne : CICR : <<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5fzg4r?opendocument>>; *Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, de 1986 amendés en 1995 et 2006, à l'art. 5, en ligne : CICR : <[http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/statutes-movement-220506/\\$File/Statutes-FR-A5.pdf](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/statutes-movement-220506/$File/Statutes-FR-A5.pdf)>.

principal : « Améliorer le respect du droit international humanitaire ». Tenus au Caire (Égypte), à Pretoria (Afrique du Sud), Bruges (Belgique), Mexico (Mexique), Kuala Lumpur (Malaisie), ces séminaires régionaux regroupaient des experts gouvernementaux, des parlementaires, des universitaires, des membres d'organismes régionaux ou d'organisations non gouvernementales et des représentants des sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

La conjugaison d'efforts par les acteurs qu'on vient d'énumérer n'est pas exclusivement perceptible en temps de paix. Elle existe, même si la géométrie est variable, en période de crise.

2. EN PÉRIODE DE CRISE

Pour être respecté le DIH doit être connu sinon de tous, du moins du plus grand nombre de personnes. Si les actions de diffusion que nous venons de présenter en temps de paix revêtent un intérêt particulier en ce qu'elles inculquent à ses destinataires le réflexe du respect du DIH, la réalité commande de reconnaître que ce droit a pour fonction essentielle de fixer les normes humanitaires dans les conflits armés. C'est donc en période de crise que son degré d'effectivité peut mieux être apprécié. En effet, l'éclatement de tout conflit armé met généralement l'homme aux prises avec deux logiques contradictoires. D'une part, son inhumanité qui le pousse à vouloir en découdre avec son semblable qu'il massacre et de l'autre, un sursaut d'humanité qui l'oblige à adopter des mesures pour tempérer la rigueur de ses folies. Si la complexité et l'antagonisme des intérêts qui s'affrontent ne permettent pas de rendre compte de manière parfaite de la situation qui prévaut pendant les conflits armés, il est au moins un dénominateur commun sur lequel on s'accorde : les souffrances que génèrent les guerres. Voilà pourquoi des efforts ont été de tout temps déployés pour humaniser la guerre. On assiste alors à un rapprochement entre les parties prenantes qui s'efforcent de tempérer leur adversité pour apporter aide et secours aux victimes. Il serait fastidieux voire prétentieux de vouloir rendre compte de manière exhaustive de ce rapprochement. Soulignons tout simplement qu'il associe généralement des entités entre lesquelles les rapports ne sont pas toujours les plus cordiaux en temps de paix. Ainsi, les États belligérants ou non, les insurgés, les ONG, les organisations internationales ou régionales, la société civile se retrouvent le temps d'un consensus, sur le terrain de l'aide humanitaire. Elle est même devenue un enjeu des conflits avec tous les risques de dérives qu'elle comporte, d'où la nécessité de bien l'encadrer. Très souvent, les différentes parties prenantes aux conflits ne s'entendent pas toujours sur ses modalités, mais les dénonciations des ONG et des autres acteurs de la société civile relayées et appuyées par la pression de la communauté internationale permettent d'obtenir un minimum incompressible. Parfois, ce minimum incompressible n'a pu être obtenu que par voie d'autorité notamment par le biais d'une assistance humanitaire imposée par le Conseil de sécurité.

Il est également à noter que les activités opérationnelles d'aide et d'assistance humanitaire aux victimes des conflits armés ne relèvent plus de la chasse

gardée du CICR. Plusieurs autres organisations non gouvernementales ou associations interviennent au nom du devoir de solidarité et apportent leur assistance aux victimes. On peut citer pêle-mêle les entités suivantes : Médecins sans frontières, Médecins du monde, Aide médicale internationale, Ordre de Malte, Caritas Internationalis, Armée du Salut, etc. Cette invasion de l'humanitaire par les ONG et la société civile permet heureusement de démentir certaines prédictions pessimistes qu'il y a peu de temps encore, annonçaient curieusement leur disparition et résumaient l'aide humanitaire à deux uniques acteurs que sont les États et les agences intergouvernementales¹⁰⁴.

En somme, l'implication des entités non étatiques dans la mise en œuvre du droit international humanitaire n'a rien de surprenant puisqu'il concerne en premier chef les individus et son importance est telle qu'on ne saurait le considérer comme relevant du terrain exclusif des États et des organisations internationales.

Au terme de cette première partie, on peut avancer que le DIH en raison de l'idéal qu'il incarne apparaît comme un droit commun. Il n'exclut ni ne discrimine car le sang dont il s'évertue à éviter qu'on ne verse à la même couleur où qu'on se trouve. Il n'est donc rien de surprenant que des entités hétéroclites se retrouvent associées dès qu'il s'agit de l'humanitaire. Toutefois, le consensus observé entre les différents acteurs est loin d'être permanent. On a beau saluer cet effort de dépassement des clivages pour parvenir à un dénominateur commun, il n'en reste pas moins vrai qu'une symphonie ne saurait être obtenue à partir d'un mélange de sons discordants. Aussi n'est-il pas rare que le consensus entre parties prenantes vire au conflit. Le duel entre ces diverses entités fait donc son entrée par la grande porte pendant que la dualité s'en va par la fenêtre.

II. Le duel entre les États et les acteurs non étatiques

Il vient d'être décrit comment le droit international humanitaire de par les valeurs qu'il véhicule, réussit l'exploit d'associer autour de l'objectif qu'il défend des réalités hétéroclites. Le maintien d'une relative cohésion entre de telles réalités n'est pas une mince affaire. Aussi, si le couple États/acteurs non étatiques est-il inévitable en droit international humanitaire, il est également vrai qu'il demeure un couple à problèmes. Miné en profondeur par les agents hétérogènes qu'il contient, il finit souvent par se fissurer sous la pression de l'antagonisme de ses particules et le duel apparaît au grand jour. Le propos va s'atteler à présenter les manifestations de ce duel (A) dont il serait par ailleurs intéressant de s'attarder sur les conséquences (B).

A. Les manifestations du duel

Commençons d'emblée par un truisme qui, malgré le risque qu'il présente de contredire la position que nous défendons et selon laquelle le DIH s'adresse directement aux individus, n'en garde pas moins sa signification : c'est le constat

¹⁰⁴ David Rieff, *A bed for the Night: Humanitarianism in Crises*, New York, Simon & Schuster, 2002.

selon lequel en dépit des transformations que l'ordre international a connues avec à la clé le développement de nouvelles entités qui s'efforcent de déterminer les relations internationales, l'État demeure « le principal centre de gravité de la vie internationale »¹⁰⁵. Aussi, demeure-t-il jaloux de sa souveraineté qui, au moindre soupçon d'atteinte, se révèle être une pomme de discorde avec les acteurs non étatiques (1). De même, les dérives de l'aide humanitaire ne manquent pas de soulever les tensions entre ses différents acteurs (2).

1. LA SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT COMME POMME DE DISCORDE AVEC LES ACTEURS NON ÉTATIQUES

Le constat de la fragilisation de la souveraineté étatique apparaît de nos jours comme un lieu commun de la pensée juridique internationaliste. Qu'il s'agisse des politologues qui s'intéressent à l'étude des relations internationales ou des juristes qui s'attachent à l'examen des règles du droit international, tous s'accordent à soutenir que l'État est désormais affaibli. Les faits ne leur donnent pas entièrement tort. Miné de l'intérieur par les forces qui lui reprochent d'être coupé de l'intérêt général qu'il prétend incarner, confronté sur la scène internationale à la concurrence des entités émergentes qui lui contestent de s'accaparer des affaires internationales dont il n'est pas l'unique représentant, l'État est attaqué de toute part. S'il n'en est pas à son premier assaut, la nouveauté vient de ce que la charge est portée dorénavant par le vent de la mondialisation¹⁰⁶ porteur à son tour d'une « universalisation du marché » qui entraîne « la dévalorisation des frontières nationales sur le plan économique et juridique »¹⁰⁷.

Mais, l'erreur serait d'assimiler cette crise¹⁰⁸ de la souveraineté à sa disparition. On a beau étaler son « fléchissement devant les contraintes et les pesanteurs de la mondialisation »¹⁰⁹, reste que les États demeurent extrêmement vigilants; s'ils acceptent que se fauillent entre eux en jouant de leur diversité pour se soustraire subrepticement à leur pouvoir les entités privées qui, au demeurant, développent pour le meilleur et pour le pire d'intenses relations, ils ne sont pas prêts à abdiquer de leur souveraineté qu'ils défendent jalousement. En clair, hier comme aujourd'hui, le droit international repose encore sur la souveraineté des États. Même le droit international humanitaire, malgré le mérite qu'il présente de toucher un domaine sensible où il est admis depuis longtemps qu'il ne saurait relever du domaine réservé de l'État ne saurait nier la souveraineté d'autant plus que c'est elle qui conditionne encore aujourd'hui pour une large part l'action humanitaire (a). Même

¹⁰⁵ Raymond Ranjeva, *Les organisations non gouvernementales et la mise en œuvre du droit international*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 270, 1997 à la p. 67.

¹⁰⁶ Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, « Mondialisation et souveraineté de l'État » (1996) 3 J.D.I. aux pp. 611-62 [Mohamed Salah].

¹⁰⁷ Jean Touscoz, « Mondialisation et sécurité économique internationale (Quelques remarques juridiques et institutionnelles) » (1998) 102 R.G.D.I.P. 623 aux pp. 625-26.

¹⁰⁸ Bernard Cubertafond, « Souverainetés en crise? » *Revue du droit public* n° 5 (1989) 1273.

¹⁰⁹ Mohamed Salah, *supra* note 106 à la p. 619.

imposée, l'action humanitaire doit à défaut de composer avec la souveraineté, la prendre en considération **(b)**.

a) *L'action humanitaire suspendue aux caprices de la souveraineté*

L'étude du DIH ne saurait se faire indépendamment de l'aide humanitaire en raison de sa prépondérance parmi les éléments d'appréciation de l'effectivité du droit objet de notre propos. La légitimité dont jouit l'aide humanitaire auprès des différentes opinions publiques ne devrait pas faire oublier l'une de ses caractéristiques : son aspect essentiellement évolutif avec une forte dimension privée. C'est dire toute la place des acteurs qui ne sont ni étatiques ni inter étatiques dans ce domaine qui représente à leurs yeux

non seulement la possibilité d'accéder directement à un champ international traditionnellement considéré comme du ressort des seuls gouvernants et des agents étatiques spécialisés en la matière (diplomates et militaires), mais de s'y affirmer et surtout d'y exercer une influence concrète détachée des considérations politiques "classiques" qui sont celles des États et encore souvent celles des organisations internationales.¹¹⁰

Face à une telle concurrence, l'État ne peut rester passif. Il lui suffit d'exciper sa souveraineté dont la force est de nature à contrecarrer toutes les idées, furent-elles saines, qui animent les entités désireuses d'entrer sur son territoire. En effet, l'action humanitaire implique très souvent et même obligatoirement la présence physique des secouristes étrangers sur le territoire de l'État afin de soulager les souffrances, sauver les vies, nourrir les victimes, organiser l'installation, le transit ou le retour de populations déplacées à l'intérieur de leur propre pays ou à l'extérieur de celui-ci. Certes, il est admis avec la CIJ que « la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un autre pays [...] ne saurait être considérée comme une intervention illicite »¹¹¹, mais la présence de corps étrangers apparaît généralement aux yeux de la souveraineté comme un danger en raison « de la capacité de témoignage qui l'accompagne, de sa vocation à soigner, sauver ou rétablir des opposants potentiels ou tout simplement de sa substitution aux autorités locales dans une fonction éminemment sociale »¹¹². On comprend alors à quel point l'autorisation de l'État sur le territoire duquel l'action humanitaire est projetée s'avère nécessaire, faute de quoi les tensions naîtront. Et quand bien même l'État aura donné son consentement, de telles opérations ne pourraient se dérouler à l'abri de son regard, car s'ouvrir aux secours étrangers c'est dévoiler son arrière boutique et donc « risquer la contagion que peut engendrer une confrontation avec des hommes et femmes venus d'une autre civilisation, de pays relevant d'autres mœurs

¹¹⁰ Philippe Ryfman, « Les organisations non gouvernementales (ONG) : un acteur incontournable de l'aide humanitaire » [2007] 89:865 R.I.C.R. 21 à la p. 45.

¹¹¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra* note 96 à la p. 124.

¹¹² Bettati, « Intervention ingérence ou assistance? », *supra* note 73 aux pp. 313-14.

politiques »¹¹³, surtout par ces temps où plusieurs ONG humanitaires ne se contentent plus seulement de soigner, mais de dénoncer avec preuves à l'appui les horreurs dont elles ont pris connaissance sur le terrain de leurs interventions.

Face à deux logiques dont tout semble opposer avec d'un côté l'État désireux de tout contrôler afin de mieux dissimuler certaines situations si besoin s'en fait, et de l'autre les acteurs non étatiques qui réclament généralement plus de transparence et surtout d'indépendance pour mener leurs actions de secours auprès des victimes, il ne peut y avoir que des tensions.

Sans se faire l'apôtre d'une conception stricte de la souveraineté qui délimite le territoire national comme on clôture une propriété avec les risques que cela implique comme la condamnation des pans entiers d'une population à une non-assistance en cas de catastrophes naturelles ou politiques alors que des secours étrangers sont pourtant disponibles, l'humilité commande de reconnaître que l'aide humanitaire reste pour une large part tributaire du bon vouloir du souverain. En clair, « les exigences de la souveraineté demeurent en tension avec celles de l'action humanitaire transfrontière, bénévole et désintéressée »¹¹⁴. Aussi quelles que généreuses que puissent être les idées animant les bonnes âmes désireuses d'apporter l'aide aux populations d'un sujet territorial qui sont dans le besoin, il reste que l'opération ne peut avoir d'issue favorable que si le sujet concerné a donné son consentement. L'aide humanitaire conserve ainsi toute sa symbolique de « consensus conflictuel »¹¹⁵.

Certes, à défaut d'obtenir le consentement du sujet territorial concerné, on ne saurait abandonner les populations sinistrées à elles-mêmes. La formule pour justifier l'intervention est connue : « quand un gouvernement n'est pas à même de protéger sa population, c'est à la communauté internationale qu'il revient de le faire. Dans ces cas là, ce sont les victimes qu'il faut écouter et non les dictateurs qui croient représenter les victimes »¹¹⁶. L'aide humanitaire sera donc imposée, mais là encore, elle ne saurait faire totalement abstraction de la souveraineté.

b) L'assistance humanitaire imposée ne fait pas abstraction totale de la souveraineté du sujet territorial

Le propos voudrait s'intéresser ici à l'assistance humanitaire imposée, c'est-à-dire quand le sujet territorial a refusé de donner son consentement soit parce qu'il est dans l'impossibilité de le faire ou surtout parce qu'il ne veut pas.

Le phénomène de mode auquel le droit international n'échappe pas et lui fait prêter les vertus de l'évolution a fait passer le domaine de l'ingérence humanitaire à la

¹¹³ Domestici-Met, « Aspects juridiques », *supra* note 73 à la p. 124.

¹¹⁴ Bettati, « Intervention ingérence ou assistance? », *supra* note 73 à la p. 307.

¹¹⁵ Marie-Josée Domestici-Met, *Aide humanitaire internationale : un consensus conflictuel?*, Paris, Economica, 1996.

¹¹⁶ Entrevue de Bernard Kouchner, « Guerre à la guerre même avec les mass-médias », entretien avec B. Kouchner, *Cooperazione*, n° 126, Rome, juin 1993, p. 9.

responsabilité de protéger sans qu'on ne voit vraiment en quoi consiste le changement, car le plus fondamental, sinon dans les principes substantiels, du moins dans les modes de fonctionnement, s'est conservé¹¹⁷. En allant de l'un à l'autre comme s'il traversait la rivière de l'histoire au gué, le droit international a de nouveau réussi un tour de *passé-passé* comme il sait si bien le faire dans « les moments délicats où rien n'a été résolu, mais où il faut de toute urgence jeter un nouvel os dans la gueule de l'avenir et de la poudre aux yeux des médias »¹¹⁸. Ainsi, qu'il s'agisse de l'ingérence humanitaire ou de la responsabilité de protéger, aucun des deux concepts ne sauraient faire abstraction de la souveraineté.

Apparue à la fin des années 1980, l'ingérence humanitaire vue comme un droit selon qu'on met l'accent sur l'aspect juridique, ou considérée comme un devoir selon qu'on insiste sur la dimension éthique, a fait couler beaucoup d'encre pour qu'on y revienne ici. L'expression « ingérence humanitaire » est un oxymoron, c'est-à-dire une alliance de mots contradictoires¹¹⁹. L'ingérence entretient ainsi des relations complexes avec la souveraineté étatique¹²⁰ et représente à ses yeux ce qu'est l'antimatière à la matière. En se définissant par le qualificatif qu'il s'est affublé pour masquer son illégalité, l'ingérence cherche à prendre à contre-pied le système juridique international qui repose tout entier sur la souveraineté. Aussi met-elle en avant l'idée selon laquelle le pouvoir de l'État doit se plier devant les nécessités d'une protection minimale des droits de la personne humaine. Dans cette perspective, l'assistance humanitaire doit pouvoir être mise en œuvre au-delà des frontières étatiques.

Mais, vouloir procéder de la sorte c'est oublier que l'ingérence, même *humanitaire*, demeure illégale au regard du droit international. C'est pourquoi dans la pratique, elle s'efforce toujours de composer avec la souveraineté du sujet territorial afin de se parer du masque de bonnes intentions nécessaire à sa légitimité de façade, faute de quoi elle se transformera en « intervention d'humanité », ces pompeuses opérations à la licéité contestable qui ont jalonné l'histoire¹²¹ et consistaient en la mise en avant des prétextes humanitaires pour légitimer la violation armée de la souveraineté de l'État dans lequel elles avaient cours. C'est en ayant à l'esprit la possibilité de survenance des conflits entre l'État souverain et les entités autres, prestataires de l'aide humanitaire que la résolution 43/131 sur l'assistance

¹¹⁷ Laurence Boisson de Chazournes et Luigi Condorelli, « De la responsabilité de protéger ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie » (2006) 110 R.G.D.I.P. 11 [Boisson de Chazournes et Condorelli, « Responsabilité de protéger »].

¹¹⁸ Marie-Dominique Perrot, dir., *Dérives humanitaires États d'urgence et droit d'ingérence*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, à la p. 12 [Perrot].

¹¹⁹ *Ibid.* aux pp. 44-45.

¹²⁰ Ashor Salem, *Le droit d'ingérence humanitaire et la souveraineté de l'État*, thèse de doctorat en droit international public, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix en Provence, 2007.

¹²¹ Les exemples d'interventions d'humanité sont nombreux ; on peut citer l'opération belge au Congo en juillet 1960, l'opération américano-belge de Stanleyville-Paulis de 1964, le raid israélien sur Entebbe (Ouganda) en 1976, l'opération française au Kolwezi en 1978, l'opération égyptienne sur Malte en 1985.

humanitaire¹²² assujettit cette dernière au principe de subsidiarité. Ce principe introduit au deuxième paragraphe de la résolution, réaffirme sans équivoque la souveraineté de l'État, lui reconnaît un rôle premier dans l'initiative, l'organisation, la coordination et la mise en œuvre de l'assistance humanitaire : « [e]n d'autres termes, les organisations humanitaires et les autres États n'interviennent que dans la mesure où l'État territorialement compétent n'est pas en mesure d'organiser l'aide, en raison même de la catastrophe »¹²³. C'est également en ces termes que s'annonce la « responsabilité de protéger ».

À l'image du droit/devoir d'ingérence humanitaire dont les principaux griots continuent de célébrer le « bilan largement positif », regrettant au passage que « l'usage abusif de l'expression [ait] dénaturé le sens »¹²⁴, la responsabilité de protéger dont l'acte de naissance procède du rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (CIISE)¹²⁵ est cette nouvelle trouvaille présentée « comme une réforme profonde du droit international traditionnel afin de le mettre en accord avec les valeurs actuelles de la communauté internationale; plus précisément, la mise en œuvre de la "responsabilité de protéger" permettrait d'assurer le respect effectif des droits humains et du droit humanitaire »¹²⁶.

Dans une formule savamment orchestrée, elle met en avant des thèmes mobilisateurs impliquant trois principales obligations : d'abord, la responsabilité de prévenir par l'élimination des causes profondes et directes des situations de violence, de conflits internes et internationaux et d'autres crises générées par les hommes et qui mettent en danger les populations; ensuite, la responsabilité de réagir devant les situations où la protection des êtres humains s'impose et nécessite l'adoption des mesures coercitives et dans les cas extrêmes, l'intervention armée; enfin la responsabilité de reconstruire, en fournissant, après une intervention, une assistance à tous les niveaux afin de faciliter la reconstruction et la réconciliation.

Comme on peut le remarquer, le tableau est saisissant. Est-ce pour autant dire que le concept de responsabilité de protéger¹²⁷ innove? La réponse ne semble pas être positive. Que le concept soit perçu comme un « nouveau paradigme ou une boîte à outils »¹²⁸, force est de constater qu'il ne fait

¹²² *Résolution sur l'assistance humanitaire aux victimes des catastrophes humanitaires et situations d'urgence du même ordre*, Rés. AG 43/131, Doc. Off. AG NU, 43^e sess., Doc. NU A/RES/43/131 (1988).

¹²³ Bettati, « Un droit d'ingérence? », *supra* note 73 à la p. 656.

¹²⁴ Mario Bettati, « Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger » *Outre-Terre* n° 20 (2007) 381.

¹²⁵ *La responsabilité de protéger, Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États*, Ottawa, Centre de recherche pour le développement international, 2001.

¹²⁶ Jean-Marie Crouzatier, « Le principe de la responsabilité de protéger : avancée de la solidarité internationale ou ultime avatar de l'impérialisme? » *Revue Aspects* n° 2 (2008) 13 à la p. 15 [Crouzatier].

¹²⁷ Société française pour le droit international, *Colloque de Nanterre : La responsabilité de protéger*, Paris, A. Pedone, 2008.

¹²⁸ Éric Marclay, *La responsabilité de protéger : Un nouveau paradigme ou une boîte à outils?*, Montréal, Chaire Raoul-Dandurand en études stratégiques et diplomatiques, 2005 [Marclay].

qu'assembler une série d'acquis [plus ou moins] juridiques dans un cadre unitaire, au moyen duquel, d'une part, on rappelle à chaque État, par rapport à sa propre sphère de juridiction, les obligations pesant sur lui en matière de prévention, de protection et de répression contre les crimes de génocide, des crimes de guerre, des pratiques de nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité; et, d'autre part, on souligne que tous les autres États, le Conseil de sécurité voire les diverses organisations internationales compétentes sont appelés à agir conformément à la Charte des Nations Unies et au droit international pour faire cesser ces violations, en faisant usage de toute la panoplie de moyens disponibles. La dénomination change, mais les principes évoqués par les mots "responsabilité de protéger" restent en substance ceux auxquels on se référerait auparavant en utilisant les termes "devoir d'ingérence".¹²⁹

Au regard de ce qui précède, on perçoit aisément que les relations entre les États et les acteurs non étatiques ne sont pas toujours cordiales. Elles peuvent donc tourner au duel, pour peu que l'État se sente attaqué dans ce qu'il considère comme le plus précieux à savoir sa souveraineté. Est révélatrice à cet égard, la déclaration du Sommet du groupe des 77 réunis à la Havane du 10 au 14 avril 2000 :

Nous rejetons le soi-disant "droit d'intervention humanitaire" qui n'a aucun fondement juridique [...] Nous confirmons que l'assistance humanitaire doit être entreprise dans le strict respect de la souveraineté [...], et qu'elle ne peut être déclenchée qu'en réponse à une demande et qu'avec l'approbation des États concernés.¹³⁰

Il va de soi dans une pareille atmosphère, que les dérives de l'aide humanitaire ne sauraient être tolérées.

2. LES DÉRIVES DE L'AIDE HUMANITAIRE, SOURCE DE TENSION

La complexification de l'environnement humanitaire est aujourd'hui un fait qui n'échappe à personne, même pas au commun des mortels. La confusion semble y avoir fait son lit, tant elle est perceptible entre les différents acteurs mêmes de l'humanitaire qu'elle est sensible dans le dialogue qu'ils mènent avec les acteurs politiques, ces derniers étant eux-mêmes très divisés sur le rôle politique des États et des organisations internationales dans la gestion des crises. C'est dire les risques de dérives auxquels l'aide s'expose. En effet, l'aide humanitaire, si elle est mal utilisée, peut s'avérer contre productive et se transformer en un objet de discorde entre les États et les entités non étatiques. Cela se peut notamment quand elle voile des desseins interventionnistes **(a)** ou est instrumentalisée à des fins politico-militaires **(b)**.

¹²⁹ Boisson de Chazournes et Condorelli, « Responsabilité de protéger », *supra* note 117 à la p. 13.

¹³⁰ « Déclaration du Sommet du Sud » dans *Groupe des 77 : Sommet du Sud de La Havane*, 10 au 14 avril 2000, au para. 55.

a) *Quand l'aide humanitaire voile des desseins interventionnistes*

Selon l'article 1 des « principes et bonnes pratiques pour l'aide humanitaire »¹³¹, « [l]es objectifs de l'action humanitaire sont de sauver des vies, d'atténuer des souffrances et de préserver la dignité humaine pendant et après des crises provoquées par l'homme ou des catastrophes naturelles, ainsi que de prévenir de tels événements et d'améliorer la préparation à leur survenue »¹³². L'article 2 poursuit :

L'action humanitaire doit être guidée par les principes humanitaires, à savoir : l'*humanité*, ce qui implique qu'une place centrale soit accordée à la sauvegarde de la vie humaine et à l'atténuation des souffrances où qu'elles se produisent; l'*impartialité*, ce qui suppose que la mise en œuvre soit dictée uniquement par l'ampleur des besoins, sans discrimination entre les populations affectées ou entre leurs membres; la *neutralité*, ce qui signifie qu'il faut veiller à ne pas favoriser une partie plutôt qu'une autre à un conflit armé ou à tout autre différend; et l'*indépendance*, ce qui veut dire qu'il ne faut pas mêler aux objectifs humanitaires des objectifs politiques, économiques, militaires ou autres qu'un acteur pourrait avoir concernant une zone où une action humanitaire est mise en œuvre.¹³³

Malgré la pertinence de ces normes, l'aide humanitaire demeure le lieu privilégié de rencontre entre plusieurs intérêts contradictoires. Si en son nom plusieurs acteurs, indépendamment de leur statut juridique, peuvent se retrouver réunis autour d'une même table pour conjuguer leurs efforts, elle est également à même de faire naître des conflits. L'aide sous le couvert de l'humanitaire peut en effet servir de prétexte aux uns pour ressusciter les démons impérialistes et réaliser des desseins interventionnistes, en clair un moyen ingénieux d'entamer peu à peu l'indépendance d'un État pour l'incliner progressivement vers la mi-souveraineté. Nul n'ignore que dans les relations internationales, seuls comptent souvent les intérêts à la place de ce qu'on affiche comme être de l'amitié. L'étalage médiatique des bons sentiments pourrait ainsi servir à préparer le terrain pour étendre son influence. Comme il a pu être démontré,

[t]outes les fois qu'une puissance interviendrait dans la sphère de compétence d'une puissance, elle ne fera jamais qu'opposer sa conception du juste et du bien social à la conception de cette dernière, en la sanctionnant au besoin par la force. Son action tendra en définitive à englober un État dans sa sphère d'influence morale et sociale, en attendant de l'englober dans sa sphère d'influence politique. Elle le contrôlera pour

¹³¹ « Principes et bonnes pratiques pour l'aide humanitaire », document adopté suite à la première réunion de l'initiative *Good Humanitarian Donorship*, 17 juin 2003, Stockholm. Ces principes ont été approuvés par les pays suivants : Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Danemark, États-Unis, Finlande, France, Irlande, Japon, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse. La Commission européenne a également approuvé ce texte.

¹³² *Good Humanitarian Donorship*, « Principes et bonnes pratiques pour l'aide humanitaire », version française, en ligne : GHD <<http://www.goodhumanitarianandonorship.org/gns/principles-good-practice-ghd/overview.aspx>>, art. 1.

¹³³ *Ibid.*, art. 2.

se préparer à la dominer.¹³⁴

Le danger est d'autant plus grand que l'aspect interventionniste de certaines organisations humanitaires transparaît clairement dans leurs ambitions. Non seulement elles se réclament d'un « sans frontières »¹³⁵ et choisissent de soigner prioritairement les minorités isolées, inaccessibles aux organes officiels, revendiquent une action sans la moindre pression, ni le regard du sujet territorial où elles interviennent alors qu'elles ont parfois franchi illégalement ses frontières, mais rejettent aussi systématiquement le principe de discrétion pour faire de la publicité leur unique compagnon. Si la publicité et la dénonciation permettent à ses partisans de toucher la sensibilité du public en s'attirant ses faveurs pour bénéficier de ses largesses dans l'allocation des ressources financières et matérielles, il n'est pas toujours certain que ce stratagème profite à l'humanitaire. Le caractère spectaculaire de certaines actions organisées est saisissant. Ainsi, pendant le conflit en ex-Yougoslavie, l'ONG Médecins du monde est allée jusqu'à une juxtaposition d'images (le portrait du Führer et celui du président Milosevic, dans les camps bosniaques et les camps de concentration dans l'Allemagne nazie) dans une campagne d'affiche en faveur des victimes¹³⁶.

En outre, prendre le parti dans un conflit de soigner et de nourrir plutôt les membres de telle partie que telle autre est un acte lourd de conséquences; c'est redonner quelque espoir et de la force à la partie qu'on soigne, c'est lui redonner le temps et une chance... Bref, c'est une ingérence que pas un seul souverain territorial puisse tolérer. On comprend alors que les organisations humanitaires tentées de procéder de la sorte soient toujours regardées d'un mauvais œil par le sujet territorial concerné et que leurs relations soient conflictuelles. Sans doute est-ce pour éviter ce genre de situations conflictuelles que la Cour internationale justice soutient que

pour ne pas avoir le caractère d'une intervention condamnable dans les affaires intérieures d'un autre État, non seulement l'"assistance humanitaire" doit se limiter aux fins consacrées par la pratique de la Croix-Rouge, à savoir "prévenir et alléger les souffrances des hommes" et "protéger la vie et la santé [et] faire respecter la personne humaine"; elle doit aussi, et surtout, être prodiguée sans discrimination à toute personne dans le besoin au Nicaragua, et pas seulement aux *contras* et à leurs proches.¹³⁷

Une autre dérive flagrante de l'aide réside dans sa politisation et sa militarisation.

¹³⁴ Antoine Rougier, « La théorie de l'intervention d'humanité », (1910) 17 R.G.D.I.P. 468 à la p. 525.

¹³⁵ Des ONG tels Médecins sans frontières, Médecins du monde, Aide médicale internationale, etc. se réclament de ce courant.

¹³⁶ François Piguet, « Ingérence utile et manipulée » dans Perrot, *supra* note 118 à la p. 88.

¹³⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra* note 96 à la p. 125.

b) *Le piège de la politisation et de la militarisation de l'aide humanitaire*

L'aide humanitaire s'expose aux risques de devenir le prolongement de la politique ou de se transformer en un complément de stratégies militaires.

i. Quand l'aide humanitaire devient le prolongement de la politique...

A priori, l'aide humanitaire comme son nom l'indique, s'inscrit dans un esprit humanitaire et désintéressé. Elle est une aventure faite de drames liés au malheur des autres¹³⁸. Il s'ensuit que les desseins qui sous-tendent l'implication de ses principaux pourvoyeurs ne devraient aucunement reposer sur des considérations partisans. Mais, la réalité dément cette prédiction tant l'aide humanitaire s'est toujours retrouvée empêtrée dans le borbier politique qu'elle a du mal à affirmer sa totale neutralité.

Il est vrai que l'action humanitaire est par nature un fait politique. Mais une fois déployée, elle se doit d'éviter de devenir « captive des enjeux qui opposent les parties en conflit »¹³⁹. Comment ne pas s'étonner alors que sur le terrain, elle succombe à la tentation politique au point d'en devenir le prolongement. Comme l'a si bien résumé un auteur, « l'action humanitaire n'est pas hors de la politique mais au-delà d'elle : elle la prolonge »¹⁴⁰. Cette dérive ne date pas d'aujourd'hui. On se souvient par exemple qu'en 1921, le régime bolchevique avait exigé pour accepter l'aide des occidentaux au peuple russe, d'en contrôler la distribution afin d'obtenir *de facto* la reconnaissance internationale qui lui était refusée jusqu'alors. Du temps où le monde était scindé en deux blocs idéologiques et que les deux superpuissances à défaut de s'affronter en face, avaient choisi de lutter par États interposés, l'aide était systématiquement tributaire de l'idéologie. Les principes de neutralité, d'impartialité et d'indépendance sur lesquels elle devrait reposer s'effaçaient carrément au profit d'une aide ciblée et surtout orientée en fonction des visées politiques et stratégiques de leurs promoteurs. Aujourd'hui, la même situation prévaut à la différence qu'elle n'est plus alimentée par le conflit idéologique. Mêmes les ONG dont on aurait pu parier un tant soit peu sur leur stricte neutralité, n'échappent pas à la contagion du politique. Beaucoup d'entre elles « diffusent désormais les idées de démocratisation et la bonne gouvernance, prônent la réforme de l'État et de la gestion des services publics »¹⁴¹, prennent position sur le processus électoral. En s'associant aux condamnations et en prenant *de facto* une position politique dans les situations de crises humanitaires, les ONG participent et alimentent largement la relation incestueuse entre politique et humanitaire qu'elles condamnent et répugnent en premier lieu : la neutralité, l'impartialité et l'indépendance ne sont pas des concepts théoriques creux, mais bel et bien des instruments opérationnels à mettre en

¹³⁸ Jean-Christophe Rufin, *L'aventure humaine*, Paris, Gallimard, 2001.

¹³⁹ Cornelio Sommaruga, « Faut-il repenser l'action humanitaire? » *Le Monde* (19 février 1993).

¹⁴⁰ Jean-Christophe Rufin, *Le piège : quand l'aide humanitaire remplace la guerre*, Paris, Lattès, 1986, à la p. 17.

¹⁴¹ Crouzatier, *supra* note 126 à la p. 27.

pratique¹⁴², faute de quoi l'aide humanitaire se transformera en un complément de stratégies militaires pour nourrir la guerre¹⁴³.

ii. ...ou un complément des stratégies militaires

En plus d'être la proie des manipulations politiques, l'aide humanitaire s'expose aussi au risque de militarisation. Des griots pour célébrer sinon l'alliance parfaite, du moins les convergences de l'humanitaire et du militaire¹⁴⁴, il en existe toujours! Bernard Kouchner est notamment de ceux-là, et tente ainsi de faire gober que lesdites convergences doivent à la pratique. Il invoque au soutien de sa boiteuse démonstration que c'est sur le terrain en Bosnie, au Kosovo, en Somalie et en Afghanistan que les humanitaires et militaires ont appris à travailler ensemble et à collaborer. Il tente ensuite, malgré l'antagonisme patent entre l'humanitaire et le militaire, de leur trouver des similitudes tant au niveau des problématiques auxquelles ils sont confrontés que de leurs outils et pratiques; puis enfonce le clou en leur assignant des objectifs communs : « la protection des populations, la paix, la démocratie »¹⁴⁵.

Or, il semble oublier que « l'humanitaire armé est d'abord au service de la politique de puissance »¹⁴⁶. L'idée de faire accompagner l'aide humanitaire, outre les questions d'éthique qu'elle pose, amène à s'interroger légitimement si en la mettant sous la protection de l'armée, elle ne risque pas d'être orientée en fonction des appétences stratégiques et de transformer les organisations non gouvernementales en « prestataires de services, éléments complémentaires des stratégies militaires »¹⁴⁷?

La pratique confirme largement ces craintes, y compris en Afghanistan où Kouchner a cru s'appuyer pour exposer sa pseudo théorie. Après l'invasion de ce pays par les Américains, l'Agence des États-Unis pour le développement international¹⁴⁸ a exigé de la part des ONG, l'adhésion explicite à ses principes politiques de lutte contre le terrorisme pour avoir accès à son financement et très peu ont refusé (exception faite de Handicap International, AICF, Oxfam) de satisfaire cette exigence. Il en est résulté sur le terrain la transformation de l'aide en un « outil de marchandage »¹⁴⁹, subordonnée à l'obtention des renseignements auprès de la population civile.

Lors de la guerre du Kosovo, une ONG s'est prêtée à une coalition militaro-humanitaire contre le terrorisme au nom de la démocratie. Il s'agit en l'occurrence de la branche canadienne de CARE qui a passé avec le gouvernement de son pays, un

¹⁴² Marclay, *supra* note 128 à la p. 2.

¹⁴³ Marc-Antoine Pérouse de Montclos, *Aide humanitaire, aide à la guerre?*, Bruxelles, Éditions Complexes, 2001.

¹⁴⁴ « Mutations et invariants : Humanitaire et militaire, nouveaux mercenariats », *Revue Inflexions* n° 5 (janvier – mai 2007) [« Humanitaire et militaire »].

¹⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 27.

¹⁴⁶ Crouzatier, *supra* note 126 à la p. 26.

¹⁴⁷ *Ibid.*, à la p. 27.

¹⁴⁸ *United States Agency for International Development* (USAID).

¹⁴⁹ « Humanitaire et militaire », *supra* note 144 à la p. 68.

contrat au terme duquel elle s'engageait à recruter des « volontaires » chargés de collecter des renseignements sur le terrain, sous le couvert d'actions humanitaires. La qualité de ces soi-disant volontaires en disait davantage sur leurs tâches : il s'agissait d'anciens militaires qui devaient accomplir des missions d'espionnage¹⁵⁰.

Ce mélange de genre douteux entre humanitaire et militaire gagne du terrain. La pratique des Nations Unies depuis les années 1990 témoigne d'une militarisation accrue des opérations humanitaires. Le recours aux forces armées dans les missions d'assistance humanitaire est devenu une règle. Un nouveau vocable est même né dans le langage onusien : celui de la « mission intégrée ». Il s'agit d'une alliance entre le militaire et l'humanitaire au terme de laquelle le chef d'une mission de paix de l'ONU se trouve désormais à diriger non seulement les militaires, mais coordonne également les agences spécialisées (PAM, UNICEF, HCR, OMS...). Comme il a été pertinemment démontré,

[c]es actions d'intégration sont souvent accueillies défavorablement en raison de la confusion des genres qu'elles suscitent dans l'esprit des populations. Ces dernières font-elles la distinction entre des membres d'ONG non armés circulant dans un véhicule tout terrain pour procéder à la distribution de nourriture, des journalistes non armés circulant dans un véhicule tout terrain pour faire du reportage, et des militaires armés circulant dans le même type de véhicule pour réparer un puits avec une équipe du génie. On peut s'y perdre...¹⁵¹

Finalement, on en vient à constater que l'aide humanitaire n'est pas une mince affaire, encore moins une opération aisée. Son acoquinement avec le militaire est une liaison dangereuse. En effet, « [i]l est paradoxal et malsain d'organiser des opérations très voyantes de charité sous haute protection militaire alors que leur nécessité découle, en partie, d'injustices provenant de la non-application du droit par ceux-là mêmes qui s'approprient la charité »¹⁵². L'aide humanitaire porte ainsi en elle les germes de cohésion et de zizanie. Autant elle est capable de permettre un grand rassemblement et même une cohésion entre plusieurs acteurs notamment les États et les entités non étatiques pour ce qui est de notre cas, autant elle peut s'avérer être l'objet d'une discorde entre ces derniers, une fois qu'elle emprunte le chemin de la dérive. Les conséquences ne manquent donc pas de se faire sentir.

B. Les conséquences du duel

En tant que droit commun, le DIH suppose l'effort de tous et ne saurait s'accommoder de conflits entre ses différents acteurs. Si les États et les acteurs non étatiques en arrivent à un duel, il va de soi que les conséquences ne peuvent être que

¹⁵⁰ Rony Brauman, « Des mots magiques aux cruelles désillusions » *Le Monde* (22 novembre 2001) à la p. II.

¹⁵¹ Crouzatier, *supra* note 126 à la p. 26.

¹⁵² Monique Chemillier-Gendreau, « Ingérence, charité et droit international » *Le Monde Diplomatique* (janvier 1993) 4 à la p. 5.

négatives. La rupture du dialogue humanitaire (1) entraîne alors le déclin du respect du droit international humanitaire (2).

1. DE LA RUPTURE DU DIALOGUE HUMANITAIRE...

Il n'est de secret pour personne que l'une des manières appropriées de s'assurer du respect du DIH est sa diffusion la plus large possible au sein de la population, indépendamment des catégories socioprofessionnelles. Il s'agit donc d'un travail de longue haleine et pour lequel il ne saurait y avoir de repos. Tous les acteurs sont concernés à plus d'un titre. Un climat de confiance s'avère donc nécessaire au dialogue en vue de l'objectif recherché. Et plus que jamais, la solution aux problèmes qui se posent notamment quand les hostilités sont déjà déclenchées doit être cherchée de concert. Toutes les parties sont concernées et aucune d'elles ne doit d'emblée être exclue, même si elle porte des indices concordants de la responsabilité de la situation désastreuse qui prévaut.

Les poches de désaccord doivent être identifiées et neutralisées si possible afin d'éviter l'incommunicabilité entre les divers intervenants de la chaîne humanitaire. Il faut donc proscrire certaines actions unilatérales qui, en dépit des bonnes intentions qui les animent, peuvent malheureusement ne pas atteindre l'objectif espéré et produire plutôt l'effet contraire. Est donc significative cette mise en garde du CICR contre certaines ONG « sans frontéristes » et partisans invétérées de mises en scènes médiatiques réclamant une intervention tous azimuts : « se glorifier d'avoir atteint les victimes sans l'accord des autorités militaires contrôlant un territoire, c'est délibérément oublier que 95 %, ou même davantage des besoins humanitaires ne peuvent être satisfaits qu'avec l'accord de telles autorités »¹⁵³.

La pratique confirme justement la position défendue par le CICR. En effet, l'ensemble des éléments que nous avons recensés et qui portent les germes du duel entre les différents acteurs du droit international humanitaire entraînent, lorsqu'ils perdurent, une rupture du dialogue entre ces derniers. Les exemples fourmillent. À la suite de l'émission par la Cour pénale internationale d'un mandat d'arrêt contre le président du Soudan¹⁵⁴, ce dernier a expulsé plusieurs ONG humanitaires qui jusqu'alors œuvraient dans son pays. En août 2004, Médecins sans frontières a quitté l'Afghanistan après vingt-quatre années de présence ininterrompue; l'organisation dénonce le risque que les forces alliées fait courir aux équipes humanitaires et condamne l'immixtion des militaires dans les actions humanitaires et de reconstruction qui devraient relever de la seule compétence des ONG. En 1989, l'opération « Lifeline Sudan » annoncée en fanfare par les Nations Unies, et qui avait pour but de ravitailler les populations soudanaises prises dans l'étau d'une guerre civile opposant le nord du pays au sud, réalisera un cas symptomatique de rupture de dialogue humanitaire et se soldera par un échec. Conçue pour ravitailler les populations aussi bien du côté gouvernemental que du côté des zones contrôlées par

¹⁵³ Sandoz, « Ingérence », *supra* note 73 aux pp. 234-35.

¹⁵⁴ Emile Derlin Kempo Kengny, « Quelques considérations sur les mandats d'arrêt de la Cour pénale internationale contre le Président soudanais » R.G.D.I.P. [à paraître].

les sécessionnistes du sud, l'opération sera fragilisée par les belligérants, notamment les autorités de Khartoum, qui voyaient dans l'assistance acheminée au sud contrôlé par l'Armée populaire de libération du Soudan (APLS/SPLA), une reconnaissance *de facto* au niveau international de ce mouvement. Rappelons encore pour mémoire qu'en 1985, à la suite de la dénonciation des déplacements de populations, l'ONG Médecins sans frontières fut expulsée de l'Éthiopie.

La rupture du dialogue entre les États et les acteurs non étatiques crée ainsi une impasse opérationnelle dont le droit humanitaire paye le tribut.

2. ...AU MÉPRIS DU RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Le droit international humanitaire est constitué de normes impératives dont le respect s'impose à tous et en toutes circonstances. Toutefois, la réalité amère de l'écart béant entre la pratique et la théorie déçoit. Il n'est pas question ici de dresser un tableau exhaustif des différents cas du non respect de ce droit, mais simplement de signaler que le mépris de son respect, c'est-à-dire sa violation, avec la cohorte d'horreurs qui en découlent, est la destination où mène inévitablement le duel entre les États et les acteurs non étatiques.

Il ne faut donc pas s'y méprendre : derrière la coexistence affichée entre États et acteurs non étatiques, se cachent des identités propres à chaque partie. C'est pourquoi les deux acteurs doivent s'efforcer de taire leurs divergences afin de concourir à l'efficacité de ce droit. Cela est d'autant plus vrai que lorsque leurs relations sont conflictuelles, le droit international humanitaire en pâtit. Face à ce constat peu flatteur, on en est réduit à « se demander si la célèbre clause de Martens, lorsqu'elle renvoie aux “exigences de la conscience publique”, dans une formule qui semble suggérer l'universalisme, n'est pas une simple manifestation d'utopie »¹⁵⁵, la réalité étant que, là où le droit international humanitaire n'est pas respecté, la souffrance humaine devient aiguë et ses conséquences difficiles à surmonter.

* * *

En guise de conclusion, on peut dire que le couple États/acteurs non étatiques pratiquement à la mode dans tous les aspects de la vie internationale, loge également dans l'enceinte du droit international humanitaire. Il est même au cœur de ce droit, tant sa présence est effective aussi bien en amont qu'en aval. En amont par une coexistence au niveau de la formation des normes, que l'on se situe sur le plan coutumier ou sur l'angle conventionnel. Le tissu normatif des règles coutumières de droit humanitaire est dense et prend en compte non seulement la pratique des États, mais également celle des entités non étatiques, n'en déplaise à ceux qui formulent des

¹⁵⁵ Marie-Josée Domestici-Met, « Cent ans après La Haye, cinquante ans après Genève : le droit international au temps de la guerre civile » [1999] 834 R.I.C.R. 277.

objections selon lesquelles la considération des pratiques d'acteurs autres qu'étatiques équivalait à leur reconnaître *ipso facto* une personnalité alors que certains d'entre eux ont pour seul objectif de combattre les États. Pour ce qui est des normes humanitaires conventionnelles, on a remarqué à quel point les acteurs non étatiques sont fortement impliqués dans leur formation. Parti d'une initiative privée notamment d'Henry Dunant, le DIH au cours de son évolution a toujours associé des acteurs non étatiques dans ses développements conventionnels. L'exemple du CICR avec son histoire étroitement liée à celle du droit international humanitaire est révélateur. Désormais, plusieurs autres entités non étatiques, notamment des ONG prennent part activement au développement conventionnel de ce droit : on l'aura vu par exemple avec la *Convention sur les mines antipersonnel* et le *Statut de Rome* sur la Cour pénale internationale. En aval, la coexistence s'apprécie à l'aulne de l'applicabilité de la règle de droit humanitaire. Force est de constater à ce stade que les États et les entités non étatiques sont les destinataires de la norme et cela ressort aussi bien des normes elles-mêmes que de la jurisprudence. Bien plus, les deux acteurs conjuguent souvent leurs efforts, aussi bien en temps de paix que de guerre, pour assurer la mise en oeuvre du droit objet de notre propos.

Toutefois, les relations du couple ne sont pas exemptes de tumultes. Il arrive que les spécificités propres à chaque membre prennent le dessus et la coexistence tourne au duel. Ce sera, par exemple, pour l'État, le fait de mettre en branle l'avantage qu'il tient de sa souveraineté pour s'opposer à toutes initiatives des acteurs non étatiques quelles que soient les bonnes intentions qui les portent. Comme il a été largement démontré, la crise de la souveraineté n'est apparente tant que celle-ci demeure le dernier rempart sur lequel repose tout le système juridique international. *A priori*, chaque État demeure maître chez soi et toute ingérence même humanitaire dans son territoire nécessite son consentement. Les entités non étatiques, quant à elles, ne manqueront pas de leur côté d'invoquer le caractère universel des droits humains pour justifier leur opposition à l'État et exiger une intervention, celui-ci ne pouvant se retrancher derrière une quelconque souveraineté, car les droits humains sont sortis depuis longtemps du domaine dit réservé des États.

Il serait souhaitable de ne pas voir les rapports entre États et acteurs non étatiques tourner au duel. Cela est d'autant plus vrai que toutes les fois où les deux types d'acteurs ne s'entendent pas, les conséquences se répercutent négativement sur le droit international humanitaire.