

VARIATIONS SUR LE DROIT HUMANITAIRE

PAR

JEAN-PIERRE COLIN (*)

A l'aube de la deuxième décennie du XXI^e siècle, le droit international humanitaire semble avoir atteint une sorte de plénitude, saluée par la plupart des auteurs spécialisés.

Ce ne sont pas de nouvelles conventions comme celles qui ont rythmé le XX^e siècle (Conventions de La Haye de 1907, Conventions de Genève de 1949, Protocoles additionnels de 1977), mais une étude du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le droit international humanitaire coutumier, *L'Etude*, qui, publiée en 2005, a concrétisé la cohérence et l'exhaustivité de règles désormais universellement applicables et dont les plus importantes ont été, uniquement dans le principe il est vrai, sacralisées par la Cour internationale de justice sous la forme du *jus cogens*, première occasion pour la haute juridiction de faire référence à un concept encore rejeté par certains Etats, et non des moindres. Dès son avis de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour avait estimé que de nombreuses règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés étaient si fondamentales pour le respect de la personne humaine qu'elles s'imposaient à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les traités qui les ont historiquement institués.

Cette force juridique du droit humanitaire est d'autant plus frappante que la Cour, envisageant les deux corpus juridiques longtemps distincts, les droits de l'homme pour le temps de paix, le droit humanitaire pour le temps de guerre, y voyait plutôt désormais un bloc indifférencié. Dans son avis sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les territoires palestiniens occupés, la Cour a ainsi estimé que la protection offerte par les conventions protégeant les droits de l'homme ne cesse nullement de s'appliquer dans le cas d'un conflit armé. *Lex specialis*, le droit international humanitaire ne s'appliquera normalement, quant à lui, que dans les hypothèses pour lesquelles il a été prévu, sans pour autant que son application soit totalement écartée en dehors d'elles. Comme l'écrit avec bonheur Emmanuel Decaux, «*la Cour a écarté la conception binaire, manichéenne, où l'état de guerre et le droit commun s'excluaient réciproquement, comme le jour*

(*) Professeur des Universités en Science politique.

*ou la nuit, l'eau et le feu, pour une combinatoire plus complexe relevant de la théorie des ensembles, avec une superposition partielle des deux corps de référence». Bérangère Taxil précise : «les liens entre droits de l'homme et droit humanitaire se resserrent, le second n'étant plus perçu exclusivement comme une *lex specialis* (coutumière) pour les temps de guerre, opposable aux acteurs même non étatiques, dérogeant à des droits de l'homme (conventionnels) opposables aux Etats en temps de paix. Quel que soit le contexte, les normes de protection des droits de l'homme doivent être respectées par les Etats qui sont tenus à leur tour de les faire respecter, même par les personnes privées [...] Le volet pénal de ces deux branches du droit renforce ce mouvement de cohésion : leurs violations graves sont punissables, qu'elles soient commises en guerre ou en paix [...] Il est permis d'y voir une confirmation d'une tendance encore inachevée : l'élaboration d'un statut international de l'individu».*

Au regard de ces formules novatrices, *L'Etude* du CICR n'en revêt que plus d'éclat, avec ses 161 règles coutumières et, au total, ses cinq mille pages. Certes, comme l'écrit Paul Tavernier, elle n'a pas été conçue «comme un monument inaccessible et lointain, destiné à cacher l'Arche d'alliance ou les Tables de la Loi, gravées pour l'éternité dans le marbre ou le bronze»; elle y ressemble tout de même un peu, même si, en effet, elle pourra évoluer encore et s'adapter aux situations nouvelles, aujourd'hui notamment à la lutte contre le terrorisme et à la privatisation de la guerre.

Il s'agirait donc non seulement d'un instrument de référence incomparable pour les gouvernements ou les armées autant que pour les organisations non gouvernementales (ONG), l'opinion publique mondiale ou les juges quand ils sont saisis, mais d'une véritable codification entreprise par le CICR lui-même. Ce dernier est un organe privé, certes, mais dans le domaine du droit humanitaire il n'est pas sans précédent que des règles coutumières soient formulées d'une façon très éloignée des canons du droit international général. On se souviendra que, le 4 avril 1863, l'ordre général n° 100 du président Lincoln avait proclamé un ensemble de règles applicables en temps de guerre, le fameux *Lieber Code*, du nom du professeur américain d'origine allemande à l'université Columbia qui avait présidé le groupe de travail créé à cette occasion. C'est le premier document de ce type et on y a vu, à juste titre, la préfiguration des Conventions de Genève et de La Haye, spécialement par exemple pour ce qui concerne le traitement des prisonniers de guerre. Le sentiment selon lequel, aujourd'hui, le monde est arrivé à un nouveau tournant par l'adhésion quasi universelle à un corps de règles contraignantes susceptibles d'assurer en toutes circonstances la dignité de la personne humaine et de limiter au maximum le cas échéant les conséquences humaines d'un conflit armé peut-il ainsi prévaloir?

L'observateur de la scène internationale contemporaine sera peut-être tenté de se frotter les yeux pour s'assurer qu'il ne rêve pas à l'énoncé d'une

pareille question. Même si les guerres actuelles sont moins meurtrières que les grands conflits du siècle passé, le droit humanitaire n'est pas au cœur d'une évolution qui est beaucoup fonction des enjeux réels des combats, les horreurs de la guerre n'ont pas cessé, les informations disponibles restant d'ailleurs souvent très vagues. En quelques années, la guerre de Tchétchénie aurait fait 200 000 morts, l'un des principaux dirigeants politiques de la planète, le chef charismatique à froid, Vladimir Poutine s'étant écrié : « nous exterminerons les Tchétchènes jusque dans les chiottes ! » Quant à la guerre civile en Algérie, elle aurait été aussi meurtrière, avec cette circonstance aggravante que les victimes ont été surtout des civils, hommes, femmes et enfants, massacrés très souvent dans les conditions les plus atroces, les nouveau-nés dans les bras de leurs mères, les enfants sous les yeux de leurs parents, et ce ne sont que deux exemples venus à l'esprit. Pour diverses raisons, avant tout liées à la propagande des uns et des autres, il arrive en outre de plus en plus souvent qu'aucune estimation crédible des morts et des blessés ne soit effectuée – comme on le vit encore lors de la guerre de 2003 en Iraq. La lutte de certaines ONG, Amnesty international en particulier, contre la torture, en temps de guerre comme en temps de paix, ne fait qu'illustrer la perpétuation des violations les plus ignobles des droits de l'homme dans un très grand nombre de pays, dictatures si nombreuses encore à travers le monde, mais aussi territoires occupés, les Américains ayant fermé la prison tristement célèbre d'Abou Ghraïb à Bagdad, récidivent aujourd'hui à la prison de Bagram à Kaboul, la Cour suprême israélienne ayant partiellement « légalisé » la torture. Ces derniers temps, la victoire définitive de l'armée sri-lankaise contre la rébellion des Tigres tamouls semble bien avoir atteint des sommets dans l'horreur. Les populations civiles ont servi de bouclier humain aux rebelles et ont été massacrées sur une grande échelle : des milliers de morts de janvier à mai 2009, selon le décompte des Nations Unies. Sans qu'on ait toujours eu d'informations sur le sort des prisonniers, les camps de réfugiés où se sont entassées jusqu'à 300 000 personnes, aujourd'hui libérées peu à peu, ont connu des scènes effroyables : « dans un camp, écrit un journaliste entré clandestinement, les gens affamés couraient comme des chiens derrière les camions, ensuite la nourriture leur était jetée. Deux enfants, le premier âgé de douze ans, le second de sept ans à peine, ont perdu la vie dans la mêlée que provoquaient délibérément les soldats de l'armée sri-lankaise ». Les protestations internationales, d'ailleurs très timides, n'ont eu aucune influence sur le cours des événements et ce n'est que beaucoup plus tard qu'un accès très restreint aux camps fut possible pour les organisations humanitaires. Les atrocités commises par les « forces de l'ordre » sont aussi fréquentes à notre époque que dans le passé, au gré de conflits souvent impossibles à observer vraiment, comme par exemple actuellement dans l'est de la République Démocratique du Congo.

Naturellement, cet état de fait n'est ignoré ni des experts du CICR, ni des juristes spécialisés. Ils estiment seulement, tel Jean-Marie Henckaerts, conseiller juridique du CICR, l'un des auteurs de *L'Etude*, que les violations du droit international humanitaire ne sont pas dues à l'inadéquation de ses dispositions, mais qu'«elles trouvent plutôt leur source dans un manque de volonté de respecter les règles, dans l'insuffisance des moyens permettant de garantir leur respect, dans l'incertitude quant à leur applicabilité dans certaines circonstances et dans l'ignorance de ces règles parmi les dirigeants politiques, les commandants, les combattants et le grand public» – ce qui est déjà beaucoup dire. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une conférence internationale pour la protection des victimes de guerre réunie à Genève en 1993 qu'a été réaffirmée la nécessité de combattre les violations du droit humanitaire et qu'a été proposé la création d'un groupe d'experts, lequel, lui-même réuni en 1995, est à l'origine de *L'Etude* du CICR, qui fut officiellement commandée à l'organisme genevois par la 26^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge fin 1995.

Au demeurant, les juristes sont loin d'être unanimes sur la portée réelle des prescriptions humanitaires recensées par les experts du CICR et classées par eux dans la rubrique de la coutume internationale. Certains d'entre eux, «des positivistes à courte vue», selon l'expression de Paul Tavernier, mettant en cause frontalement, non seulement les conclusions, mais aussi la méthode suivie par les auteurs de *L'Etude* : ainsi du juriste canadien Claude Emanuelli. Selon lui, le CICR simplifie à l'extrême le concept de coutume internationale, sous-estimant notamment l'*opinio juris*, élément indispensable à la formation de règles nouvelles. Même si on dépasse la conception étroite de la coutume qui privilégie le consentement de l'Etat, faisant de la coutume un accord tacite, et si on y voit l'expression d'un consensus social, son autorité découlant de la conviction des Etats qu'elle est nécessaire au développement des relations internationales, la question subsiste de savoir si un Etat qui s'y est opposé par une pratique claire et constante peut se dispenser de la suivre – et la question récurrente d'un Etat nouveau dont il serait problématique d'estimer qu'il est automatiquement lié par la coutume, alors qu'il n'a pas eu la possibilité de s'opposer à sa formation puisqu'il n'existait pas.

De même, autre critique de la méthode suivie, *L'Etude* considère que le CICR, bénéficiant d'une personnalité juridique internationale *sui generis*, peut contribuer à la formation de la règle coutumière par sa pratique, alors qu'il est tout, sauf un Etat, cependant que les groupes armés plus ou moins autoproclamés, quel que soit leur comportement, seraient *ipso facto* écartés de la pratique internationale en que tant que tels. Il s'agit là, selon Claude Emanuelli, d'une «*position ambiguë et même tendancielle*», traduisons en français métropolitain : tendancieuse.

Ce qui reste assuré, à mon avis, c'est que les règles, quelle que soit leur nature, conventionnelle ou coutumière, ne sont jamais respectées que sous le rapport de la réciprocité. Pour s'en tenir à la Seconde Guerre mondiale, marquée par les plus grands massacres de l'histoire sous le couvert de la déportation, le Troisième Reich lui-même appliqua avec un certain soin les règles relatives au traitement des prisonniers de guerre, même lorsqu'ils étaient juifs, en raison d'une réciprocité d'autant plus cruciale ici qu'elle n'est pas sans rapport avec le moral des troupes. Le grand philosophe Emmanuel Levinas, fait prisonnier en 1940, fera partie d'un groupe de prisonniers de guerre juifs auxquels sera imposé un travail particulièrement pénible, mais qui ne seront pas déportés vers les camps d'extermination et survivront pour la plupart. De même, quand les autorités du Reich annoncèrent après Bir-Hakeim que les combattants français seraient fusillés pour avoir contrevenu à l'armistice s'ils étaient faits prisonniers, elles reculèrent aussitôt devant la menace du général de Gaulle de procéder de même avec les prisonniers allemands.

C'est ce rapport de réciprocité qui, seul, en bien des circonstances, est en mesure de produire des effets; on le voit encore très bien aujourd'hui. Israël peut avoir bombardé Gaza pendant des jours sans distinguer vraiment les populations civiles de combattants au demeurant difficilement identifiables, avoir commis des crimes de guerre, voire pire encore, en tout cas selon le rapport commandé par les Nations Unies, il n'en discute pas moins d'un échange de prisonniers avec son ennemi juré, le Hamas, en vue d'obtenir la libération du soldat franco-israélien Gilad Shalit, à la fois pour des raisons humanitaires et pour des raisons politiques, en relation avec une opinion publique d'ailleurs partagée. Paradoxalement, ces discussions très discrètes, apparemment supervisées par le gouvernement égyptien, sont d'ailleurs considérées comme partie prenante d'une éventuelle relance du processus de paix.

Le droit international humanitaire, ramené à l'aune des faits, paraît ainsi bien étriqué, même dans son costume tout neuf. Dans les faits, l'incertitude est générale et les Etats les plus directement concernés peinent à s'engager, mais c'est aussi souvent le cas des institutions internationales. En revanche, lorsque leur intérêt pousse les acteurs des conflits à appliquer tout ou partie des règles humanitaires disponibles, ils ne manquent pas d'en faire une arme de propagande, une arme de plus en somme.

UNE INCERTITUDE PERSISTANTE

Les tenants du droit international humanitaire, toujours animés des bonnes intentions dont sont pavés les sous-sols de l'enfer, ne cessent d'entretenir un langage lénifiant, comme s'il pouvait, par lui-même, contri-

buer à rendre leur objet de prédilection plus crédible. Un bon exemple en est donné par les auteurs de *L'Etude* et par *L'Etude* elle-même.

C'est ainsi que, étant obligés d'admettre que les règles conventionnelles sont peu nombreuses pour les conflits armés non internationaux, ils n'en estiment pas moins que les règles coutumières applicables à ce type de conflits sont, en revanche, beaucoup plus nombreuses – et que bien des prescriptions sont communes à tous les conflits, internationaux ou non, le sentiment pouvant prévaloir que, dans le principe, les Etats acceptaient un régime juridique applicable dans l'hypothèse d'une guerre civile, le type même d'un conflit armé non international.

A vrai dire, c'est un peu comme si les experts du CICR avaient oublié la triste aventure du second Protocole de 1977. On se souvient que l'institution genevoise avait préparé avec le plus grand soin la Conférence sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire, tout en limitant le champ d'application du premier Protocole (conflit armé international) à deux hypothèses ainsi définies : a) «*les guerres déclarées ou tout autre conflit armé, surgissant entre deux ou plusieurs parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'entre elles*»; b) «*tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire*»;

Dans ces propositions présentées à la première session de la Conférence de 1973 alors que la guerre faisait rage sur plusieurs fronts, au Vietnam ou dans les colonies portugaises, les guerres de libération nationale justement ne relevaient que du second Protocole – conflit armé non international –, dont les dispositions étaient, il est vrai, très novatrices par rapport à un droit applicable pratiquement limité jusque-là à l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949, l'antique Clause de Martens.

S'agissant plus précisément des prisonniers, question cruciale en la matière, le CICR proposait notamment que, dans le cas des conflits armés non internationaux, ils fussent admis au bénéfice du traitement prévu pour les prisonniers dans les guerres internationales, mais non à leur statut. Cela pouvait paraître logique et finalement efficace. En effet, un Etat contre lequel des populations se sont soulevées accordera plus facilement le traitement de prisonnier de guerre à ceux qu'il aura capturés, si cela ne l'engage politiquement à rien; s'il devait, en revanche, du même coup, admettre les captifs au statut de prisonnier de guerre et, par là même, commencer à admettre le caractère international du conflit, donc inévitablement la légitimité potentielle de leur combat, tout porte à croire qu'il s'y refuserait. Tel était le raisonnement du CICR, attaché avant tout à la protection de la personne humaine.

Dès la première session de la Conférence, le projet du CICR vola en éclats. Il fut décidé que «*les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale, l'occupation étrangère et les régimes racistes*

dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes» seraient purement et simplement assimilés aux conflits armés internationaux, entrant désormais comme tels dans le champ d'application du premier Protocole. D'abord contestée, la nouvelle disposition fut finalement adoptée en séance plénière à l'initiative de l'Inde et par consensus.

Entendons-nous, le nouveau système était soigneusement verrouillé : les seules luttes de libération nationale concernées étaient celles qui étaient reconnues par les Nations Unies ou les organisations régionales, on pensait alors spécialement à l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) et à la Ligue des Etats arabes. Tout autre conflit non international restait à l'écart, par exemple à l'époque de la lutte de l'Erythrée contre l'Ethiopie pour son indépendance.

Ayant ainsi élargi le champ d'application du premier Protocole à de strictes conditions de nature purement politiques, la majorité des délégations s'est alors appliquée à vider de tout contenu le projet de second Protocole. Ayant atteint leur objectif politique, légitimer au regard du droit international humanitaire contemporain les guerres de libération nationale reconnues comme telles, les Etats du Tiers Monde n'entendaient pas consacrer des normes abstraites susceptibles cette fois de se retourner contre eux.

Lors de la deuxième session de la Conférence, de nombreux délégués critiquèrent le projet de second Protocole dans son ensemble, s'en prenant à son existence même. Ainsi de l'Inde, appuyée par l'Indonésie et les Philippines, pour laquelle la modification du premier Protocole avait entraîné *«un changement soudain de concept juridique»*, l'objet du second Protocole *«étant désormais douteux, sinon dépassé»*. En réalité, il n'était plus nécessaire pour la bonne raison que *«tout autre conflit que ceux qui sont couverts par le premier Protocole se déroulant sur le territoire d'un Etat souverain sera un conflit interne et que tout instrument international destiné à régir les conflits non internationaux risquerait, dans son application effective, d'entraver le règlement du conflit»*. Non sans habileté, la délégation indienne souligna ce qu'elle estimait être la contradiction interne du second Protocole. A ses yeux, *«il était impossible à un gouvernement de faire une discrimination entre ses propres citoyens : ce qu'on lui demande, c'est de traiter avec indulgence certaines personnes auteurs de graves infractions, tandis que d'autres citoyens, qui auraient osé se rendre coupables d'infractions analogues, se verraient appliquer toutes les rigueurs de la loi. Dans un cas, un complot serait traité avec clémence ou même pardonné, alors que d'autres personnes se verraient appliquer toutes les rigueurs du droit pénal. Ou encore, cela revient à proposer que, dans le cas de certaines personnes, la condamnation ne soit pas exécutée immédiatement tandis que d'autres seraient punies sur-le-champ, selon la loi. Il n'est pas possible, dans le cadre de la Constitution de l'Inde, de discriminer ainsi entre un citoyen et un autre. Tel est le problème fondamental que soulèvent les dispositions du projet de second Protocole»*.

Avec la troisième session de la Conférence, les attaques contre le second Protocole devinrent systématiques et ce furent bien sûr les Etats qui s'estimaient plus ou moins menacés dans leur intégrité territoriale ou contestés dans la nature de leur régime politique qui ont vidé de tout contenu réel le projet initial du CICR. La diversité de ces Etats fut elle-même significative puisqu'à de nombreuses délégations afro-asiatiques se joignirent des pays comme l'Argentine ou... le Canada!

C'est finalement à partir d'une contre-proposition pakistanaise que fut rédigé un nouvel instrument extrêmement restrictif, dont la délégation du Vatican considéra qu'il était en recul par rapport à l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 et qu'il pourrait désormais, entre les mains d'un Etat de mauvaise foi, constituer un titre restrictif à l'interprétation de l'article 3. C'était notamment le cas pour les secours susceptibles d'être apportés aux populations civiles, une formule «*drastique*», selon l'expression du CICR, prévoyant que les actions en faveur d'«*une population civile qui souffre de privations excessives par manque des approvisionnements essentiels à la survie*» ne pourraient être entreprises qu'avec l'accord de l'Etat sur le territoire duquel se déroule le conflit. A son tour, le CICR a vu dans cette disposition «*un titre malheureux à une interprétation restrictive du droit existant*».

A cet égard, on ne doit pas oublier un effet second, mais essentiel, de l'intervention d'un organisme humanitaire : l'information qui est brusquement donnée sur le conflit, les opérations militaires, la répression, cela, quelle que soit finalement la discrétion de l'organisme en question. Au premier chef, c'est cette conséquence que veulent à tout prix éviter certains Etats : les exemples abondent de conflits d'une grande ampleur, maintenus néanmoins dans l'ombre et à propos desquels toute intervention, même du CICR, est refusée au moins pendant le temps des combats, qu'on songe ici au Sri-Lanka, au Yémen, à la Birmanie ou encore au Soudan.

Dès lors, ne faut-il pas de l'aplomb pour déclarer que «*la réglementation conventionnelle s'est développée avec les Protocoles additionnels de 1977*», comme le font les auteurs de *L'Etude*, précisant même «*que le second Protocole complète l'article 3 commun*», même «*s'il demeure moins détaillé que le premier Protocole*»? Il comporte, en effet, 15 articles au lieu de 80... Les auteurs reconnaissent d'ailleurs que, pour ce qui concerne la conduite des hostilités, la définition des objectifs militaires et le principe même de distinction entre objectifs militaires et le principe même de distinction entre objectifs militaires et biens civils, rien n'est prévu dans le second Protocole, pas plus que pour l'interdiction des attaques menées sans discrimination, le principe de proportionnalité dans l'attaque et l'obligation, «*si importante pour la protection de la population civile*», de prendre toutes les précautions nécessaires lors des attaques pour épargner la population et, *last but not*

least, que la protection des journalistes n'est pas spécifiquement mentionnée.

Nombre d'Etats n'ont même pas ratifié le premier Protocole et non des moindres, puisque beaucoup d'entre eux ont été impliqués dans des conflits armés ces trente dernières années : l'Iran, l'Iraq, le Pakistan, l'Inde, la plupart des Etats du Sud-Est asiatique, mais aussi la Chine, Israël ou l'Erythrée. D'autres Etats ont pris leur distance avec *L'Etude* du CICR, à commencer par la France, qui estime que, si elle est «*instructive*», elle ne peut que constituer «*un élément de discussion*» et que, en définitive, elle a «*un caractère doctrinal*». Les diplomaties tant américaine ou anglaise que française ont d'ailleurs rappelé qu'un Etat ne pouvait être lié par une règle, conventionnelle ou coutumière peu importe, à laquelle il s'était toujours opposé : c'est la thèse fameuse de l'objecteur persistant, invoquée par exemple à propos de l'utilisation éventuelle des armes nucléaires ou encore des règles protectrices de l'environnement naturel. Sans écarter un principe aussi universellement reconnu, certains juristes, Eric David par exemple, estiment que la jurisprudence pourrait permettre dans certains cas de le contourner, du moins la jurisprudence des tribunaux internationaux *ad hoc*, mais aussi peut-être celle des tribunaux internes. La Cour internationale de justice, quant à elle, n'avait jusqu'à présent jamais tenté d'imposer aux Etats des règles qu'ils n'auraient pas, expressément ou tacitement, acceptées. Est-elle en train de changer d'attitude ?

On peut en douter ou alors c'est seulement en apparence. Dans son avis du 8 juillet 1996 sur la licéité de l'emploi des armes nucléaires, elle avait reconnu l'applicabilité du droit international humanitaire dans ce domaine, faisant observer qu'aucun Etat n'en avait contesté le principe et laissant supposer qu'en aucun cas l'usage d'une arme aussi peu discriminante ne saurait être licite. Elle s'était toutefois, selon l'expression d'Eric David, «*arrêtée au niveau du gué*» en n'écarter pas cet usage «*dans une situation extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause*», à la majorité il est vrai et grâce à la voix prépondérante de son président. La Cour avait donc fait la part belle aux puissances nucléaires.

Pressée sans doute par la multiplication des juridictions en charge de la justice pénale internationale qui, d'une certaine façon, sont autant de concurrentes, la Cour sera tentée d'aller plus loin et d'utiliser un concept formellement consacré par le droit positif depuis la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, mais non moins formellement nié de façon persistante par des Etats dont l'assentiment semble tout à fait nécessaire à l'introduction d'une nouvelle hiérarchie des normes en droit international, qu'il s'agisse des Etats-Unis ou de la Chine, de la Russie ou de la France. Ce concept de droit impératif général, alias le *jus cogens*, la Cour l'avait jusque-là soigneusement évité. Pour la première fois, dans son arrêt du 3 février 2006 dans l'Affaire des activités armées du Congo (RDC contre

Rwanda) – et Emmanuel Decaux parlera d'une «révolution culturelle» –, la Cour non seulement affirme, comme elle l'avait déjà fait dans son avis de 1951, que les principes qui sont à la base de la Convention sur le génocide sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats, même en dehors de tout lien conventionnel, précisant que les droits et obligations consacrées par la Convention sont des droits et des obligations *erga omnes*, mais elle n'hésite plus à qualifier l'interdiction du génocide de norme de *jus cogens* – le mot est enfin lâché –, comme d'ailleurs s'il allait de soi, précaution traditionnelle du juge en cas de revirement de jurisprudence.

C'est toutefois pour aussitôt verrouiller un système qui pouvait sembler donner au droit international une dimension tout à fait nouvelle. La Cour va, en effet, se déclarer incompétente en considérant que le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant le caractère de *jus cogens*, «ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide», ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître : cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties. Comme l'écrit E. Decaux, avec son sens de la formule, «le droit international a changé de paradigme, mais pas la juridiction de la Cour, créant un décalage béant entre un droit cosmopolitique et une pratique notariale. Face aux certitudes absolues de Kant, la Cour semble se réfugier dans le jeu d'illusions cher à Pirandello, 'à chacun sa vérité'».

Une fois encore, la Cour s'était arrêtée au milieu du chemin, repoussant l'argumentation du Congo selon lequel une série de traités spécifiques, la Convention de 1948 sur le génocide, la Convention sur la discrimination raciale, la Convention sur la discrimination à l'égard des femmes, pouvaient fonder la compétence de la haute juridiction, y compris d'ailleurs la Convention de Vienne de 1969, qui prévoit expressément la compétence de la Cour pour régler les différends nés de la violation des normes impératives en matière de droits de l'homme.

Il est vrai que la Cour internationale de justice ira encore plus loin avec son arrêt du 26 février 2007 dans l'Affaire du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine contre Serbie), après quatorze ans de procédure. La Cour a, cette fois, considéré qu'elle pouvait exercer sa compétence sur la base de la Convention de 1948 et elle a répondu sur le fond à la requête de la Bosnie-Herzégovine. Elle a aussi estimé qu'un génocide avait été commis à Srebrenica par certains éléments de l'armée des Serbes de Bosnie, mais elle a refusé d'étendre cette qualification à d'autres épisodes de la guerre. Se demandant ensuite si le génocide pouvait être imputé à l'Etat défendeur, elle a finalement conclu par la négative, les actes n'ayant été commis ni par un organe, *de jure* ou *de facto*, de la République fédérale de Yougoslavie, ni sous les instructions, les directives ou le contrôle de cet Etat. Si, enfin, la Cour a considéré que la Serbie, qui entre-temps avait succédé à la You-

goslavie, était responsable d'un défaut de prévention et de répression du crime de génocide parce qu'elle n'avait rien fait pour empêcher sa perpétuation et parce qu'elle avait manqué à son devoir de collaboration avec le Tribunal pénal international pour la Yougoslavie dans le cadre des poursuites engagées contre ceux sur qui pesait le soupçon d'avoir commis des actes de génocide, elle n'a, en revanche, retenu à ce titre et en tant que mode approprié de réparation, que la simple satisfaction, rien ne venant, selon elle, prouver que si la Yougoslavie avait respecté ses obligations, le génocide n'aurait pas été commis.

L'arrêt de la Cour fut aussitôt la cible de nombreuses critiques, y compris de la part de juristes qualifiés qui n'hésiteront pas à évoquer une impression d'impunité, voire la mort de tout crime d'Etat. A vrai dire, en bien des circonstances aujourd'hui, la Cour est sur une corde raide : non seulement elle est profondément divisée, ce qui, il est vrai, est dans son essence même, mais elle juge ou tente de le faire sous la pression des événements, des gouvernements et, surtout, d'une opinion publique mondiale, aujourd'hui entièrement manipulée par les médias et constamment invitée au jeu des indignations successives.

C'est ainsi que, dans cette affaire de génocide, comme le note avec justesse Evelyne Lagrange, *«la Cour ne voulait pas répéter l'erreur de 1966 dans l'affaire du Sud-Ouest africain et passer à nouveau pour une instance judiciaire placée au cœur du système, mais qui fait naître l'espoir que justice sera rendue aux peuples opprimés ou martyrisés, puis l'anéantit pour des motifs en forme d'arguties incompréhensibles pour l'auditoire de plus en plus large auquel elle s'adresse – sans pour autant pouvoir s'affranchir du cadre juridique extrêmement strict dans lequel elle doit rendre ses décisions»*.

A ainsi prévalu chez de nombreux observateurs l'impression que la Cour n'avait finalement affirmé cette fois sa compétence juridictionnelle que pour en définitive butter sur son incompétence procédurale. On ne mesure pas toujours, dans les cénacles de juristes, l'importance que peut revêtir une décision d'une haute juridiction aux yeux des populations concernées : il arrive qu'elle fasse, dans un sens ou dans l'autre, l'objet de grandes manifestations populaires, elles aussi manipulées – ce qui ne retire rien à la sincérité, parfois à l'aveuglement, de ceux qui s'expriment à cette occasion. Les demandes d'avis consultatifs constituent désormais un autre péril pour une instance judiciaire sommée, au-delà de sa véritable fonction, de s'ériger en autorité politique. On l'avait déjà vu à propos du Mur de séparation en Palestine, on le voit aujourd'hui encore à propos de l'indépendance du Kosovo, dont la Cour est sommée de dire si sa proclamation est conforme au droit international.

Les juges, internationaux ou internes, doivent pleinement exercer leur fonction, mais rester à leur place, c'est aussi une composante de l'Etat de droit. Quant à la jurisprudence, son rôle doit être bien circonscrit dans un

système juridique international qui, tout en s'inspirant souvent dans ses procédures des modes judiciaires anglo-saxons, n'en a pas pour autant basculé dans la *common law*. Le CICR lui-même reconnaît que la jurisprudence ne fait pas partie de «*la pratique des Etats*», en tant que celle-là est un élément essentiel de la formation d'une nouvelle règle coutumière. Il n'en estime pas moins que l'affirmation, par un tribunal international, d'une règle coutumière a valeur de précédent – ce qui est vivement contesté par Claude Emanuelli : «*on ne doit pas oublier que la coutume internationale ne se forme pas sur la base de précédents judiciaires, mais en fonction justement de la pratique des Etats.*» Le professeur d'Ottawa ajoute : «*le processus coutumier est différent de celui qui régit la création de règles de common law. La coutume internationale n'est pas du 'judge-made law'. En conséquence, les décisions judiciaires n'ont pas d'importance dans l'établissement de règles coutumières. C'est l'analyse faite par un tribunal international de la pratique des Etats et de l'opinio juris qui l'accompagne qui est pertinente, et non la décision du tribunal. Or, en pratique, on constate souvent que les tribunaux internationaux affirment l'existence de règles coutumières sans appuyer cette affirmation par une analyse suffisante. Les règles coutumières se prouvent de façon inductive (à partir de la pratique des Etats) et non de façon déductive (à partir des précédents judiciaires).*»

Que dire à cet égard de la Cour pénale internationale? S'il est trop tôt pour en juger, on peut déjà soulever les plus grands doutes quant à son fonctionnement. Jouant sur une dimension spectaculaire qui a fait sa renommée, son procureur n'a pas hésité à inculper le président en exercice du Soudan du crime de génocide, commis en l'occurrence au Darfour, et de lancer un mandat d'arrêt international contre lui.

Non seulement c'est sans précédent, mais c'est inapplicable. Jusqu'ici, l'intéressé a continué de voyager à l'étranger siégeant à la même table que le Secrétaire général des Nations Unies à Doha par exemple, étant soutenu par l'Union Africaine (UA) et la Ligue des Etats arabes et une multitude d'Etats à travers le monde – la France et la Grande-Bretagne s'essayant à régler discrètement le problème dans la coulisse... Les deux Etats sont, en effet, dans une situation contradictoire, engagés dans le processus de paix d'Abuja, dont le Soudan est l'un des principaux protagonistes, et ayant pourtant, à l'origine, œuvré pour que le Conseil de sécurité saisisse la Cour pénale internationale de l'affaire du Darfour, une option consacrée par la résolution 1 593, dès le 31 mars 2005...

A vrai dire dans cette affaire, on a pu avoir l'impression d'une course de vitesse pour le moins surréaliste. Ainsi, selon certains observateurs, parmi lesquels un jeune chercheur très avisé, Jean-Marie Chasles, la Cour pénale internationale, convaincue que le Président soudanais était responsable personnellement de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité et estimant qu'il devait être poursuivi, aurait accéléré la procédure pour enrayer le pro-

cessus de paix, de sorte qu'aujourd'hui «*soutenir ce processus pourrait être interprété comme l'expression d'une certaine défiance à l'égard de la Cour et du procureur*», avec les risques politiques qu'un tel comportement pourrait engendrer dans l'opinion publique, ici avant tout occidentale.

Sans se prononcer sur le fond d'une affaire aux multiples ramifications, on observera que cette initiative a confirmé aux yeux de beaucoup d'Africains que la Cour pénale internationale visait en priorité leur continent, dont sont effectivement originaires tous les inculpés jusqu'ici, les pays concernés étant la RDC, l'Ouganda, le Soudan et la République centrafricaine (RCA). Le Président du Soudan ira jusqu'à dénoncer dans la Cour et auprès des ONG qui la soutiennent «*les instruments d'un nouveau néo-colonialisme visant à placer le Soudan sous la tutelle de l'Europe et des Etats-Unis afin de pouvoir exploiter ses ressources*», qui, entre parenthèses, sont considérables.

Il y a ainsi un véritable malaise qui s'est exprimé jusqu'au sein des organisations des droits de l'homme. Lors du 3^e Congrès mondial des droits de l'homme réuni à Nantes du 3 juin au 3 juillet 2008, il fut même suggéré de créer une Cour africaine supranationale plutôt que de s'en remettre à la Cour pénale internationale – dont des organisations aussi représentatives que la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), dont le siège est à Paris, ont fait savoir qu'elles surveillaient étroitement les initiatives...

Or, les choses sont loin d'être aussi simples. Dans le cas, par exemple, de l'inculpation de Jean-Pierre Bemba, toujours incarcéré à La Haye actuellement, si le procureur s'est fondé sur les exactions commises durant l'intervention de forces congolaises en RCA et dont nous avons pu constater l'ampleur sur le terrain, Jean-Marie Chasles observe que «*cela tombait à pic pour Joseph Kabila puisque la Cour contribuait à décrédibiliser ainsi un de ses principaux opposants*», confirmant son exclusion du jeu politique. De même, si Ange Félix Patassé devait à son tour faire l'objet de poursuites, la Cour pénale, en stigmatisant les crimes commis par ses adversaires, ne contribuerait-elle pas à légitimer le Président centrafricain, le général Bozizé, parvenu au pouvoir grâce à un coup d'Etat, même si des élections présidentielles l'ont ultérieurement investi d'un mandat constitutionnel.

Toute la complexité de ces rapports de force, dans lesquels le système judiciaire international devient un enjeu parmi d'autres, est synthétisé par Jean-Marie Chasles dans une formule que ceux qu'enthousiasme la nouvelle juridiction devraient méditer : «*la Cour pénale internationale apparaît à cette occasion comme l'instrument des régimes en place, un instrument de conservation pour certains dirigeants politiques qui peuvent grâce à elle légitimer et asseoir leur pouvoir, et éliminer leurs opposants grâce à la possibilité qui leur est offerte en temps que chef d'Etat d'un Etat partie à la Convention de Rome de saisir la Cour*», l'auteur précisant que la plupart des leaders de la RDC

pourraient tout aussi bien être la cible de poursuites judiciaires devant la Cour, y compris Joseph Kabila...

A l'inverse, note J.-M. Chasles, il pourrait être tentant pour les mouvements d'opposition de se constituer en ONG et d'essayer d'obtenir le soutien d'organisations solidement établies pour que le procureur de la Cour, utilisant son pouvoir d'auto-saisine, mette en cause cette fois les responsables politiques au pouvoir. C'est ainsi que, aux yeux de Jean-Marie Chasles, un processus rampant de politisation de la justice pénale internationale se fait jour en Afrique. Un processus qui n'épargnera sans doute pas à l'avenir les autres continents, J.-M. Chasles n'écartant pas l'hypothèse d'une «rusellisation» de l'institution qui pourrait être encouragée par le Conseil de sécurité lui-même dès lors que, ne se souciant pas d'intervenir dans les situations de conflit qui ne mettent pas en cause des intérêts jugés vitaux, ce dernier laisserait à la Cour pénale le soin de faire entrer telle ou telle violation massive des droits de l'homme dans le lexique des bonnes consciences.

La bonne conscience, c'est souvent l'état d'esprit des Etats occidentaux dont les représentants s'enorgueillissent à plaisir de leur exemplarité. Oubliant les guerres coloniales, un Premier ministre français se saluera ainsi lui-même devant un Conseil de sécurité médusé : «*la France, pays des droits de l'homme!*» Cette réputation est un capital à entretenir, même si c'est parfois un peu laborieux. La France s'est ainsi assuré que les crimes de guerre commis massivement pendant «les événements d'Algérie» ne seraient jamais jugés, la prescription étant ici le mot d'ordre souverain. Décret de 1962, lois ultérieures, notamment en 1982, lorsque François Mitterrand imposera non sans peine sa volonté à un groupe parlementaire socialiste plus que réticent, le groupe est alors présidé par Pierre Joxe, tout a été verrouillé avec le plus grand soin et, en 1984, le général d'armée Raoul Salan, l'ancien félon, contumace en péril de mort, sera enterré au Val de Grâce avec les honneurs militaires dus, sinon à l'homme, du moins à son grade.

La France s'est bien gardée d'adhérer à la Convention internationale sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée par l'Assemblée générale en 1968 à l'instar, il est vrai, de la plupart des puissances qui comptent, notamment des autres membres permanents du Conseil de sécurité, pas plus bien sûr à la Convention européenne qui n'entrera d'ailleurs jamais en vigueur, et elle s'en est tenue à une politique sur le fil du rasoir, semblant adhérer dans ses discours au large courant d'opinion favorable à l'imprescriptibilité des crimes les plus graves sans changer sa position sur l'Algérie, la loi c'est la loi.

Elle n'échappera pourtant pas éternellement à ses responsabilités, le cas de Maurice Andin restant l'immortel symbole des crimes commis à cette époque par l'armée française. La question a rebondi avec la signature à Paris, le 6 février 2007, de la Convention internationale pour la protection

de tous les citoyens contre les disparitions forcées, une convention dans la genèse de laquelle la France a joué un rôle moteur, grâce notamment à un magistrat au-dessus de tout soupçon, Louis Joinet, une convention qui, de l'avis d'un ancien ambassadeur de France à Alger, feu Bernard Kessidjian, est un triple non : «*non au silence, non à l'oubli, non à l'impunité*». La convention précise, dans son article 5, que le crime spécifique de la disparition forcée est un crime contre l'humanité, ce qui le met ainsi à l'abri de toute prescription...

Certes, elle n'est pas rétroactive, mais on est quand même obligé de constater que le gouvernement français s'est toujours opposé à rouvrir le dossier Andin en dépit de tous les rebondissements de l'affaire. Si la thèse officielle de la fuite du jeune mathématicien communiste à Alger en 1957 n'a jamais été abandonnée, les véritables circonstances de sa mort ont, en revanche, été établies avec un très haut degré de vraisemblance sous les auspices du comité Maurice Andin, animé notamment par Pierre Vidal-Naquet jusqu'à sa mort en 2007. Arrêté par les parachutistes à son domicile, sous les yeux de son épouse, en pleine bataille d'Alger, soupçonné de complicité avec les auteurs des effroyables attentats qui avaient alors lieu en ville, M. Andin fut torturé longuement dans des conditions parfaitement connues puisqu'elles sont relatées par son camarade Henri Alleg dans son livre *La Torture*, longtemps interdit. Maurice Andin croisera Henri Alleg dans les couloirs de la mort et il aura le temps de lui dire, l'ultime propos d'un héros cornélien, «*c'est dur, tu sais, Henri*». Il est probable qu'il n'avait rien à dire à ses bourreaux et il semble établi que l'un d'entre eux, un officier connu de son nom et décédé depuis dans la peau d'un colonel à la retraite, excédé du silence de sa victime, l'ait étranglé de ses propres mains, ayant d'ailleurs été condamné aux arrêts de rigueur pour cet excès de zèle. La fille de Maurice Andin, elle-même devenue mathématicienne, a récemment refusé la Légion d'honneur : une fois de plus, elle avait écrit en vain à la présidence de la République après l'élection de 2007. Il est clair qu'ici l'armée, estimant non sans quelque raison qu'elle a été piégée en 1956 par le vote des pouvoirs spéciaux qui lui transmettaient toutes les responsabilités dans «les départements français d'Algérie», bloque frontalement toute idée de faire la vérité sur la mort de Maurice Andin. Il est vrai que, au cours de la seule année 1957, dans la seule ville D'Alger, plus de 3 000 disparus ont été recensés par un magistrat d'honneur, Paul Teitgen.

Ces souvenirs tragiques planeront sur l'attitude française au moment de l'adoption de la Convention de Rome. Toujours officiellement favorable au développement de la justice pénale internationale, opinion publique oblige, le gouvernement français freinera des quatre fers dans les faits. *In extremis*, à la veille de la clôture de la Conférence de Rome, il fera introduire dans les dispositions transitoires un article 124 qui permet aux Etats parties au statut de la Cour de refuser sa compétence en ce qui concerne les crimes de

guerre, cela «*pour une période de 7 ans à partir de l'entrée en vigueur du statut*», sans qu'on puisse exclure qu'à l'occasion de la Conférence de révision, prévue dans le même délai, cette «*franchise*», selon l'expression ironique de certains commentateurs, puisse être renouvelée pour une même durée... ou pour une durée plus longue, «*voire qu'elle soit rendue permanente*», précise William Bourdon, le célèbre avocat, membre de la FIDH, donnant au passage les clefs politiques de cette extraordinaire opération qui voit un Etat adhérer à un système de protection des droits de l'homme sur une question vitale, pour s'en exonérer au même instant : «*la France est le seul pays à avoir officiellement déclaré qu'elle utiliserait la clause dite d'opting-out pour les crimes de guerre dont elle aurait été l'inspiratrice. La position de la France a évolué au fil d'un double arbitrage, difficile, entre le ministère de la Défense, le Quai d'Orsay et le ministère de la Justice d'une part, Matignon et l'Elysée d'autre part [...] (c'est une période de cohabitation); l'article 124 a été l'une des exigences du ministère de la Défense et de l'Elysée [...] Son histoire est en grande partie restée secrète et reste à écrire [...] Cette disposition crée une justice à la carte qui peut être mutilée au bon gré des Etats*». Entre les mains de ceux-là, la justice internationale n'est souvent qu'un instrument de propagande, destiné à tromper non pas quelque ennemi potentiel, mais ses propres citoyens.

UN PARADOXE A GÉOMÉTRIE VARIABLE

Un commentateur du droit international humanitaire, plus ou moins avisé, écrivait en 1994 : «*l'exercice auquel on pourrait se livrer, en manière de simulation, serait de concevoir un conflit armé au cours duquel toutes les règles du droit humanitaire seraient strictement et constamment respectées. Il apparaît que le conflit ne pourrait pas se développer 'normalement' et que les forces armées seraient des Gullivers collectifs entravés de mille liens infimes mais résistants : si le droit humanitaire a atteint le point où il est en mesure de paralyser les combattants, c'est que là où il y a conflit, il n'est pas vraiment respecté*».

A considérer *L'Etude* du CICR, et pour s'en tenir à quelques règles qui sont pour la plupart communes aux conflits armés internationaux et aux conflits armés non internationaux, on peut facilement s'en convaincre en combinant par exemple les règles suivantes : les premières règles cardinales, interdisant toute attaque contre des civils, tous les actes – ou simples menaces – de violence dont le but principal est de répandre la terreur; les règles limitant les attaques aux objectifs militaires déterminés et interdisant les bombardements des zones contenant une concentration de personnes ou de biens civils, sachant que, à l'inverse, les parties au conflit doivent éviter de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées; les règles protégeant les biens culturels, notam-

ment les bâtiments consacrés à la religion, à l'art, à la science, à l'enseignement ou à l'action caritative, d'une façon générale, les biens présentant une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, sauf cas de nécessité militaire supérieure; de même les règles relatives à la protection de l'environnement naturel, dont la destruction ne peut être employée comme une arme de guerre, les attaques contre les barrages, les digues et les centrales nucléaires devant, le cas échéant, éviter la libération de forces dangereuses pour la population civile.

Le chef de guerre dont la préoccupation première serait de respecter simultanément et en tout lieu l'ensemble de ces contraintes n'est pas encore né. De plus, le système repose sur des notions difficiles à définir. Qu'est-ce qu'une nécessité militaire impérieuse? Qu'est-ce qu'un objectif militaire? On se souvient de la répartie cinglante de Winston Churchill à ceux qui critiquaient les bombardements massifs des Alliés dirigés prioritairement contre les populations civiles dans les dernières années de la guerre: «*le moral des civils est un objectif militaire*». On sait aussi que le Premier ministre britannique s'était lourdement trompé: loin de briser la résistance allemande, les bombardements – qui feront plus de 600 000 morts et détruiront 80 % du tissu urbain allemand – ont eu l'effet contraire, conduisant la population, convaincue que le sort de l'Allemagne était en jeu, à soutenir jusqu'à la fin les efforts désespérés du Troisième Reich. Bien des récits le montrent, par exemple ceux d'Ernst Jünger dans son *Journal de guerre*.

Aujourd'hui toutefois la réalité est infiniment plus complexe et l'évolution des conflits armés a engendré une dialectique du recours des États à la force et de leurs obligations humanitaires beaucoup plus subtile: loin de les gêner, le droit humanitaire peut les servir, l'action sur les esprits, autrement dit la propagande, étant de nos jours une arme essentielle entre les mains de ceux qui prétendent imposer leur volonté à d'autres – que ce soit d'ailleurs les États ou d'autres entités susceptibles de recourir à la force.

Les guerres de destruction massive n'ont plus cours. La Seconde Guerre mondiale visait l'anéantissement de l'ennemi; ce fut encore le cas, dans une moindre mesure déjà, des guerres de Corée et d'Indochine. Aujourd'hui, lorsque par exemple les États-Unis, appuyés par une coalition *ad hoc*, entrent en guerre contre l'Iraq, il s'agit, en 2003, de détruire un régime politique, d'en reconstruire un autre afin d'inscrire le pays dans leur conception du monde et donc, l'objectif politique atteint – il le fut en quelques semaines –, il convenait de limiter au maximum les dégâts causés aussi bien à la population civile qu'à l'environnement ou aux biens.

A vrai dire, les progrès de l'armement sont au cœur de cette solution: ainsi, par exemple, les frappes «chirurgicales» ont témoigné au cours de ce conflit des changements qualitatifs qui s'étaient produits au plan technique. Craignant d'être victime de ces bombardements de haute précision qui permirent d'atteindre toutes sortes d'objectifs à Bagdad sans détruire la ville,

Saddam Hussein changeait de résidence tous les jours et, grâce en outre à ses sosies et au secret qui entourait ses déplacements, il était presque impossible de savoir où il passait la nuit. On songe ici bien sûr au maréchal Tchang Kaï Chek dans la mise en scène de *La Condition humaine*.

Dans de telles conditions, le respect de certaines prescriptions humanitaires devient possible et même extrêmement utile, puisqu'il témoigne aux yeux de la population dont on veut conquérir les cœurs des bonnes intentions de l'envahisseur. Le droit humanitaire, dès le moment où il est respecté, au moins en partie, devient un instrument de la guerre psychologique qui, désormais, double inévitablement la guerre tout court, compte tenu des objectifs des belligérants – mais qui eux-mêmes sont tenus à une grande vigilance, les «bavures» étant, comme on le voit actuellement en Afghanistan, particulièrement contre-productives. Lorsque des bombardements atteignent des populations civiles, ce qui arrive régulièrement, la cause défendue par les Américains et leurs alliés recule au sein des populations afghanes au point de courir le risque de transformer l'intervention en un travail de Sisyphe.

La contre-épreuve de cette nouvelle portée du droit humanitaire a été donnée par Israël lors de l'opération «Plomb durci» conduite à Gaza en 2008. Ici, on a joué à fronts renversés. Les Israéliens ont tiré un trait sur l'occupation de l'étroite bande de 400 km où survivent un million et demi de Palestiniens. En représailles de tirs de roquettes lancées depuis Gaza sur les localités voisines, l'armée israélienne s'est livrée pendant dix jours à des bombardements massifs atteignant avant tout la population civile. Aux quelques morts causés au fil des mois par les roquettes gazaouies, sans qu'on puisse sous-estimer l'angoisse des populations, civiles elles aussi, exposées à des tirs sporadiques et imprévisibles, ont répondu une pluie de bombes faisant près de 1 500 victimes, civiles pour le moins aux deux tiers, dont de nombreux enfants. L'avis fut pratiquement unanime dans l'opinion internationale : Israël n'avait pas respecté l'exigence humanitaire de proportionnalité dans l'attaque.

Selon le rapport Goldstone, du nom du juriste australien qui a dirigé la mission envoyée sur place par les Nations Unies, les deux parties au conflit ont commis des crimes de guerre, mais les crimes israéliens l'emportent très largement en nombre. Israël a rejeté les conclusions du rapport, refusé toute commission d'enquête internationale, renvoyé la question à des enquêtes internes dont on n'a jamais eu connaissance des résultats : l'Etat hébreu ne court aucun risque car les Etats-Unis opposeront toujours leur veto à toute action un peu musclée du Conseil de sécurité.

Une opinion s'est même exprimée jusqu'au sein du gouvernement israélien : certains ministres ont ainsi estimé que si le droit humanitaire devait gêner les actions entreprises pour lutter contre le terrorisme, alors c'est le droit humanitaire qu'il fallait réviser. Les mêmes responsables

avaient dans le passé, y compris l'actuel ministre des Affaires étrangères, évoqué le transfert des «Arabes» en dehors de la Palestine mandataire. Dans la phase actuelle du conflit proche-oriental, marquée par un durcissement de l'opinion, un repli sur soi de la société israélienne et un déclin inattendu des mouvements pacifistes, il n'est pas exagéré de dire que la violation du droit humanitaire, exprimant en quelque sorte l'indéfectible volonté d'un peuple de survivre à tout prix dans un monde dont il estime qu'il lui est définitivement hostile, est à son tour et en sens inverse un instrument de la propagande gouvernementale.

S'il est un domaine dans lequel les règles humanitaires paraissent bien assurées, c'est certainement celles qui concernent l'occupation militaire. Les règles spécifiques sont, il est vrai, peu nombreuses mais très claires, sous réserve comme toujours «des impérieuses nécessités militaires». C'est ainsi que, en territoire occupé, si la propriété publique mobilisée de nature à servir aux opérations militaires peut être confisquée, la propriété publique immobilière doit être respectée et ne peut être confisquée. Ces règles sont souvent appliquées car c'est l'intérêt de l'occupant qui, quels que soient ses projets, a un intérêt objectif à entretenir avec la population les moins mauvaises relations possibles. D'autres règles ont été parfois plus difficiles à respecter, en particulier la double exigence pour l'occupant de ne pas ordonner la déportation ou le transfert forcé de la totalité ou d'une partie de la population civile du territoire occupé, ni même d'ordonner son déplacement ou son transfert à l'intérieur du territoire occupé. En cas de déplacement justifié par des impératifs militaires, les personnes déplacées devront pouvoir regagner en toute sécurité leur lieu de résidence habituel dès que les causes de leur déplacement auront cessé d'exister et leurs propriétés auront dû être respectées.

Ces dispositions ne conviennent guère aux belligérants et on ne peut pas se dissimuler que, dans le passé, les transferts massifs de population ont été nombreux, concernant par exemple des centaines de milliers de personnes entre la Turquie et la Grèce après 1923, des millions de personnes entre la Russie, la Pologne et l'Allemagne après 1945, les guerres civiles elles-mêmes se traduisant par des exodes de grande ampleur, comme ce fut le cas en Espagne en 1939, plus récemment en Géorgie et, aujourd'hui encore, la question est au cœur des tentatives de règlement du conflit chypriote.

Néanmoins, dans la mesure où les guerres de conquête paraissent surannées, sauf peut-être dans la région africaines des Grands Lacs, mais elles n'aboutiront pas, les règles humanitaires de l'occupation militaire paraissent, dans leur sobriété, d'une grande sagesse.

Ici encore, la contre-épreuve est israélienne et débouche sur une impasse, les responsables israéliens eux-mêmes convenant désormais que le *statu quo* n'est pas tenable. Dès 1967, contrairement à la règle la plus importante du droit humanitaire qui interdit formellement l'annexion d'un territoire

occupé en attendant éventuellement le règlement territorial prévu par un accord de paix, Israël a décidé unilatéralement l'annexion d'abord de Jérusalem-Est, ensuite du plateau du Golan, mesures totalement illégales qui n'ont jusqu'à présent été reconnues par personne dans la société internationale. De plus, dans les «territoires occupés» – qu'ils préfèrent appeler la Judée et la Samarie –, les gouvernements israéliens successifs, de gauche comme de droite, ont transféré massivement des populations israéliennes dans une myriade de colonies de peuplement représentant à l'heure actuelle des centaines de milliers de personnes, expropriant les propriétés palestiniennes à une grande échelle sous divers prétextes.

Pour répondre à leurs nombreux détracteurs, les Israéliens ont d'ailleurs déplacé le problème. Au gré d'une argumentation qui va et qui vient dans le temps et à laquelle la Cour suprême s'est elle-même prêtée, l'idée soutenue est qu'il ne s'agit pas en l'occurrence d'une occupation militaire, puisque la Palestine n'a plus eu d'expression depuis le démantèlement de l'Empire ottoman et qu'elle est, comme jadis les territoires décrétés colonisables par les puissances européennes, une *terra nullius* dont le statut définitif ne pourra sortir que d'un accord de paix.

Dans les faits, les colons d'un nouveau genre s'estiment chez eux, sur une terre que Dieu leur a donnée une fois pour toutes, et ils considèrent les Palestiniens tout au plus comme une main-d'œuvre à bon marché. Lorsque, récemment, le Premier ministre a interdit en principe de nouvelles constructions dans les colonies de peuplement de Cisjordanie sous la pression des Etats-Unis, les colons ont refusé de se soumettre à ce qu'ils considèrent comme un diktat et ils ont fait observer que les Palestiniens qui travaillent habituellement sur les chantiers d'extension des colonies allaient se retrouver au chômage.

De tels excès plaident en définitive pour les règles humanitaires et un accord de paix, s'il voit le jour, devra bien remettre en cause annexions et peuplement illégal, à moins d'une guerre perpétuelle dont les Israéliens se laisseraient probablement les premiers, du moins dans leur grande majorité.

Les règles humanitaires concernant le traitement des prisonniers de guerre sont à la fois les plus nombreuses, remontant très loin dans le temps, et les mieux acceptées. Elles sont capitales pour maintenir le moral des troupes, même si les prisonniers sont mal considérés dans certaines civilisations, l'Empire japonais tout particulièrement, et s'il y a eu historiquement de considérables écarts : les peuples slaves étant voués à l'esclavage dans la folie hitlérienne, les prisonniers soviétiques n'ont pas vraiment relevé des Conventions de Genève durant la Seconde Guerre mondiale et, comme un supplément de peine, la plupart des survivants ont été dirigés directement vers le Goulag à la fin de la guerre, tel Soljenitsyne.

Ces manquements à une coutume bien établie sont plutôt rares : tout joue ici dans l'intérêt réciproque des parties au conflit. Faut-il encore qu'il y ait

des parties et c'est tout le problème contemporain, la contre-épreuve étant donnée cette fois non par Israël, très attentif à ce qui peut conduire à des échanges de prisonniers, mais par les Etats-Unis eux-mêmes.

Après les attentats du 11 septembre 2001, la première intervention américaine en Afghanistan et la défaite des Talibans, les combattants dont l'armée américaine s'était emparée, furent considérées comme des ennemis ne relevant d'aucun statut, ne pouvant bénéficier d'aucune protection, livrés à l'arbitraire d'une détention hors du territoire américain pour ne pas être en mesure de saisir la justice. Guantanamo où ils furent enfermés, ne recevant que tardivement la visite des représentants du CICR, est devenu pour longtemps le symbole d'un arbitraire d'autant plus insupportable qu'il était imputable au leader du monde occidental.

En notre matière, on n'est jamais éloigné de la propagande et ce fut encore le cas ici : sans entrer dans le détail d'une question qui, depuis l'élection du président Barack Obama ne se règle que peu à peu, à vrai dire au compte-gouttes, on rappellera les premières images de cette détention sans précédent dans son hyper-médiatisation.

Tous habillés en permanence d'une combinaison orange, comme s'ils venaient d'un autre monde, pour le téléspectateur de véritables extra-terrestres, les détenus étaient conduits aux interrogatoires, au vrai des séances de torture systématique dont les modalités sont maintenant bien connues, attachés sur un brancard porté par deux gardiens comme s'il s'agissait d'un trophée de chasse : les publicistes américains ne laissent rien au hasard et il est clair qu'ils voulaient convaincre le public que ces ennemis non identifiés n'étaient plus vraiment des hommes, mais qu'ils étaient devenus des bêtes fauves et devaient être traités comme tels. Dans son horreur, le procédé n'est pas sans précédent. Paul-Marie Gaudemet, prisonnier durant cinq ans dans un *oflag* de Prusse orientale, racontait parfois qu'un jour il s'était entretenu avec un officier polonais au cours d'un transfèrement. Il fut brutalement interrompu par un gardien, qui hurla : «*kein Mensch, nur Schwein*» – «*ce n'est pas un homme, seulement un cochon*» ! On se souvient des noms d'animaux, rats visqueux ou vipères lubriques, dont se sont servis les Staliniens pour abolir toute humanité chez leurs adversaires, les philosophes leur emboitant le pas, un Jean-Paul Sartre finissant lui-même, alors qu'avant son ralliement on le traitait de hyène dactylographe, par s'écrier «*un anticommuniste est un chien*». De mes propres oreilles, à l'occasion d'un voyage en Guinée, j'ai entendu Sekou Touré, le Staline tropical, hurler dans un stade, à Labé, la ville de ses adversaires : «*mes ennemis seront traités comme ils le méritent, comme des bêtes de somme.*»

Ces considérations ne nous éloignent pas du sujet et plaident amplement pour le régime humanitaire de protection des prisonniers de guerre – dont on pourrait seulement souhaiter qu'il s'étende à toutes les personnes privées de liberté à l'occasion d'un conflit. Enfermés dans leurs contradictions, les

Américains peinent à sortir de leur paranoïa : bien des détenus innocentés sont encore restés des mois au secret à Guantanamo, y compris depuis l'élection de B. Obama. Finalement libérés après des années de détention arbitraire, ils ne semblent pas pouvoir bénéficier de la moindre réparation.

Les graves atteintes aux droits élémentaires de la personne ne concernent d'ailleurs pas seulement l'horrible exception de Guantanamo. Les mauvais traitements des prisonniers dans la prison d'Abou Ghraïb à Bagdad ont gravement entaché une intervention qui prétendait s'inscrire dans la perspective de la liberté pour le peuple iraquien. Aujourd'hui, sous Barack Obama, le sadisme de certains gardiens en moins semble-t-il, les conditions d'incarcération à la prison de Bagram à Kaboul ne respectent en rien les exigences minimales du droit humanitaire – à croire qu'aux Etats-Unis, comme en Israël et dans bien d'autres pays, ce sont les autorités militaires confrontées à des défis redoutables qui, au moins pour une part, imposent leur volonté aux autorités civiles, un problème que, entre parenthèses, le droit humanitaire n'a nullement envisagé. C'est, il est vrai, toute la question du droit international de se développer dans l'abstrait, sans pouvoir constitutionnellement tenir compte en quoi que ce soit de la nature des régimes politiques chargés de le mettre en œuvre sans toujours en avoir, loin de là, la volonté – à plus forte raison en matière humanitaire.

* *
*

Le droit humanitaire se perfectionne dans un paradoxe qui n'est pas prêt d'être surmonté. D'un côté, l'approfondissement du système est spectaculaire et prend plusieurs formes. C'est ainsi que l'information sur les règles applicables a changé de nature. Autrefois réservé aux spécialistes, le droit humanitaire fait aujourd'hui partie de la formation de base des personnels militaires de tous les grades dans de nombreux pays dont la législation interne a été modifiée pour permettre de poursuivre les auteurs de ses graves violations, en particulier dans les conflits armés non internationaux. La création de la Cour pénale internationale a accéléré cette évolution et, à cette occasion, les services consultatifs du CICR ont apporté leur aide à de nombreux Etats. De plus, des conseillers juridiques, officiers ayant suivi une formation approfondie en droit international, comportant des stages auxquels participe le CICR, sont placés auprès du commandement lors de l'engagement d'opérations sur le terrain et, en principe, leur rôle est désormais fondamental, puisque ce sont eux qui valident les règles, le ministère français de la Défense estimant que, dans cette hypothèse, *l'Etude* du CICR sera «*éminemment utile*». Dans les opérations placées sous l'autorité des Nations Unies, un *gender advisor* est spécialement chargé de veiller aux respects des règles interdisant toute forme de violence sexuelle.

De l'autre côté, un grand nombre d'Etats semble encore soumettre le droit humanitaire à des exigences militaires qui, sur le terrain, restent prioritaires. L'objectif des chefs militaires est à la fois de vaincre un ennemi, parfois immergé dans la population civile, le poisson dans l'eau cher à Mao Tsé-toung, et à éviter des pertes humaines dans ses propres rangs. C'est forcément à l'aune de ces exigences qu'il se prononcera sur telle ou telle action sans avoir le temps, dans le feu de l'action, de consulter le conseiller juridique souvent éloigné du champ de bataille. Si on doit apporter ainsi un sérieux bémol aux progrès actuels en ce domaine, d'autres menaces, plus graves encore, pèsent sur un système inspiré par une vision optimiste de l'homme. Confrontés à l'éternelle angoisse de ne pas obtenir des renseignements décisifs de la part de captifs réfugiés dans leur silence, les chefs militaires ne renonceront pas facilement à les obtenir par tous les moyens, surtout si la vie de leurs hommes leur semble en danger. Tout montre que, dans les conflits de notre époque, si différents des guerres classiques où infliger des souffrances inouïes aux prisonniers, parfois jusqu'à la mort, était proprement inconcevable, la violence la plus brutale a encore de beaux jours devant elle, si l'on ose dire.

A cet égard, on peut regretter que les discussions sur le droit humanitaire soient la plupart du temps limitées à des échanges de vue entre techniciens du droit. Une réflexion sur la guerre moderne est généralement rarement entreprise. Elle pourrait conduire à minimiser la distinction encore centrale entre les conflits armés internationaux et non internationaux, une autre configuration se dessinant sous nos yeux. Cette réflexion pourrait peut-être permettre d'ajuster le tir, notamment à propos des interventions du CICR, sachant qu'aujourd'hui la principale différence entre les deux types de conflit tient au caractère obligatoire dans le premier cas, facultatif dans le second, de la possibilité, pour le CICR, de visiter les personnes privées de liberté dans le but de vérifier leurs conditions de détention et de rétablir le contact entre ces personnes et leur famille.

A un certain âge, l'observateur tourmenté d'une violence qui s'est transformée mais ne s'est jamais réduite sur la scène internationale, s'il ne se laisse pas gagner par un pessimisme facile, discerne encore des raisons d'espérer. Elles tiennent avant tout à un dialogue des civilisations qui, seul, peut permettre une pacification des esprits. Sous cet angle, il lui arrive de rêver à une analyse anthropologique du CICR, dont il y aurait certainement beaucoup de leçons à tirer. Sans rester au plan juridique, elle supposerait de reprendre le problème en quelque sorte à l'envers, conduisant à se demander comment est né l'idéal de Genève et quelles flammes l'attisent encore. Le CICR est partie prenante de la Confédération helvétique; d'inspiration calviniste, il est aussi le fruit d'un dépassement des querelles

religieuses; imbibé d'une conception tragique de l'histoire, il a l'avantage sur toutes les ONG du monde de ne se prêter ni à l'angélisme, ni à la manipulation. Dans sa relative froideur institutionnelle, il est toujours une porte étroite, mais c'est finalement la seule qui soit entrouverte dans un univers de sang et de fureur.