

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE
INSTITUT DE RECHERCHE EN DROIT INTERNATIONAL
ET EUROPÉEN DE LA SORBONNE – IREDIES
Publication de l’IREDIES n° 1

**Les menaces contre la paix et la sécurité internationales :
aspects actuels**



AVANT-PROPOS

Cet ouvrage collectif est le fruit du travail d'une équipe de jeunes chercheurs spécialisés en droit international et rassemblés au sein du projet MARS (*Nouvelles menaces contre la paix : actions, règles et sécurité internationales*). Le projet MARS s'intègre dans le cadre d'une collaboration entre l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et l'Université de Cergy-Pontoise et a été financé par l'Agence nationale de la recherche durant trois années (2007-2010). Il a pour thème de recherche la réaction aux conflits.

Le constat de départ des chercheurs participant au projet MARS était le suivant : le système de sécurité collective tel qu'il fut élaboré en 1945 présente des faiblesses. La déliquescence de ce système relève moins du caractère obsolète des dispositions de la Charte des Nations Unies que des interprétations qui en ont été faites depuis la fin de la guerre froide. L'évolution des caractéristiques des réactions aux conflits armés révèle en effet une pratique disparate qui engendre des incertitudes quant aux régimes juridiques applicables.

Cette étude a donc pour objet d'identifier les lacunes et faiblesses du système de gestion des conflits et a permis de synthétiser un ensemble de connaissances sur chacun des thèmes abordés. Elle a consisté, dans un premier temps, à identifier le fondement des interventions onusiennes et étatiques. Dans le cadre de ce thème, nous avons choisi de nous concentrer sur deux sujets spécifiques, qui présentent une grande actualité : l'usage du Chapitre VII de la Charte des Nations en tant que fondement de l'intervention onusienne, et la légitime défense en tant que fondement de l'intervention étatique.

Le second pilier de notre réflexion a consisté à déterminer les règles applicables en matière de lutte contre le terrorisme. Les incertitudes entourant la notion de terrorisme est en effet représentatif du flou qui marque certaines notions ou règles de droit. Notre groupe de recherche a eu pour objectif de se concentrer sur l'étude de deux thèmes qui posent des difficultés importantes en termes d'efficacité et d'effectivité du droit international : les mesures de gel des fonds et avoirs des individus ou entités suspectés d'activités terroristes, et la détention de présumés terroristes.

Enfin, notre dernier axe de réflexion était relatif aux nouveaux enjeux de la sécurité internationale. Des domaines à intérêt grandissant, tels la protection de l'environnement et des biens culturels et la lutte contre la piraterie ont été étudiés. Une analyse des nouveaux acteurs opérant sur le théâtre de conflits a par ailleurs paru nécessaire, en raison des questions d'encadrement juridique posées. On ne saurait en effet ignorer le rôle croissant joué par exemple par les sociétés militaires et de sécurité privées, auxquels Etats et organisations internationales délèguent une partie de l'usage de la force. Les entreprises multinationales commencent également à être titulaires d'un ensemble d'obligations qu'il s'est agi de décrire. Une étude du statut juridique de ces acteurs ainsi que des obligations qu'ils ont à leur charge s'est dès lors révélée essentielle en raison de la nécessité de traduire juridiquement l'impact et le rôle que ces derniers peuvent avoir dans le cadre d'un conflit. Cette analyse nous permet ainsi de pallier à certaines incertitudes quant à la définition même de ces catégories d'acteurs et, par le biais de recommandations, d'aider à la résolution de certains problèmes récurrents.

La méthodologie employée a varié en fonction des thématiques, l'ensemble des rapports ayant en commun la volonté de rester le plus près possible de la pratique. Certains chercheurs se sont fondés sur des entretiens menés individuellement avec des praticiens, les questionnaires auxquels ces

derniers ont consenti à répondre ou les interventions de praticiens lors de séminaires et conférences auxquels les membres du projet ont assisté. D'autres se sont basés sur la pratique en matière de gestion des conflits, en particulier celle des organisations internationales, ainsi que les jurisprudences nationales et internationale.

Enfin, outre les chercheurs qui ont participé au projet, nous remercions vivement José Manuel Coelho, Stéphanie Millan et David Riché, tous trois ingénieurs d'études à l'IREDIES, qui ont participé à la finalisation de cet ouvrage qui marque la fin d'une belle aventure.

Jean-Marc Sorel
Directeur de l'IREDIES
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Svetlana Zašova
Chercheur à l'IREDIES
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

LISTE DES ABREVIATIONS

AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
C.D.I.	Commission du droit international
C.I.C.R.	Comité international de la Croix-Rouge
C.I.J.	Cour internationale de Justice
CODEXTER	Comité d'experts sur le terrorisme
C.P.I.	Cour pénale internationale
GAFI	Groupe d'action financière
I.C.L.Q.	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
MONEYVAL	Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme
O.C.D.E.	Organisation pour la coopération et le développement économique
O.M.P.	Opération de maintien de la paix
ONU	Organisation des Nations Unies
ONUDC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
O.S.C.E.	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
O.U.A.	Organisation pour l'unité africaine
PESC	Politique européenne de sécurité commune
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement

R.B.D.I.	<i>Revue belge de droit international</i>
R.Q.D.I.	<i>Revue Québécoise de droit international</i>
R.I.C.R.	<i>Revue internationale de la Croix-Rouge</i>
R.G.D.I.P.	<i>Revue générale de droit international public</i>
T.P.I.Y.	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
T.P.I.R.	Tribunal pénal international pour le Rwanda

L'ÉVOLUTION PROFONDE DU FONDEMENT JURIDIQUE DES OPÉRATIONS DE MAINTIEN DE LA PAIX DES NATIONS UNIES

HELENE HAMANT¹

Résumé

La pratique de maintien de la paix des dix dernières années montre une profonde évolution du fondement juridique des opérations de maintien de la paix des Nations Unies. A l'origine, ces opérations ont été conçues comme des opérations non coercitives s'inscrivant par conséquent dans le cadre du chapitre VI et non pas du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Dans les années 1990, si à plusieurs reprises le Conseil de sécurité a invoqué le chapitre VII à l'égard de telles opérations, le fondement juridique traditionnel de celles-ci restait le chapitre VI. On assiste à un tournant à partir de 1999, car le chapitre VII devient un fondement possible tant pour leur création que pour leur mandat. Depuis dix ans, ce chapitre est presque systématiquement utilisé pour ces opérations, mais selon des modalités variées. L'utilisation d'un tel fondement juridique traduit une nouvelle conception du maintien de la paix qu'on appelle maintien de la paix « robuste » dans laquelle le recours à la force a une place plus importante que dans les opérations de maintien de la paix classiques.

Alors qu'elles ne sont pas expressément prévues par la Charte de l'Organisation des Nations Unies, les opérations de maintien de la paix sont devenues l'un des principaux outils employés par la communauté internationale pour gérer les crises complexes touchant à la paix et à la sécurité internationales.

Elles ont été créées pour pallier la paralysie du système de sécurité collective établi par la Charte, paralysie que l'ONU a connue pendant la Guerre froide et qui l'empêchait d'entreprendre une action coercitive en vertu du chapitre VII.

Le chapitre VII intitulé « Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression » dote le Conseil de sécurité de pouvoirs coercitifs qui culminent avec des pouvoirs de contrainte militaire. En effet, le Conseil est autorisé à prendre des mesures contraignantes lorsqu'il constate une violation de l'article 2 paragraphe 4 de la Charte selon lequel « les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». Ces mesures coercitives ne sont pas fondées sur le consentement de l'entité visée². Elles consistent en une contrainte s'exerçant sur cette entité pour tenter d'obtenir que cette dernière se conforme aux objectifs fixés par le Conseil. Ces mesures peuvent être de deux sortes et se combiner par :

¹ Maître de conférences en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3.

² Ces mesures peuvent viser soit un ou des Etat(s) jugé(s) responsable(s) d'une rupture de la paix ou d'une menace à la paix, soit des entités ou individus jugés responsables d'atteintes à la paix.

- des mesures coercitives non militaires (des mesures de pressions économiques ou politiques telles l'interruption des relations économiques ou la rupture des relations diplomatiques) ;
- des mesures coercitives militaires pouvant impliquer l'emploi de la force armée.

Dans le contexte de la Guerre froide, le droit de veto accordé aux membres permanents a conduit à un blocage du Conseil de sécurité, empêchant ce dernier d'agir sur la base du chapitre VII.

Dès lors, au système coercitif initialement prévu, l'ONU a substitué un dispositif non coercitif que sont les opérations de maintien de la paix. Il constitue une complète innovation. En effet, aucun article de la Charte ne mentionne la création par cette Organisation de forces autres que celles prévues à l'article 43. Or celles-ci n'ont jamais été mises en place à cause de la paralysie du système provoquée par la Guerre froide. A l'origine, les opérations de maintien de la paix ont été conçues comme s'inscrivant dans le cadre du chapitre VI de la Charte. Ce chapitre intitulé « Règlement pacifique des différends » prévoit des moyens d'actions pacifiques pour appuyer le règlement politique d'un différend.

Pendant, dans les années 1990, avec la fin de la Guerre froide et, par conséquent, la fin de la paralysie du système de sécurité collective mis en place par la Charte, le Conseil de sécurité a utilisé à plusieurs reprises le chapitre VII³ à l'égard d'opérations de maintien de la paix.

Deux raisons peuvent être avancées pour expliquer le choix par le Conseil de cette base juridique.

En premier lieu, le chapitre VII permet d'imposer une telle opération. Cela peut s'avérer nécessaire dans deux situations :

- quand les institutions étatiques de l'Etat hôte sont en totale déliquescence et qu'il n'y a pour ainsi dire plus d'autorité étatique (ex. la Somalie en 1992). A ce moment-là, une telle situation empêche la recherche du consentement des parties au conflit.
- quand aucun accord de cessez-le-feu n'a été conclu ou respecté avant le déploiement d'une opération décidée par l'ONU.

En second lieu, et c'est ce qui importe le plus, ce chapitre permet un usage de la force par les militaires participant à l'opération de maintien de la paix qui n'est plus cantonné à la légitime défense, à la différence de ce qui est possible pour les opérations fondées sur le chapitre VI. La référence au chapitre VII accompagnée de la formule selon laquelle l'opération de maintien de la paix est autorisée à « prendre toutes les mesures nécessaires » ou à « utiliser tous les moyens nécessaires » pour remplir sa mission signifie que celle-ci peut décider de mesures coercitives pouvant aller jusqu'à l'emploi de la force au-delà de la stricte légitime défense. Il ne faut pas en conclure que les militaires recourront automatiquement à la force, mais son emploi est autorisé. Tout dépendra des événements. En outre, il s'agira toujours d'un usage minimum de la force.

Néanmoins, dans les années 1990, le chapitre VI demeurerait encore le fondement juridique traditionnel des opérations de maintien de la paix.

³ Il convient de souligner que, pendant la guerre froide, le Conseil de sécurité a autorisé l'Opération des Nations Unies au Congo (ONUC) à utiliser la force. Voir la S/RES/161 (1961) du 21 février 1961. Certes, on ne trouve aucune mention du chapitre VII. Cependant, il est indiqué au par. 1 que le Conseil de sécurité « *demande instamment* que les Nations Unies prennent immédiatement toutes mesures appropriées pour empêcher le déclenchement d'une guerre civile au Congo, notamment des dispositions concernant des cessez-le-feu, la cessation de toutes opérations militaires, la prévention de combats et **le recours à la force, si besoin est, en dernier ressort** ». Voir aussi la S/RES/169 (1961) du 24 novembre 1961. Là encore, le chapitre VII n'est pas mentionné, mais au par. 4, le Conseil de sécurité « *autorise* le Secrétaire général à **entreprendre une action vigoureuse, y compris, le cas échéant, l'emploi de la force dans la mesure requise** pour faire immédiatement appréhender, placer en détention dans l'attente de poursuites légales ou expulser tous les personnels militaire et paramilitaire et conseillers politiques étrangers ne relevant pas du Commandement des Nations Unies, ainsi que les mercenaires visés au paragraphe 2 de la résolution 161 (1961) ». Le gras est de nous.

Or, durant la décennie 1999-2009, le Conseil de sécurité emploie le chapitre VII de façon quasi-systématique. Les conséquences en sont très importantes vu que l'usage de la force armée n'est pas le même selon que l'action d'une opération s'inscrit dans le cadre du chapitre VI ou du chapitre VII.

Il y a ainsi une profonde évolution du fondement juridique des opérations de maintien de la paix. Cela traduit une nouvelle conception du maintien de la paix : le maintien de la paix appelé « robuste ». C'est l'objet de cette étude.

Centrée sur les opérations menées sous l'égide et le commandement direct des Nations Unies, elle prend uniquement en compte les opérations conduites par d'autres acteurs avec l'autorisation du Conseil de sécurité pour en montrer certaines différences.

Cette étude est fondée sur l'analyse de la pratique des années 1999-2009. Il nous a semblé en effet intéressant d'étudier les opérations de maintien de la paix de l'ONU mises en place après la publication en août 2000 du rapport commandé par le Secrétaire général de l'Organisation à un groupe d'experts indépendants. Ce document consiste en une évaluation de l'aptitude des Nations Unies à mener des opérations de paix efficaces et en la formulation de recommandations franches, précises et réalistes sur les moyens d'améliorer cette aptitude. Il est couramment appelé « Rapport Brahimi » du nom de son président, Lakhdar Brahimi, ancien Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies en Afghanistan⁴.

Treize opérations de maintien de la paix des Nations Unies ont été créées ces dix dernières années⁵. Classées par ordre chronologique, elles sont les suivantes⁶ :

- la Mission des Nations Unies en Sierra Leone (MINUSIL) : du 22 octobre 1999 au 31 décembre 2005 ;
- l'Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (ATNUTO) : du 25 octobre 1999 au 20 mai 2002 ;
- la Mission de l'ONU en République démocratique du Congo (MONUC) : depuis le 24 février 2000⁷ ;
- la Mission des Nations Unies en Ethiopie et en Erythrée (MINUEE) : du 15 septembre 2000 au 31 juillet 2008⁸ ;
- la Mission d'appui des Nations Unies au Timor oriental (MANUTO) : du 17 mai 2002 au 20 mai 2005 ;
- la Mission des Nations Unies au Libéria (MINUL) : depuis le 19 septembre 2003 ;
- l'Opération des Nations Unies en Côte d'Ivoire (ONUCI) : depuis le 27 février 2004 ;
- la Mission des Nations Unies pour la stabilisation en Haïti (MINUSTAH) : depuis le 30 avril 2004 ;

⁴ Rapport du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'Organisation des Nations Unies, cité ensuite sous le nom de « Rapport Brahimi », A/55/305, S/2000/809, 21 août 2000.

⁵ J'ai écarté les opérations de maintien de la paix des Nations Unies ne comportant pas de composante militaire, car celles-ci sont forcément fondées sur le chapitre VI de la Charte des Nations Unies. A leur égard, la question du chapitre VII ne se pose pas.

⁶ Pour chaque opération, la première date qui est donnée correspond à la date de la résolution créant l'opération, sauf dans quatre cas, et la seconde date est celle de la fin du déploiement de l'opération.

⁷ La MONUC n'entre dans notre champ d'étude qu'à partir de la résolution 1291 du 24 février 2000 qui n'est pas celle par laquelle le Conseil de sécurité crée cette opération, mais par laquelle il la renforce, la transformant en véritable opération de maintien de la paix. En effet, jusque-là, il ne s'agissait que de 90 membres du personnel militaire de liaison des Nations Unies déployés pour remplir des missions d'observation et de liaison relatives à un accord de cessez-le-feu.

⁸ La MINUEE n'entre dans notre champ d'étude qu'à partir de la résolution 1320 du 15 septembre 2000 qui n'est pas celle par laquelle le Conseil de sécurité crée cette opération, mais par laquelle il la transforme en véritable opération de maintien de la paix. Jusque-là, elle était composée d'un maximum de 100 observateurs militaires, ainsi que du personnel d'appui civil.

- l'Opération des Nations Unies au Burundi (ONUB) : du 21 mai 2004 au 31 décembre 2006 ;
- la Mission des Nations Unies au Soudan (MINUS) : depuis le 24 mars 2005 ;
- la Force internationale des Nations Unies au Liban (FINUL) appelée FINUL renforcée : depuis le 11 août 2006⁹ ;
- l'Opération hybride Union africaine/ONU au Darfour (MINUAD) : depuis le 31 juillet 2007¹⁰ ;
- la Mission des Nations Unies en République centrafricaine et au Tchad (MINURCAT) : depuis le 14 janvier 2009¹¹.

A l'exception de trois opérations créées en 1999 (MINUSIL, ATNUTO et MONUC), toutes les autres ont été établies au lendemain de la publication du Rapport Brahimi par lequel l'ONU a notamment cherché à tirer les leçons des échecs des opérations qu'elle a déployées en Somalie, en Bosnie-Herzégovine et au Rwanda dans les années 1992-1995¹². Ces échecs restent encore très présents dans les esprits. Dans une résolution de 2001 sur le rôle du Conseil de sécurité dans la prévention des conflits armés, celui-ci réitère dans le préambule « l'engagement partagé de sauver les populations des ravages de conflits armés » et se déclare « conscient des enseignements que tous les intéressés ont à tirer de l'échec des efforts de prévention qui ont précédé des tragédies telles que le génocide au Rwanda (S/1999/1257) et le massacre de Srebrenica (A/54/549) »¹³.

Pour permettre une confrontation de la pratique de ces dix dernières années avec les recommandations formulées dans le Rapport Brahimi, certains développements de ce document seront présentés dans une première partie. Une seconde partie sera consacrée à l'orientation de l'action des Nations Unies vers une pratique de maintien de la paix « robuste », ce qui rejoint la position française qui sera brièvement traitée dans une troisième partie. Enfin, dans une dernière partie, un certain nombre de recommandations seront formulées.

PARTIE I : L'ÉVALUATION FAIRE EN 2000 PAR LE RAPPORT BRAHIMI : L'ÉMERGENCE DE L'IDEE DE MAINTIEN DE LA PAIX « ROBUSTE »

Le Rapport Brahimi constitue ainsi une étape incontournable dans la réflexion de fond engagée par l'Organisation sur la façon de conduire des opérations de maintien de la paix. Il bénéficie d'une objectivité plus grande puisqu'il s'agit d'une analyse venant d'une source extérieure aux Nations Unies. Il sert depuis de référence aux travaux qui poursuivent cette réflexion.

Deux développements du Rapport Brahimi nous intéressent pour cette étude : celui sur les « implications pour la doctrine et la stratégie de maintien de la paix » et celui sur les mandats.

⁹ La FINUL entre dans notre champ d'étude puisque la résolution 1701 du 11 août de 2006 a profondément modifié le mandat de cette opération créée en 1978 et a décidé de faire passer les effectifs de 2 000 à 15 000 hommes. C'est pourquoi cette opération est souvent appelée « FINUL renforcée ».

¹⁰ Tout en étant une opération hybride, la MINUAD entre dans notre champ d'étude car les structures d'appui, de commandement et de contrôle sont fournies par l'ONU. Aussi cette opération est-elle administrée par le Département des opérations de maintien de la paix de l'ONU. Cela nous amène à la classer parmi les opérations de maintien de la paix des Nations Unies.

¹¹ La MINURCAT n'entre dans notre champ d'étude qu'à partir de la résolution 1861 du 14 janvier 2009 par laquelle le Conseil de sécurité autorise le déploiement d'une composante militaire pour succéder à la Force de l'Union européenne EUFOR Tchad/RCA qui assurait jusque-là le volet militaire, tandis que la MINURCAT s'était vu confier le volet politique.

¹² Il s'agit, pour la Somalie, de l'ONUSOM I et de l'ONUSOM II, pour la Bosnie-Herzégovine, de la FORPRONU et pour le Rwanda, de la MINUAR.

¹³ S/RES/1366 (2001) du 30 août 2001.

Le Groupe d'étude semble favorable à une « doctrine robuste » du maintien de la paix, expression qui apparaît non pas dans le rapport lui-même, mais dans le résumé qui le précède¹⁴. Elle sous-entend une nouvelle conception du maintien de la paix dans laquelle le recours à la force paraît avoir une place plus importante que dans les opérations de maintien de la paix classiques. On comprend que c'est pour tenir compte de la complexité des missions depuis la fin de la Guerre froide et de la dangerosité de l'environnement dans lequel les opérations se déploient désormais, deux aspects qui sont longuement détaillés dans le rapport. Cependant, ce document apporte peu de réponses en définitive sur ce qui nous intéresse, puisqu'il ne définit pas ce qu'est le maintien de la paix « robuste » et surtout il ne précise pas les modalités de ce recours à la force.

Il ressort du rapport que ce maintien de la paix continue d'être régi par les trois principes traditionnels. Le développement consacré à cette doctrine¹⁵ débute en effet par l'affirmation que la limitation de l'emploi de la force aux cas de légitime défense, ainsi que l'accord des parties locales et l'impartialité, demeurent les principes de base du maintien de la paix¹⁶. Il ne s'écarte donc pas de la conception traditionnelle de l'ONU selon laquelle ces trois principes doivent toujours guider les opérations de maintien de la paix¹⁷.

Toutefois, des précisions importantes sont données sur le sens à accorder aux termes « impartialité » et « légitime défense ». Sans doute pour dissiper toute confusion possible entre impartialité et neutralité, confusion qui a parfois été entretenue aux Nations Unies dans le passé, il est souligné :

« Etre impartial ne signifie pas être neutre et ne revient pas à traiter toutes les parties de la même façon, en toutes circonstances et à tout moment, ce qui relèverait plutôt d'une politique d'apaisement. Si l'on se place d'un point de vue moral, les parties, dans certains cas, ne se situent pas sur un pied d'égalité, l'une étant de toute évidence l'agresseur, l'autre la victime ; l'emploi de la force n'est alors pas seulement justifié sur le plan opérationnel, c'est une obligation morale. »¹⁸

S'agissant de la légitime défense, une interprétation très élargie en est faite, puisqu'« une fois qu'une mission a été mise en place, les soldats de la paix des Nations Unies doivent pouvoir s'acquitter de leurs tâches avec professionnalisme et remplir leur mission, ce qui signifie que les unités militaires de l'ONU doivent être en mesure de se défendre, de défendre d'autres composantes de la mission et d'assurer l'exécution du mandat de celle-ci »¹⁹.

Cette interprétation a des conséquences sur le choix des règles d'engagement. Il est ainsi indiqué que celles-ci « devraient non seulement permettre aux contingents de riposter au coup par coup, mais les autoriser à lancer des contre-attaques assez vigoureuses pour faire taire les tirs meurtriers

¹⁴ Les développements du Rapport Brahimi « E. Implications pour la doctrine et la stratégie de maintien de la paix » et « F. Des mandats clairs, crédibles et réalistes » (par. 48 à 64) sont regroupés dans le résumé sous l'intitulé « Implications pour le maintien de la paix : nécessité d'une doctrine robuste et de mandats réalistes ».

¹⁵ Voir les par. 48 à 55 du Rapport Brahimi, *op. cit.*

¹⁶ Par. 48, *ibid.*

¹⁷ Pour Boutros Boutros-Ghali, alors Secrétaire général des Nations Unies, le succès des opérations de maintien de la paix dépendait « du respect de certains principes fondamentaux, dont trois sont particulièrement importants : consentement des parties, impartialité et non-usage de la force, sauf en cas de légitime défense ». Il considérait même : « si l'on examine les succès et les échecs récents, on constate qu'à chaque fois qu'une opération a réussi, ces principes avaient été respectés et que, dans la plupart des autres cas, l'un ou l'autre ne l'avait pas été ». Voir le par. 33 du Rapport de situation présenté par le Secrétaire général à l'occasion du cinquantenaire de l'Organisation des Nations Unies, « Supplément à l'Agenda pour la paix », A/50/60, S/1995/1, 25 janvier 1999

¹⁸ Par. 50 du Rapport Brahimi, *op. cit.*

¹⁹ Par. 49, *ibid.*

dirigés contre des soldats des Nations Unies ou les personnes qu'ils sont chargés de protéger et, dans les situations particulièrement dangereuses, à ne pas laisser l'initiative à leurs attaquants »²⁰. Dans le résumé précédant le rapport, il est mentionné que « les règles d'engagement doivent être suffisamment fermes pour que les contingents de l'ONU ne soient pas contraints d'abandonner l'initiative à leurs agresseurs »²¹.

Pour le Groupe d'étude :

*« Il faudrait donc spécifier, dans le mandat de toute opération, si elle est autorisée à employer la force, auquel cas elle devrait être dotée d'effectifs plus nombreux et mieux équipés. Elle serait certes plus coûteuse mais constituerait une menace plus crédible, et donc plus dissuasive, que la présence symbolique et non menaçante qui caractérise les opérations de maintien de la paix classiques. Dans le cas des opérations complexes, la taille de la force et sa configuration ne devraient laisser aucun doute dans l'esprit des auteurs de troubles quant aux intentions de l'Organisation. En outre, ces opérations devraient être dotées de services de renseignements et d'autres moyens qui leur permettraient d'organiser leur défense face à des adversaires violents. »*²²

Cette explication concernant le recours à la force n'est pas claire d'autant plus qu'elle est donnée quelques lignes après la précision sur la légitime défense.

On comprend toutefois que ce maintien de la paix « robuste » ne consiste pas en une action relevant de l'imposition de la paix qui est confiée à des forces placées en dehors du commandement direct des Nations Unies :

*« Le Groupe d'étude souligne que les Nations Unies ne font pas la guerre. Lorsqu'il a fallu prendre des mesures coercitives, elles ont toujours été confiées à des coalitions d'Etats volontaires, avec l'autorisation du Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte. »*²³

Il en ressort un partage des rôles. L'ONU s'en tient à une pratique de maintien de la paix. Quand il s'agit d'imposer la paix, elle en confie la charge à une coalition d'Etats ou à une organisation régionale.

Dans le développement consacré aux mandats qui doivent être « clairs, crédibles et réalistes »²⁴, le Groupe d'étude explique que les Casques bleus sont autorisés à protéger les civils, mais là encore sans donner de précisions sur les conditions de ce recours à la force :

« [...] il faut se féliciter de l'évolution positive que dénotent le souhait exprimé par le Secrétaire général d'assurer davantage de protection aux civils en situation de conflit armé ainsi que les mesures prises par le Conseil qui tendent à autoriser explicitement les Casques bleus à protéger les civils dans les situations de conflit. On pourrait présumer en effet que les soldats ou les policiers de la paix qui assistent à des exactions contre la population civile devraient être autorisés à y mettre fin, dans la mesure de leurs moyens, au nom des principes fondamentaux de l'ONU et, comme indiqué dans le rapport de la Commission d'enquête indépendante sur le Rwanda, en tentant compte du fait que 'la présence des Nations Unies dans une zone

²⁰ Ibid.

²¹ Voir le résumé, p. X. L'italique est de nous.

²² Par. 51 du Rapport Brahimi, *op. cit.*

²³ Par. 53, *ibid.*

²⁴ Voir les par. 56 à 64, *ibid.*

de conflit suscite chez les civils une attente de protection (S/1999/1257, p. 55). »²⁵

PARTIE II : L'ORIENTATION DE L'ACTION DES NATIONS UNIES DEPUIS UNE DIZAINE D'ANNEES VERS UNE PRATIQUE DE MAINTIEN DE LA PAIX « ROBUSTE »

Dans les années 1990, même si le chapitre VII a été invoqué à plusieurs reprises, les opérations de maintien de la paix restaient fondées juridiquement sur le chapitre VI. A partir des années 1999, le chapitre VII devient un fondement possible pour la création et le mandat de ces opérations. En effet, il ressort de la pratique des dix dernières années que ce chapitre est presque systématiquement utilisé à l'égard des opérations de maintien de la paix. Certes, comme on va le voir, le Conseil de sécurité en use selon des degrés variés. Il peut s'agir d'une utilisation minimale comme d'une utilisation maximale et elle est combinée avec le consentement de l'Etat hôte afin d'éviter les échecs de l'imposition de la paix mise en œuvre par des opérations sous commandement direct de l'ONU.

A. Une utilisation quasi-systématique mais plus ou moins importante du chapitre VII par le Conseil de sécurité

Pour douze opérations sur treize déployées entre 1999 et 2009, le Conseil de sécurité a fait référence au chapitre VII dans les résolutions les concernant. Seule une opération, la Mission des Nations Unies en Ethiopie et Erythrée, relève exclusivement du chapitre VI.

La résolution qui transforme la MINUEE en véritable opération de maintien de la paix est prise en vertu du chapitre VI²⁶ et les résolutions adoptées ultérieurement, même celle de 2002 qui modifie le mandat²⁷, n'apportent aucun changement en ce qui concerne le fondement juridique.

S'agissant de la FINUL renforcée, si le chapitre VII n'est pas expressément mentionné dans la résolution 1701 du 11 août 2006 renforçant cette opération, on trouve cependant au paragraphe 12 la formule par laquelle le Conseil de sécurité autorise cette opération à prendre toutes les mesures nécessaires pour exécuter certaines missions qui sont précisées²⁸. Or, comme nous l'avons vu, cette formule accompagne en principe la référence au chapitre VII. On comprend ainsi que le mandat est fondé seulement en apparence sur le chapitre VI et qu'il s'agit en fait d'un chapitre VII déguisé. C'est ce que confirment des déclarations de Michèle Alliot-Marie, alors ministre française de la Défense, devant la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale en septembre 2006. Elle a expliqué :

« [...] si les règles d'engagement habituelles de l'ONU reconnaissent la légitime défense, elles proscrivent l'utilisation d'armes létales [...] Les

²⁵ Par. 62, *ibid.*

²⁶ S/RES/1320 (2000) du 15 septembre 2000. Certes, le chapitre VII est mentionné au par. 10, mais cette référence ne concerne pas la MINUEE.

²⁷ S/RES/1430 (2002) du 14 août 2002.

²⁸ Par. 12 de la S/RES/1701 (2006) du 11 août 2006 : « Agissant à l'appui d'une demande du Gouvernement libanais tendant à ce qu'une force internationale soit déployée pour l'aider à exercer son autorité sur l'ensemble du territoire, autorise la FINUL à prendre toutes les mesures nécessaires dans les secteurs où ses forces sont déployées et, quand elle le juge possible dans les limites de ses capacités, à veiller à ce que son théâtre d'opérations ne soit pas utilisé pour des activités hostiles de quelque nature que ce soit, à résister aux tentatives visant à l'empêcher par la force de s'acquitter de ses obligations dans le cadre du mandat que lui a confié le Conseil de sécurité, et à protéger le personnel, les locaux, les installations et le matériel des Nations Unies, à assurer la sécurité et la liberté de mouvement du personnel des Nations Unies et des travailleurs humanitaires et, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement libanais, à protéger les civils exposés à une menace imminente de violences physiques ».

Libanais, et quelques autres, ne souhaitant pas une force placée sous le chapitre VII, il a été décidé, après avoir envisagé un temps un mandat chapitre 'VI bis', voire 'VI et demi', inacceptable, de donner aux forces les moyens d'un mandat sous chapitre VII sans pour autant y faire référence.

Il fallait enfin des règles robustes pour que la FINUL puisse se déplacer librement, quitte à passer en force et à répondre à balles réelles ou par d'autres moyens. Les discussions se poursuivent à New York pour couvrir tous les cas de figure possibles [...] »²⁹

C'est en outre parce qu'elle a obtenu un renforcement en ce qui concerne l'usage de la force que la France a accepté d'envoyer de nouveaux effectifs pour participer à la FINUL de 2006 (voir ci-après la position française).

Il convient également de se reporter au premier rapport sur l'application de la résolution 1701 du 11 août 2006 dans lequel le Secrétaire général indique que les règles d'engagement seront plus vigoureuses et que « les révisions les plus importantes concernent l'autorisation de l'emploi de la force en vertu du paragraphe 12 de la résolution »³⁰.

Hormis le cas de la MINUEE et celui de la FINUL renforcée qui est un peu particulier, on trouve des références expresses au chapitre VII dans les résolutions concernant les autres opérations déployées entre 1999 et 2009.

Cependant, le Conseil de sécurité utilise ce chapitre de façon plus ou moins importante. Plusieurs cas de figure apparaissent.

*Fondement tant de la création que du mandat sur le chapitre VII

C'est l'exemple de l'ONUCI dont la création et le mandat sont fondés sur une résolution prise en vertu du chapitre VII³¹. Il en est de même pour la MINUL³² et pour l'ONUB³³. C'est le cas également pour l'ATNUTO³⁴. Toutefois, celle-ci se distingue des autres opérations de maintien de la paix, car elle s'est vu confier la responsabilité générale de l'administration d'un territoire, le Timor oriental, jusqu'à ce que le statut de ce dernier soit clarifié. Elle a ainsi été habilitée par le Conseil de sécurité à « exercer l'ensemble des pouvoirs législatif et exécutif, y compris l'administration de la justice »³⁵.

*Fondement du seul mandat sur le chapitre VII, la création relevant du chapitre VI

Le mandat de la MANUTO est ainsi fondé sur le chapitre VII, alors que la création est basée sur le chapitre VI³⁶.

²⁹ Voir le compte rendu de l'audition de Michèle Alliot-Marie sur la situation au Liban, compte rendu n°42, 6 septembre 2006, disponible sur le site web de l'Assemblée nationale : [\[http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cdef/05-06/c0506042.asp\]](http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cdef/05-06/c0506042.asp).

³⁰ Par. 26 du Rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 1701 (2006), S/2006/670, 18 août 2006.

³¹ S/RES/1528 (2004) du 27 février 2004.

³² La MINUL est créée par la résolution 1509 du 19 septembre 2003 fondée sur le chapitre VII. Il convient toutefois de souligner qu'on ne trouve pas mentionné la formule autorisant la MINUL à prendre toutes les mesures nécessaires pour accomplir les missions qui lui sont confiées.

³³ L'ONUB est créée par la résolution 1545 du 21 mai 2004 fondée sur le chapitre VII. Cependant, il est à noter que la formule autorisant l'ONUB à prendre toutes les mesures nécessaires ne vaut que pour une partie de son mandat, celle décrite au par. 5. Voir la S/RES/1545 (2004).

³⁴ S/RES/1272 (1999) du 25 octobre 1999.

³⁵ Voir le par. 1 de la S/RES/1272 (1999) précitée.

³⁶ S/RES/1410 (2002) du 17 mai 2002.

*Fondement d'une partie seulement du mandat sur le chapitre VII, le reste, ainsi que la création de l'opération, relevant du chapitre VI

C'est le cas pour la MINUSTAH. La création est fondée sur le chapitre VI. Quant au mandat, seule une partie est établie en vertu du chapitre VII³⁷. C'est celle qui concerne la mission d'assurer un climat sûr et stable en Haïti. Le reste du mandat, qui se rapporte aux missions relatives à l'appui au processus constitutionnel et politique en cours en Haïti et à la surveillance de la situation des droits de l'homme, relève du chapitre VI³⁸. Il en est également ainsi pour la MINURCAT quand une composante militaire a été adjointe à sa composante civile par la résolution 1861 du 14 janvier 2009. Ce texte n'est pas fondé sur le chapitre VII, mais celui-ci est mentionné pour une partie du mandat confié à cette opération³⁹.

*Fondement de la création et du mandat sur le chapitre VI avec néanmoins une utilisation du chapitre VII mais très limitée

On a l'exemple avec les deux opérations de maintien de la paix déployées au Soudan.

On trouve dans la résolution créant la MINUS la disposition selon laquelle le Conseil de sécurité :

*« Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies,
i) Décide que la MINUS est autorisée à intervenir dans les secteurs où ses forces seront déployées et dans la mesure où elle jugera que ses moyens le lui permettent pour protéger le personnel, les locaux, installations et matériels des Nations Unies, assurer la sécurité et la libre circulation du personnel des Nations Unies, des agents humanitaires, du personnel du mécanisme commun d'évaluation et de la commission du bilan et de l'évaluation, et, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement soudanais, protéger les civils sous menace imminente de violence physique. »⁴⁰*

Une disposition similaire figure dans la résolution créant la MINUAD :

*« Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies :
a) Décide d'autoriser la MINUAD à prendre toutes les mesures requises, dans les secteurs où ses contingents seront déployés et dans la mesure où elle juge que ses capacités le lui permettent :
i) Pour protéger son personnel, ses locaux, ses installations et son matériel, et pour assurer la sécurité et la libre circulation de son personnel et des agents humanitaires ;
ii) Pour faciliter la mise en œuvre rapide et effective de l'Accord de paix pour le Darfour, en empêcher toute perturbation, prévenir les attaques armées et protéger les civils, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement soudanais. »⁴¹*

Par ailleurs, au cours du déroulement de certaines opérations de maintien de la paix, le Conseil de sécurité a modifié l'utilisation qu'il avait faite du chapitre VII pour le mandat de celles-ci. A l'égard d'une même opération, on est ainsi passé par différents stades dans l'usage de ce chapitre. C'est ce qui s'est passé pour la MINUSIL, la MONUC et la MINUS. Cette gradation dans l'utilisation du chapitre

³⁷ Voir la section I du par. 7 de la S/RES/1542 (2004) du 30 avril 2004.

³⁸ Voir les sections II et III du par. 7 de la S/RES/1542 (2004) précitée.

³⁹ Voir le par. 7 de la S/RES/1861 (2009) du 14 janvier 2009.

⁴⁰ Par. 16 i) de la S/RES/1590 (2005) du 24 mars 2005.

⁴¹ Par. 15 de la S/RES/1769 (2007) du 31 juillet 2007.

VII sera présentée plus loin pour illustrer le fait que l'utilisation du chapitre VII initialement prévue peut ne pas être satisfaisante⁴².

*Fondement du volet militaire sur le chapitre VII et du volet politique sur le chapitre VI

Certes, cela ne concerne pas directement les opérations de maintien de la paix des Nations Unies, mais il est toutefois intéressant de relever que le Conseil de sécurité utilise encore le chapitre VII selon la modalité suivante. Il confie à une opération des Nations Unies qui ne comporte pas de composante militaire seulement le volet politique en l'établissant sur le chapitre VI et il réserve le volet militaire fondé sur le chapitre VII pour une opération qui intervient avec son autorisation, mais sans être placée sous commandement direct de l'ONU. C'est ce qui s'est passé au Tchad/RCA dans un premier temps quand la MINURCAT, une opération des Nations Unies relevant du chapitre VI, travaillait conjointement avec l'EUFOR Tchad/RCA, une opération de l'Union européenne relevant du chapitre VII⁴³.

Si le Conseil de sécurité utilise depuis dix ans presque systématiquement le chapitre VII, l'utilisation qu'il en fait comporte de nombreuses nuances. En revanche, lorsqu'il se réfère au chapitre VII pour des opérations sous mandat onusien mais dirigées par un Etat ou une organisation régionale, il a généralement en vue une utilisation maximale. Il fonde à la fois la création et le mandat sur le chapitre VII et on trouve toujours la formule « prendre toutes les mesures nécessaires » pour l'intégralité du mandat. On a l'exemple de la Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS) déployée en Afghanistan, placée initialement sous le commandement du Royaume-Uni, puis de l'OTAN. La résolution créant cette Force est prise en vertu du chapitre VII et on trouve au paragraphe 3 la formule selon laquelle le Conseil de sécurité « autorise les Etats Membres qui participent à la Force internationale d'assistance à la sécurité à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution du mandat de celle-ci »⁴⁴. Il en est de même dans la résolution par laquelle le Conseil prend acte du passage de la FIAS sous commandement de l'OTAN⁴⁵. C'est ce qui avait été également prévu pour EUFOR Tchad/RCA qui n'est plus en cours. La création et le mandat de cette opération dirigée par l'Union européenne ont été fondés sur des dispositions prises en vertu du chapitre VII et comportant la formule « prendre toutes les mesures nécessaires » pour l'intégralité du mandat⁴⁶.

B. Une utilisation du chapitre VII nécessitée par la dangerosité de l'environnement et les tâches confiées aux opérations de maintien de la paix

A la lecture des résolutions du Conseil de sécurité, il semble que cette utilisation quasi systématique du chapitre VII soit nécessitée par la dangerosité de l'environnement dans lequel les opérations de maintien de la paix interviennent désormais et par la nature de certaines tâches qui leur sont confiées ces dernières années.

⁴² Voir ci-après le développement sur l'utilisation inadéquate du chapitre VII.

⁴³ Voir la S/RES/1778 (2007) du 25 septembre 2007. Dans la version initiale, la MINURCAT ne comprenait pas de composante militaire.

⁴⁴ S/RES/1386 (2001) du 20 décembre 2001.

⁴⁵ S/RES/1510 (2003) du 13 octobre 2003 fondée sur le chapitre VII et au paragraphe 4 la formule « prendre toutes les mesures nécessaires » pour l'exécution de l'intégralité du mandat confié à la FIAS.

⁴⁶ Par. 6 de la S/RES/1778 (2007) du 25 septembre 2007. Seules les dispositions concernant l'EUFOR Tchad/RCA sont fondées sur le chapitre VII, le reste de la résolution relève du chapitre VI.

1. Une utilisation pour faire face à la dangerosité de l'environnement

Il ressort très clairement de certaines résolutions du Conseil de sécurité que ce dernier est particulièrement préoccupé par la sécurité du personnel des Nations Unies qui se trouve de plus en plus fréquemment menacée.

Ainsi, dans la déclaration adoptée lors du Sommet du Millénaire des Nations Unies en septembre 2000⁴⁷, le Conseil « se déclare résolu à renforcer les opérations de maintien de la paix des Nations Unies » en adoptant notamment « des mandats clairement définis, crédibles, réalisables et appropriés » dans lesquels seront incluses « des mesures permettant d'assurer efficacement la sécurité du personnel des Nations Unies et, si possible, la protection de la population civile ». A cet égard, il reprend des recommandations du Rapport Brahimi.

Les résolutions concernant le Timor oriental mettent en lumière cette inquiétude du Conseil de sécurité quant à la dangerosité de la situation en général⁴⁸, et en particulier pour le personnel des Nations Unies⁴⁹.

En effet, au Timor oriental, un grand danger venait des milices qui commettaient des actes d'intimidation à l'encontre des réfugiés dans les camps et qui s'en prenaient également au personnel des Nations Unies, ce qu'a condamné le Conseil de sécurité dans une résolution du 8 septembre 2000⁵⁰. Il s'est déclaré consterné par le meurtre de trois membres du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et de deux casques bleus de l'ATNUTO. Il a dénoncé les attaques menées contre la présence des Nations Unies au Timor oriental.

Il convient de relever que, dans cette résolution du 8 septembre 2000, le Conseil de sécurité « souligne que l'ATNUTO devrait réagir rigoureusement devant la menace posée par les milices au Timor oriental, conformément à sa résolution 1272 (1999) du 25 octobre 1999 »⁵¹. Il emploie le terme « vigoureusement » et rappelle la résolution 1272 par laquelle il a créée cette opération et l'a fondée sur le chapitre VII en lui conférant l'autorisation de « prendre toutes les mesures nécessaires pour s'acquitter de son mandat »⁵². Il réitère cette recommandation à l'ATNUTO dans la résolution 1338 du 31 janvier 2001⁵³.

La situation en Sierra Leone entre 1999 et 2000 illustre ce qui peut se passer pour une opération de maintien de la paix.

En premier lieu, les conditions de sécurité dans lesquelles se déroule un processus de paix peuvent fortement se dégrader. En Sierra Leone, on est passé d'une situation plus ou moins stable après la signature d'un accord de paix à la reprise des hostilités. Comme l'a expliqué le Secrétaire général dans un de ses rapports, la MINUSIL « qui était conçue, équipée et déployée pour assurer le

⁴⁷ Déclaration figurant en annexe de la S/RES/1318 (2000) du 7 septembre 2000.

⁴⁸ S/RES/1338 (2001) du 31 janvier 2001 : « *Soulignant* sa préoccupation face à la présence d'un grand nombre de réfugiés du Timor oriental [...] et à la situation en matière de sécurité dans ces camps, en particulier pour ce qui est de l'activité des milices et de ses effets sur les réfugiés, et *soulignant* qu'il importe de résoudre totalement ce problème ».

⁴⁹ S/RES/1338 (2001) précitée : « *Rappelant* les principes pertinents énoncés dans la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé adoptée le 9 décembre 1994, et *soulignant* la nécessité de prendre de nouvelles mesures pour assurer la sûreté et la sécurité du personnel international au Timor oriental et en Indonésie, vu les dangers auxquels celui-ci est exposé ».

⁵⁰ S/RES/1319 (2000) du 8 septembre 2000.

⁵¹ Par. 6 de la S/RES/1319 (2000) précitée.

⁵² Par. 4 de la S/RES/1272 (1999) du 25 octobre 1999.

⁵³ Par. 7 de la S/RES/1338 (2001) du 31 janvier 2001 : « *Souligne* que l'ATNUTO doit réagir énergiquement face à la menace que font peser les milices au Timor oriental, conformément à la résolution 1272 (1999) ». Le Conseil emploie ici le terme « énergiquement ».

maintien de la paix, a rapidement été contrainte à engager le combat avec l'une des parties qui s'étaient engagées à coopérer avec elle »⁵⁴.

En second lieu, une menace directe peut peser sur les hommes engagés dans une opération de maintien de la paix. A partir de 2000, les combattants du Front uni révolutionnaire (RUF) ont fait peser une menace constante sur la MINUSIL. A diverses reprises, ils ont lancé contre elle des attaques armées et ont même été jusqu'à détenir une centaine d'hommes⁵⁵. Dans un rapport de juillet 2000, le Secrétaire général considérait la situation de sécurité comme volatile et imprévisible en raison notamment de la persistance des attaques du RUF contre la MINUSIL⁵⁶.

Même si les opérations de maintien de la paix sont généralement créées pour appuyer un processus de paix et sont donc déployées après la signature d'un accord de paix ou au moins de cessez-le-feu, il arrive que des mouvements armés refusent d'y participer, ce qui représente une menace aussi bien pour l'opération de maintien de la paix que pour la population civile. C'est ce qui s'est passé au Burundi. Le Conseil de sécurité a créé l'ONUB pour aider à établir la paix comme prévu par l'Accord de paix d'Arusha du 28 août 2000. Cependant, un des mouvements armés, le Palipehutu-Forces nationales de libération (FNL), n'a pas adhéré au processus de paix de l'Accord d'Arusha⁵⁷. Ceci explique que, dans une de ses résolutions relatives à l'ONUB⁵⁸, le Conseil s'est déclaré vivement préoccupé par la poursuite des hostilités par ce mouvement armé et par la menace qu'il faisait peser sur les civils. On peut aussi citer l'exemple de la situation au Darfour. Le Conseil de sécurité a décidé en juillet 2007 la mise en place d'une opération hybride UA/ONU au Darfour (MINUAD)⁵⁹ après la signature le 5 mai 2006 à Abuja de l'Accord de paix pour le Darfour. Cependant, lorsque le Conseil a adopté sa résolution, deux des quatre parties ayant négocié l'Accord ont refusé de le signer⁶⁰.

2. Une utilisation pour exécuter certaines tâches confiées aux opérations de maintien de la paix

Si l'on examine les tâches confiées aux opérations de maintien de la paix, certaines semblent très clairement nécessiter la possibilité d'employer des moyens coercitifs.

* La protection du personnel des Nations Unies

On trouve le chapitre VII et la formule « prendre les mesures nécessaires » mentionnés pour protéger le personnel, les installations et le matériel des Nations Unies, ainsi que pour assurer la sécurité et la libre circulation de ce personnel. Il s'agit là d'une évolution très importante car auparavant cette protection relevait de la légitime défense empêchant toute initiative de recourir à la force. Il apparaît ainsi clairement que depuis ces dix dernières années, le recours à la force pour

⁵⁴ Par. 105 du Quatrième Rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies en Sierra Leone, S/2000/455, 19 mai 2000.

⁵⁵ Entre le 16 et le 28 mai 2000 ont été libérés 461 personnes détenues par le RUF dans le district de Kono. Le 29 juin a lieu la libération de 21 soldats indiens détenus à Kuiva puis à Pendembu. Voir le par. 24 du Cinquième Rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies en Sierra Leone, S/2000/751, 31 juillet 2000.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Voir le préambule de la S/RES/1545 (2004) du 21 mai 2004 créant l'ONUB. Ce n'est que le 7 septembre 2006 que ce mouvement signera un accord global de cessez-le-feu.

⁵⁸ S/RES/1650 (2005) du 21 décembre 2005.

⁵⁹ S/RES/1769 (2007) du 31 juillet 2007.

⁶⁰ Voir par. 12 du Rapport du Secrétaire général et du Président de la Commission de l'Union africaine sur l'opération hybride au Darfour, S/2007/307/Rev.1, 5 juin 2007.

permettre cette protection ne s'inscrit plus dans le cadre de la légitime défense, sans doute afin de tenir compte des dangers que rencontrent les militaires dans l'accomplissement de leur mission.

Cette protection est parfois étendue aux agents humanitaires⁶¹ ou aux réfugiés et personnes déplacées⁶².

*Un rôle important en matière de sécurité

Généralement, ces opérations de maintien de la paix se voient confier un rôle important en matière de sécurité. C'est forcément le cas pour l'ATNUTO qui a été chargée de la responsabilité de l'administration du Timor oriental⁶³ et pour la MANUTO qui lui a succédé après l'indépendance de ce territoire⁶⁴. Il en est de même pour l'ONUCI dont une grande partie du mandat concerne la sécurité. Cela consiste entre autres à « aider le Gouvernement de réconciliation nationale à procéder au regroupement de toutes les forces ivoiriennes en présence, et à assurer la sécurité des sites de cantonnement de ces dernières », à « assurer la garde des armes, munitions et autres matériels militaires remis par les ex-combattants », à « contribuer à assurer, en coordination avec les autorités ivoiriennes, la sécurité des membres du Gouvernement de réconciliation nationale »⁶⁵. On a aussi l'exemple de l'ONUB dont le mandat comporte un volet sécuritaire comprenant en particulier la mission de « mener à bien les parties relatives au désarmement et à la démobilisation du programme national de désarmement, démobilisation et réinsertion des combattants »⁶⁶. Il y a également la MINUL à qui il est demandé notamment d'« opérer le désarmement volontaire et rassembler et détruire les armes et munitions dans le cadre d'un programme organisé de désarmement, de démobilisation, de réinsertion et de rapatriement » et de « sécuriser les infrastructures publiques de base, notamment les ports, aéroports et autres infrastructures vitales »⁶⁷. On peut citer encore la MINUSTAH. Comme on l'a vu, la mention du chapitre VII se rapporte à la partie du mandat qui vise à assurer un climat sûr et stable en Haïti⁶⁸.

*La protection des civils en danger

Pour toutes les opérations de maintien de la paix des Nations Unies liées au chapitre VII, à l'exception des deux opérations assez spécifiques déployées au Timor oriental (ATNUTO et MANUTO), la tâche consistant à protéger les civils en danger est expressément mentionnée parmi celles pour lesquelles le Conseil de sécurité indique agir en vertu du chapitre VII⁶⁹.

⁶¹ On a l'exemple avec la MINUS, la MINUAD et la FINUL renforcée.

⁶² C'est le cas de la MINURCAT.

⁶³ Voir le par. 2 a) de la S/RES/1272 (1999) du 25 octobre 1999 : « assurer la sécurité et le maintien de l'ordre sur l'ensemble du territoire du Timor oriental ».

⁶⁴ Voir le par. 2 b) et c) de la S/RES/1410 (2002) du 17 mai 2002 : « assurer provisoirement le maintien de l'ordre et la sécurité publique », « contribuer au maintien de la sécurité extérieure et intérieure du Timor oriental ».

⁶⁵ Voir le par. 6 d), h) et j) de la S/RES/1528 (2004) du 27 février 2004.

⁶⁶ Voir le par. 5 de la S/RES/1545 (2004) du 21 mai 2004.

⁶⁷ Voir le par. 3 g) et i) de la S/RES/1509 (2003) du 19 septembre 2003.

⁶⁸ Voir la section I du par. 7 de la S/RES/1542 (2004) du 30 avril 2004.

⁶⁹ - Cas de la MINUSIL. Voir le par. 14 de la S/RES/1270 (1999) du 22 octobre 1999 : « la protection des civils immédiatement menacés de violences physiques, en tenant compte des responsabilités du Gouvernement sierra-léonais et de l'ECOMOG ». Voir aussi le par. 10 de la S/RES/1289 (2000) du 7 février 2000 qui élargit le mandat de la MINUSIL : « la protection des civils immédiatement menacés de violences physiques, en tenant compte des responsabilités du Gouvernement sierra-léonais ». L'ECOMOG n'est plus mentionné car il a terminé sa mission.

- Cas de la MINUL. Voir le par. 3 j) de la S/RES/1509 (2003) du 19 septembre 2003 : « défendre les civils contre la menace imminente de violence physique ».

- Cas de l'ONUCI. Voir le par. 6 i) de la S/RES/1528 (2004) du 27 février 2004 : « sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement de réconciliation nationale, protéger les civils en danger immédiat de violence physique ».

Alors que, comme on l'a vu, le chapitre VII est utilisé de façon très limitée pour les deux opérations déployées au Soudan, il est précisément mentionné pour la protection des civils.

L'accomplissement de cette protection des civils en danger est bien sûr demandée « dans la limite des capacités et des zones de déploiement » des unités de l'opération concernée. Il est également précisé que cette protection vise uniquement les civils « immédiatement menacés de violences physiques ». L'expression utilisée par le Conseil de sécurité diffère légèrement d'une résolution à une autre. Il est étonnant que pour la MINUAD, on trouve simplement la formule « protéger les civils ». Par ailleurs, il est parfois indiqué que cette protection des civils en danger s'exerce sans préjudice des responsabilités du gouvernement de l'Etat hôte. C'est le cas pour la MINUSIL, l'ONUCI, la MINUSTAH, l'ONUB, la MINUS, la MINUAD, la FINUL renforcée, mais ni pour la MINUL, ni la MONUC, ni la MINURCAT.

La protection des civils est même la première priorité pour la MONUC à partir de 2008. Il ressort clairement de la résolution 1856 du 22 décembre 2008 que le sort des civils de la République démocratique du Congo constitue la principale préoccupation du Conseil de sécurité. Dès le préambule, l'accent est mis sur les civils. Le Conseil condamne « les attaques ciblées contre la population civile, les violences sexuelles, le recrutement d'enfants soldats et les exécutions sommaires ». Il rappelle notamment ses résolutions 1674 (2006) sur la protection des civils en période de conflit armé et 1612 (2005) sur les enfants dans les conflits armés. Il rappelle aussi que l'augmentation temporaire des effectifs de la MONUC qu'il a autorisée par sa résolution 1843 (2008) vise notamment à permettre à la Mission de mieux contribuer à la protection des civils. Puis, au paragraphe 2, le Conseil de sécurité demande à la MONUC « d'attacher la plus haute priorité à la réponse à apporter à la crise des Kivus, en particulier en ce qui concerne la protection des civils ». Au paragraphe 3 dans lequel sont énumérées les différentes tâches confiées à la MONUC par ordre de priorité, la protection des civils est placée en premier. En outre, au paragraphe 6, le Conseil de sécurité « souligne que la protection des civils, prévue aux alinéas a) à e) du paragraphe 3, doit prendre la priorité sur tous les autres objectifs visés aux paragraphes 3 et 4 dans les décisions concernant l'affectation des capacités et des ressources disponibles ». Enfin, au paragraphe 14, il est indiqué que les opérations menées par les Forces armées de la République démocratique du Congo contre des groupes armés étrangers et congolais illégaux qui doivent être planifiées avec la MONUC « doivent s'accompagner de mesures appropriées visant à protéger les civils ».

Le fait que la protection des civils en danger apparaisse désormais dans les missions des opérations de maintien de la paix à l'égard desquelles le chapitre VII est utilisé est sans aucun doute

- Cas de la MINUSTAH. Voir le par. 7, section I, f) de la S/RES/1542 (2004) du 30 avril 2004 : « protéger les civils contre toute menace imminente de violence physique [...] sans préjudice des responsabilités confiées au Gouvernement de transition et aux autorités de police ».

- Cas de l'ONUB. Voir le par. 5 de la S/RES/1545 (2004) du 21 mai 2004 : « sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement burundais de transition, protéger les civils en danger immédiat de violence physique ».

- Cas de la MINUS. Voir le par. 16 i) de la S/RES/1590 (2005) du 24 mars 2005 : « sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement soudanais, protéger les civils sous menace imminente de violence physique ».

- Cas de la MINUAD. Voir le par. 15 ii) de la S/RES/1769 (2007) du 31 juillet 2007 : « protéger les civils, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement soudanais ».

- Cas de la FINUL renforcée. Voir le par. 12 de la S/RES/1701 (2006) du 11 août 2006 : « sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement libanais, à protéger les civils exposés à une menace imminente de violences physiques ».

- Cas de la MINURCAT. Voir le par. 7 a) i) de la S/RES/1861 (2009) du 14 janvier 2009 : « contribuer à la protection des civils en danger ».

- Cas de la MONUC. Voir le par. 8 de la S/RES/1291 (2000) du 24 février 2000 : « protéger les civils se trouvant sous la menace imminente de violences physiques ».

un enseignement tiré des expériences de la Bosnie-Herzégovine et du Rwanda, ce qui constitue une évolution satisfaisante.

*L'acheminement de l'aide humanitaire

L'acheminement de l'aide humanitaire fait la plupart du temps partie des missions confiées aux opérations de maintien de la paix. Sur les douze opérations liées au chapitre VII et déployées entre 1999 et 2009, seules deux opérations (la MANUTO et la MINUSTAH) ne comportent pas dans leur mandat une telle mission. On pourrait penser que celle-ci est systématiquement fondée sur le chapitre VII, car il s'agit de faciliter cet acheminement, ce qui consiste, et c'est parfois expressément mentionné, à aider à créer les conditions de sécurité nécessaires. Or, pour cinq opérations, cette tâche est fondée sur le chapitre VII (l'ATNUTO⁷⁰, la MINUL⁷¹, l'ONUCI⁷², l'ONUB⁷³ et la MINURCAT⁷⁴), mais pour quatre autres sur le chapitre VI (pour la MONUC⁷⁵, la MINUS⁷⁶, la MINUAD⁷⁷ et la FINUL renforcée⁷⁸). Le cas de la MINUSIL est intéressant, car le fondement de l'acheminement de l'aide humanitaire va changer, ce qui est révélateur. Alors que dans la résolution créant l'opération, celui-ci ne fait pas partie des tâches fondées sur le chapitre VII⁷⁹, il en est autrement dans une résolution ultérieure⁸⁰.

*Certaines particularités de la MONUC

Parmi les nombreuses tâches figurant dans leur mandat⁸¹, l'ONUCI et la MONUC se sont vu confier une mission relative au désarmement et la démobilisation de groupes armés qui est fondée sur le chapitre VII et pour laquelle le Conseil de sécurité a autorisé l'utilisation de tous les moyens nécessaires. Cependant, si l'on compare à quoi correspond cette tâche pour l'une et l'autre opération, il en ressort que ce qui est demandé à la MONUC va beaucoup plus loin.

Dans le cas de l'ONUCI, il s'agit pour l'essentiel :

- d'« aider le Gouvernement de réconciliation nationale à procéder au regroupement de toutes les forces ivoiriennes en présence, et aider à assurer la sécurité des sites de désarmement, de cantonnement et de démobilisation de ces dernières » ;
- d'« apporter son concours au Gouvernement de réconciliation nationale dans la mise en œuvre du programme national de désarmement, démobilisation et réinsertion des combattants » ;
- d'« aider le Premier Ministre du Gouvernement de réconciliation nationale à élaborer le plan d'action de désarmement et de démantèlement des milices visé à l'article 4 de l'Accord de Pretoria et à en surveiller la mise en œuvre » ;

⁷⁰ Voir le par. 2 d) de la S/RES/1272 (1999) du 25 octobre 1999.

⁷¹ Voir le par. 3 k) de la S/RES/1509 (2003) du 19 septembre 2003 : « faciliter l'acheminement de l'aide humanitaire, notamment en aidant à créer les conditions de sécurité nécessaires ».

⁷² Voir le par. 6 k) de la S/RES/1528 (2004) du 27 février 2004 : « faciliter la libre circulation des personnes et des biens et le libre acheminement de l'aide humanitaire, notamment en aidant à créer les conditions de sécurité nécessaires ».

⁷³ Voir le par. 5 de la S/RES/1545 (2004) du 21 mai 2004 : « contribuer à créer les conditions de sécurité nécessaires à l'acheminement de l'aide humanitaire ».

⁷⁴ Voir le par. 7 a) ii) de la S/RES/1861 (2009) du 14 janvier 2009 : « faciliter l'acheminement de l'aide humanitaire ».

⁷⁵ Voir le par. 7 g) de la S/RES/1291 (2000) du 24 février 2000.

⁷⁶ Voir le par. 4 b) de la S/RES/1590 (2005) du 24 mars 2005.

⁷⁷ Voir le par. 54 du Rapport du Secrétaire général et du Président de la Commission de l'Union africaine en date du 5 juin 2007 qui décrit, ainsi qu'au par. 55, le mandat confié à la MINUAD, S/2007/307/Rev. 1, 5 juin 2007, *op. cit.*

⁷⁸ Voir le par. 11 d) de la S/RES/1701 (2006) du 11 août 2006.

⁷⁹ Voir le par. 8 g) de la S/RES/1270 (1999) du 22 octobre 1999.

⁸⁰ Voir le par. 10 b) de la S/RES/1289 (2000) du 7 février 2000.

⁸¹ Cette tâche a été précisée au fil des résolutions.

- de « mettre en sûreté, neutraliser ou détruire la totalité des armes, munitions et autres matériels militaires » remis par les ex-combattants d'une part et par les milices d'autre part⁸².

En ce qui concerne la MONUC, cette mission consiste à apporter un appui aux opérations conduites par les Forces armées de la RDC (FARDC) pour désarmer des groupes armés locaux et étrangers, ce qui n'est pas sans poser problème.

La résolution 1565 du 1er octobre 2004 indique que la MONUC aura notamment pour mandat, en appui du Gouvernement d'unité nationale et de transition « d'appuyer les opérations de désarmement de combattants étrangers conduites par les Forces armées de la République démocratique du Congo, y compris en mettant en œuvre les mesures inventoriées au paragraphe 75, alinéas b), c), d) et e) du troisième rapport spécial du Secrétaire général »⁸³.

Les mesures sont les suivantes :

« b) Une présence militaire de la MONUC renforcée et pleinement déployée dans les Kivu, à l'appui des opérations des Forces armées de la République démocratique du Congo, jouerait un rôle plus actif et plus énergique dans le processus de désarmement, démobilisation, rapatriement, réinsertion ou réinstallation, notamment par le biais de mesures comme les opérations de bouclage et de perquisition, la proclamation de zones exemptes d'armes et des opérations visant à assurer le respect de l'embargo sur les armes, afin d'empêcher le réapprovisionnement des groupes armés étrangers de quelque source que ce soit ;

c) Une force militaire de la MONUC, disposant de ressources suffisantes, se positionnerait, en étroite coordination avec les Forces armées de la République démocratique du Congo, afin de décourager ou de prévenir les attaques lancées en représailles par des éléments étrangers contre la population civile congolaise ;

d) Des équipes de désarmement, démobilisation, rapatriement, réinsertion ou réinstallation de la MONUC seraient mises en place pour tirer avantage de la dispersion physique des unités des ex-FAR/Interahamwe à la suite de l'intensification des opérations menées contre eux par les Forces armées de la République démocratique du Congo. Si la sécurité et la logistique le permettaient, les équipes rassembleraient les déserteurs et les personnes à leur charge et faciliteraient leur désarmement et leur rapatriement volontaires. La MONUC développerait et intensifierait les programmes diffusés sur Radio Okapi et leur couverture afin d'appuyer ces opérations ;

e) Un appui énergétique serait fourni au Mécanisme de vérification conjoint, comprenant des représentants des Gouvernements de la République démocratique du Congo et du Rwanda, ainsi que du Burundi et de l'Ouganda, selon les besoins. Ces représentants aideraient à identifier et à localiser les groupes armés étrangers. »⁸⁴

La résolution 1756 du 15 mai 2007 comporte un long paragraphe intitulé « désarmement et démobilisation des groupes armés étrangers et congolais ». Il est demandé à la MONUC de :

⁸² Voir le par. 2 d), e), h), i), j) de la S/RES/1609 (2005) du 24 juin 2005.

⁸³ Par. 5 c) de la S/RES/1565 (2004) du 1^{er} octobre 2004.

⁸⁴ Par. 75 du Troisième Rapport spécial du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo, S/2004/650, 16 août 2004.

« k) Dissuader toute tentative de recours à la force qui menacerait le processus politique de la part de tout groupe armé, étranger ou congolais, en particulier dans l'est de la République démocratique du Congo, y compris en utilisant des tactiques d'encerclement et de recherche pour prévenir les attaques contre les civils et perturber les capacités militaires des groupes armés illégaux qui continuent à faire usage de la violence dans ces régions ;

i) Appuyer les opérations conduites par les brigades intégrées des FARDC déployées dans l'est de la République démocratique du Congo, y compris en mettant en œuvre les mesures inventoriées au paragraphe 75, alinéas b), c), d) et e) du troisième rapport spécial du Secrétaire général sur la MONUC (S/2004/650), en conformité avec les standards et normes internationalement reconnus dans le domaine des droits de l'homme et avec le droit international humanitaire, en vue de :

- Désarmer les groupes armés locaux récalcitrants en vue d'assurer leur participation au processus de désarmement, de démobilisation et de réinsertion et la libération des enfants associés à ces groupes armés ;

- Désarmer les groupes armés étrangers en vue de leur participation au processus de désarmement, de démobilisation, de rapatriement, de réinstallation et de réinsertion et la libération des enfants associés à ces groupes armés ;

- Empêcher la fourniture d'un appui aux groupes armés illégaux, y compris l'appui tiré d'activités économiques illicites. »⁸⁵

Or il ressort d'un rapport du Secrétaire général de novembre 2008 que les Nations Unies sont en particulier préoccupées par la possibilité pour la MONUC de mener à cet égard des actions de façon autonome :

« Les défaillances des FARDC et les problèmes rencontrés par la MONUC, sollicitée à l'excès alors qu'elle s'efforce de faire face à la reprise des hostilités dans les Kivus, ont suscité entre plusieurs parties prenantes un débat sur le mandat confié à la Mission au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Lors des entretiens qu'ils ont eus avec le Secrétaire général adjoint aux opérations de maintien de la paix, les représentants du Gouvernement ont demandé une révision du mandat de la MONUC pour permettre à la Mission de mener des opérations contre les groupes armés illégaux indépendamment des FARDC. »⁸⁶

Un mois après la parution de ce rapport, a été adoptée la résolution 1856 du 22 décembre 2008 qui reprend pour l'essentiel le paragraphe contenu dans la résolution 1756 de 2007 et précédemment exposé, mais avec certaines modifications⁸⁷ :

« f) Dissuader toute tentative de recours à la force [...] y compris en utilisant des tactiques d'encerclement et de fouille [à la place de recherche] et en engageant toutes actions nécessaires pour prévenir les attaques contre les civils et désorganiser les capacités militaires des groupes armés illégaux qui continuent à faire usage de la violence dans cette région ;

g) Coordonner ses opérations avec les brigades intégrées des FARDC déployées dans l'est de la République démocratique du Congo et appuyer les opérations menées par celles-ci et ayant fait l'objet d'une planification

⁸⁵ Voir le par. 2 de la S/RES/1756 (2007) du 15 mai 2007.

⁸⁶ Par. 44 du Quatrième Rapport du Secrétaire général sur la MONUC, S/2008/728, 21 novembre 2008.

⁸⁷ Les modifications sont indiquées en gras.

conjointe, dans le respect du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit des réfugiés [...] »⁸⁸

Il convient de se reporter aux débats qui ont suivi l'adoption de cette résolution pour comprendre la portée des changements qui ont été apportés en ce qui concerne l'autonomie d'action de la MONUC⁸⁹. Le représentant de la Belgique a souligné :

« [La MONUC] pourra dorénavant également agir au cas où des éléments incontrôlés des Forces armées de la République démocratique du Congo (FARDC) seraient à l'origine des exactions commises contre la population. Il reste que les moyens de la MONUC sont limités. Dès lors, elle ne pourra agir partout dans le temps. Mais là où elle est présente, là où elle peut être déployée à temps, elle devra agir.

Ensuite, la nouvelle résolution permet à la MONUC d'agir de façon plus autonome contre les groupes armés. Cela est important puisque les Forces de la République démocratique du Congo ne peuvent dans leur état actuel constituer l'unique socle de la stratégie contre les groupes armés. Une bonne coordination de ces actions avec les autorités et l'armée congolaises demeure toutefois indispensable. »

De même, le représentant du Royaume-Uni a indiqué que cette résolution donnait « une précision importante concernant la relation entre la MONUC et les forces de sécurité du Gouvernement, qui devrait permettre d'examiner certaines des questions auxquelles fait face la MONUC depuis les récents affrontements qui se sont produits dans l'est de la République démocratique du Congo ».

Cependant, au regard de ce qui s'est passé, il nous semble que le soutien apporté par les soldats de la MONUC à l'opération Kimia II, menée par les FARDC dans les deux Kivus contre les Forces démocratiques de libération du Rwanda (FDLR, des milices hutues rwandaises) est très problématique. En effet, cette opération aurait donné lieu à de très graves atteintes aux droits de l'homme. Il semblerait que depuis le début de l'opération Kimia II, plus de 1 000 civils auraient été tués, 7 000 femmes et filles auraient été violées, plus de 6 000 logements auraient été détruits par le feu dans les provinces orientales du Nord Kivu et du Sud Kivu et près de 900 000 personnes auraient été forcées d'abandonner leurs maisons. Or la MONUC a continué d'apporter son appui aux FARDC jusqu'à l'achèvement de l'opération Kimia II qui s'est terminée fin décembre. Elle a juste suspendu son soutien à la 213e brigade du fait que des preuves ont été apportées de son implication dans le massacre d'au moins 62 civils et a lancé avec les autorités militaires congolaises une enquête conjointe détaillée pour établir l'ensemble des faits⁹⁰.

Au cours de sa visite en RDC en novembre 2009, le Secrétaire général adjoint des Nations Unies aux opérations de maintien de la paix, Alain Le Roy, a été précisément interrogé sur le soutien apporté par la MONUC aux FARDC⁹¹. Le journaliste de Radio Okapi qui menait l'interview a indiqué à Alain Le Roy que son séjour en RDC coïncidait avec la publication d'un nouveau rapport de Human Rights Watch sur la multiplication des atrocités commises par les FARDC dans le cadre de l'opération Kimia II dans l'est de la RDC et que cette ONG demandait à la MONUC de suspendre son soutien aux

⁸⁸ Par. 3 de la S/RES/1856 (2008) du 22 décembre 2008.

⁸⁹ Voir le procès-verbal de la séance du Conseil de sécurité du 22 décembre 2008, S/PV.6055.

⁹⁰ Voir ce qu'a déclaré le Secrétaire général adjoint aux opérations de maintien de la paix, Alain Le Roy, à radiookapi.net, lors de sa visite en RDC en novembre 2009 :

[<http://www.radiookapi.net/index.php?i=53&l=0&c=0&a=25359&of=5&m=2&sc=0>].

⁹¹ Voir le site web précité.

FARDC, faute de quoi, elle risquait d'être impliquée dans de nouvelles atrocités. Il lui a demandé quel était son point de vue. Alain Le Roy a répondu :

« Je sais bien que c'est une question très complexe. Mais en même temps nous avons un mandat du Conseil de sécurité pour assister les FARDC afin de désarmer les groupes rebelles, en particulier les FDLR. Ça, c'est parfaitement clair ! Et tout récemment, le Conseil de sécurité nous a renouvelé son soutien dans cette action d'appui aux FARDC dans leur action militaire contre les FDLR. Mais, il y avait des limites très précises : il faut qu'il y ait planification conjointe. C'est le cas. Il faut aussi qu'aucune unité ne se livre à des violations des droits de l'Homme ou du droit humanitaire international. Mais évidemment c'est une question très compliquée. Nous avons l'impression que si nous supprimions tout soutien à l'opération Kimia II, ce ne sera pas au profit des civils. [...] »

Le journaliste a ensuite cité un extrait de ce rapport selon lequel « la volonté persistante de la MONUC d'apporter son soutien à des opérations militaires pendant lesquelles sont commises des exactions l'implique dans des violations des lois de la guerre » et a demandé à Alain Le Roy quelle était sa réponse. Celui-ci a déclaré :

« La question a été débattue récemment au Conseil de sécurité, le 16 octobre dernier. Le Conseil de sécurité a réaffirmé son soutien à la MONUC sur ce plan. Néanmoins, le Conseil de sécurité a précisé que lorsqu'il y a violation des droits de l'Homme, nous devons suspendre notre soutien. Nous avons suspendu notre soutien à la 213e brigade. Et nous discutons avec les autorités militaires pour que ceci ne se reproduise pas. Et je suis sûr que les autorités militaires aussi sont conscientes que cette situation inacceptable à Lukweti ne doit pas se reproduire. Sinon, la MONUC sera obligée de suspendre son soutien. »

Il ressort de cet échange qu'Alain Le Roy semble assez mal à l'aise par rapport à ce problème concernant le soutien apporté par la MONUC aux FARDC.

Quant au Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies en RDC et chef de la MONUC, Alan Dross, il a indiqué que la MONUC était confrontée à un dilemme du fait d'un mandat qui lui impose d'accorder la plus haute priorité à la protection des civils tout en travaillant avec les FARDC, dont certains éléments commettent de graves violations des droits de l'homme⁹². Si, selon lui, il n'y a pas de réponse facile à ce dilemme, il a souhaité des orientations claires de la part du Conseil de sécurité, notamment lorsque le mandat de la MONUC sera redéfini au printemps prochain.

Début janvier, une nouvelle opération d'envergure baptisée « Amani Leo » a été lancée dans l'est de la RDC par les FARDC contre les éléments récalcitrants des FDLR. Le Représentant spécial du Secrétaire général en RDC a présenté les grandes lignes de cette opération au Conseil de sécurité le 16 décembre dernier⁹³. Il a expliqué qu'une directive signée conjointement par le chef d'état-major des FARDC et le commandant de la force de la MONUC définissait les objectifs ainsi que les rôles et les responsabilités respectifs des FARDC et de la MONUC en ce qui concerne l'appui à cette

⁹² C'est ce qu'il a déclaré le 16 décembre 2009 devant le Conseil de sécurité. Voir le communiqué de presse du 16 décembre 2009 sur le site du Centre d'actualités de l'ONU :

[<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=20825&Cr=RDC&Cr1=>].

⁹³ Voir le communiqué de presse du 7 janvier 2010 sur le site de la MONUC : [<http://monuc.unmissions.org/Default.aspx?tabid=1167&ctl=Details&mid=1690&ItemID=7141>].

opération. Pour sa part, le Commandant de la Force de la MONUC, le Lt. Général Babacar Gaye, a souligné l'importance de la coopération entre les FARDC et la MONUC dans le processus de planification d'Amani Leo : « Une planification conjointe est importante pour dresser une cartographie des zones à risque et organiser le déploiement le plus efficace de nos forces ». Il a précisé que la protection des civils était au centre de la planification.

A la demande des FARDC, la MONUC fournira des rations et autres appuis essentiels aux unités des FARDC qui mènent des opérations de protection et de prévention, à condition que ces opérations soient planifiées conjointement et qu'elles se fassent dans le respect des droits de l'homme, du droit humanitaire international et des droits des réfugiés, tel que requis par la résolution 1906 (2009) du Conseil de Sécurité. Les commandements militaires des FARDC et de la MONUC ont décidé de mettre en place plusieurs mesures telles que le déploiement de la police militaire au niveau des bataillons pour prévenir et sanctionner les violations des droits de l'homme, du droit humanitaire international et des droits des réfugiés par leurs propres forces. En outre, il est prévu la sensibilisation des chefs militaires et des soldats sur la discipline et leurs obligations morales ainsi que les responsabilités de la hiérarchie militaire. Les procédures ont été mises en place pour l'approbation et l'exécution du soutien tactique de la MONUC, y compris l'appui feu pour des opérations conjointement planifiées. La directive opérationnelle d'Amani Leo prévoit également l'identification des bataillons des FARDC qui bénéficieront d'un nouveau programme de formation.

Cependant, il nous semble que ce n'est pas la vocation d'une opération de maintien de la paix d'appuyer des opérations militaires menées par l'Etat hôte. Cela écarterait en outre le risque qu'elle soit impliquée malgré elle dans les éventuels dérapages commis par les forces armées de cet Etat.

C. Une utilisation du chapitre VII combinée avec le consentement de l'Etat hôte

Comme on l'a vu, si le Conseil de sécurité utilise de façon presque systématique le chapitre VII, la référence à ce chapitre concerne le plus souvent le seul mandat. En effet, sur les treize opérations déployées ces dix dernières années, neuf sont créées en vertu du chapitre VI⁹⁴. On note ainsi une nette préférence du Conseil pour ce fondement en ce qui concerne la création d'une opération de maintien de la paix qui est d'ailleurs le fondement traditionnel. Qu'implique un tel fondement ? Si une opération de maintien de la paix est fondée sur le chapitre VI, son déploiement ne peut s'opérer sans le consentement de l'Etat hôte, voire des parties principales au conflit. On peut trouver mention de ce consentement dans la résolution créant l'opération.

C'est le cas pour la MINUS. Dans le préambule de la résolution créant cette opération, le Conseil de sécurité note « que les parties à l'Accord de paix global ont demandé que soit créée une mission de soutien à la paix »⁹⁵.

On peut aussi citer l'exemple de la MINURCAT. Dans une résolution de septembre 2008, le Conseil de sécurité « exprime son intention d'autoriser le déploiement d'une composante militaire des Nations Unies qui succédera à l'EUFOR Tchad/RCA, tant au Tchad qu'en République centrafricaine [...] en consultation avec les gouvernements de ces pays »⁹⁶.

⁹⁴ Par ordre chronologique : MINUSIL, MONUC, MINUEE, MANUTO, MINUSTAH, MINUS, FINUL renforcée, MINUAD, MINURCAT.

⁹⁵ S/RES/1590 (2005) du 24 mars 2005.

⁹⁶ Voir le par. 4 de la S/RES/1834 (2008) du 24 septembre 2008.

Dans la résolution suivante, il salue « la lettre du Président du Tchad en date du 6 janvier 2009 et la lettre du Président de la République centrafricaine en date du 5 décembre 2008 concernant le déploiement dans les deux pays d'une composante militaire de la MINURCAT »⁹⁷.

Cependant, même pour les opérations dont la création est fondée sur le chapitre VII, le Conseil de sécurité préfère les déployer avec le consentement de l'Etat sur le territoire duquel elles se dérouleront. Ainsi pour les quatre opérations déployées entre 1999 et 2009 et créées sur le fondement du chapitre VII, on a une base consensuelle.

Pour la MINUL, c'est dans l'Accord de paix global signé le 18 août 2003 à Accra au Ghana par le Gouvernement libérien et les dirigeants des groupes rebelles que ceux-ci ont demandé à l'ONU de déployer une force au Libéria, en vertu du chapitre VII de la Charte, pour appuyer le Gouvernement transitoire national du Libéria et faciliter l'application de l'accord. D'autres opérations de maintien de la paix ont été prévues dans l'accord de paix ou de cessez-le-feu qui précède leur déploiement, mais leur création est fondée sur le chapitre VI⁹⁸.

S'agissant de l'ONUCI, on trouve indiqué dans le préambule de la résolution créant cette opération : « Prenant note du message que lui a adressé le Président de la République de Côte d'Ivoire le 10 novembre 2003, tendant à ce que la Mission des Nations Unies en Côte d'Ivoire (MINUCI) soit transformée en opération de maintien de la paix »⁹⁹.

En outre, on peut lire dans l'un des rapports du Secrétaire général sur la Côte d'Ivoire¹⁰⁰ que « le Président de la Côte d'Ivoire, Laurent Gbagbo, dans une lettre datée du 12 novembre 2003 (S/2003/1081, annexe), adressée au Président du Conseil de sécurité, a proposé le renforcement du mandat de la Mission et le déploiement d'une force de maintien de la paix des Nations Unies »¹⁰¹. Il est aussi mentionné que « face à la situation que connaît la force de l'ECOMICI, toutes les parties ivoiriennes ont demandé que soit déployée une force de maintien de la paix des Nations Unies qui comprendrait des éléments de la CEDEAO » et que « toutes les parties étaient d'avis que l'opération de maintien de la paix des Nations Unies proposée devrait être multidisciplinaire, avec d'importantes composantes militaire, police et civils, y compris une forte participation au processus électoral »¹⁰².

En ce qui concerne l'ONUB, il est indiqué dans le préambule de la résolution créant cette opération :

« Prenant note des déclarations faites devant le Conseil par le Président de la République burundaise, le 22 septembre 2003, et par le Vice-Président de la République sud-africaine, M. Jacob Zuma, le 4 décembre 2003, en faveur de la transformation de la MIAB en opération de maintien de la paix des Nations Unies, et prenant également note à cet égard de la lettre adressée par le Ministre burundais des relations extérieures et de la coopération, M. Thérence Sinunguruza, au Président du Conseil de sécurité, le 15 mars 2004 (S/2004/208), ainsi que la lettre datée du 17 mars 2004,

⁹⁷ Voir le préambule de la S/RES/1861 (2009) du 14 janvier 2009.

⁹⁸ C'est le cas pour la MINUSIL et la MONUC. L'Accord de paix de Lomé prévoit en son article XVI une force neutre de maintien de la paix qui deviendra la MINUSIL. Quant à la MONUC, elle est prévue par l'Accord signé le 10 juillet 1999 à Lusaka par les chefs d'Etat de la République démocratique du Congo, de la Namibie, du Rwanda, de l'Ouganda et du Zimbabwe et le Ministre de la défense de l'Angola en vue de la cessation des hostilités entre toutes les forces belligérantes en République démocratique du Congo.

⁹⁹ S/RES/1528 (2004) du 27 février 2004.

¹⁰⁰ Rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies en Côte d'Ivoire présenté en application de la résolution 1514 (2003) du Conseil de sécurité en date du 13 novembre 2003, S/2004/3, 6 janvier 2004.

¹⁰¹ Par. 2, *ibid.*

¹⁰² Par. 51, *ibid.*

adressée par le Président de la Commission de l'Union africaine, M. Alpha Omar Konaré, au Secrétaire général »¹⁰³.

Il ressort encore du préambule que le Conseil de sécurité tient à ce que toutes les parties au conflit coopèrent et consentent au déploiement de l'opération de maintien de la paix : « insistant sur l'importance qui s'attache à ce que le Palipehutu-FNL de M. Agathon Rwasa, dernier mouvement armé à ne pas l'avoir fait, adhère au processus de paix de l'Accord d'Arusha ».

Quant à l'ATNUTO, le Timor oriental n'était alors pas indépendant, mais les deux pays concernés, l'Indonésie et le Portugal¹⁰⁴, ont consenti au déploiement de cette opération.

Par conséquent, les opérations de maintien de la paix des Nations Unies déployées entre 1999 et 2009 l'ont été avec le consentement de l'Etat hôte même lorsque le Conseil de sécurité a agi en vertu du chapitre VII pour créer une telle opération. Il convient en outre de relever que cela ne se limite pas à cette base consensuelle car un grand nombre de missions confiées aux opérations de maintien de la paix consiste à aider cet Etat hôte.

On peut citer l'exemple de la MINUSTAH qui doit notamment :

« a) Pourvoir, à titre d'appui au Gouvernement de transition, à la sécurité et à la stabilité propices au bon déroulement du processus constitutionnel et politique en Haïti ;

b) Aider le Gouvernement de transition à surveiller, restructurer et réformer la Police nationale haïtienne, conformément aux normes d'une police démocratique, notamment en vérifiant les antécédents de ses membres et en agréant son personnel, en donnant des conseils sur les questions de réorganisation et de formation, y compris la sensibilisation à la situation des femmes, et en pourvoyant à la surveillance et à l'encadrement des policiers ;

c) Aider le Gouvernement de transition, en particulier la Police nationale haïtienne, à mettre en œuvre des programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion complets et durables à l'intention de tous les groupes armés, y compris les femmes et les enfants associés à ces groupes, ainsi que des mesures de maîtrise des armes et de sécurité publique ;

d) Aider au rétablissement et au maintien de l'état de droit, de la sécurité publique et de l'ordre public en Haïti, notamment en apportant un appui opérationnel à la Police nationale haïtienne et aux gardes-côtes haïtiens, et en les renforçant sur le plan institutionnel, notamment en remettant sur pied le système pénitentiaire. »¹⁰⁵

On l'a vu aussi pour la MONUC dont une partie de son mandat consiste à appuyer le Gouvernement d'unité nationale et de transition¹⁰⁶.

Il ressort de la pratique des dix dernières années que si le Conseil de sécurité se sert du chapitre VII pour les opérations de maintien de la paix des Nations Unies, il n'utilise pas ce fondement en vue d'imposer la paix.

L'ONU a de ce point de vue tiré les leçons de ses échecs passés. Elle ne mène plus directement d'opérations d'imposition de la paix. Quand elle juge qu'une situation l'exige, elle recourt à une force

¹⁰³ S/RES/1545 (2004) du 21 mai 2004.

¹⁰⁴ Colonie portugaise jusqu'en 1975, le Timor est ensuite annexé par l'Indonésie qui en fait la 27^e province indonésienne.

¹⁰⁵ Voir la section I du par. 7 de la S/RES/1542 (2004) du 30 avril 2004.

¹⁰⁶ Voir par exemple le par. 5 de la S/RES/1565 (2004) du 1^{er} octobre 2004.

multinationale dont la création est autorisée par le Conseil de sécurité et dont le mandat est défini par lui, mais cette force a son propre commandement.

C'est ce qu'explique le Secrétaire général des Nations Unies dans un rapport de 2003 :

« Il existe en effet des cas où il faut d'abord rétablir la paix et stabiliser la situation avant de pouvoir déployer une mission de maintien de la paix. Les 'Casques bleus' ne sont pas un instrument adapté à ce genre de cas. C'est pourquoi j'ai plaidé contre leur déploiement et pour le déploiement de forces multinationales placées sous le contrôle de nations chefs de file en Afghanistan, en Côte d'Ivoire, à Bunia en République démocratique du Congo et [...] au Libéria.

Une fois que la situation a été stabilisée, une mission de maintien de la paix 'robuste' peut logiquement prendre la succession, à condition que des Etats Membres disposant des moyens nécessaires acceptent de mettre leurs troupes à la disposition de l'Organisation. »¹⁰⁷

Il se demandait si le dispositif retenu en 1999 au Timor Leste (l'ancien Timor oriental) ne pourrait pas servir de modèle pour l'avenir. Pour lui, « le fait que les principaux éléments de la Force internationale au Timor oriental (INTERFET) menés par l'Australie soient demeurés sur place et rebaptisés 'Casques bleus' a permis de passer en douceur à une force des Nations Unies robuste et crédible »¹⁰⁸. Il s'agit de l'ATNUTO qui, comme on l'a vu, a été créée par une résolution fondée sur le chapitre VII et autorisée « à prendre toutes les mesures nécessaires pour s'acquitter de son mandat »¹⁰⁹. Toutefois, l'ATNUTO est un type d'opération de maintien de la paix très particulier, car elle prend en charge l'administration d'un territoire.

Cependant, on a l'exemple d'une opération de maintien de la paix robuste reprenant la succession d'une force multinationale qui relevait du chapitre VII avec la MINURCAT dans sa deuxième version. En 2009, une composante militaire a été ajoutée à la composante civile de la MINURCAT afin qu'elle puisse reprendre le volet militaire jusque-là confié à l'opération de l'Union européenne EUFOR Tchad/RCA¹¹⁰. Si l'intégralité du mandat de la MINURCAT n'est pas établie en vertu du chapitre VII, on retrouve dans la partie fondée sur ce chapitre l'ancien mandat de l'EUFOR¹¹¹.

Il convient toutefois de souligner qu'il y a encore des tentations visant à imposer la paix par le biais d'opérations de maintien de la paix des Nations Unies.

Etant donné la dégradation de la situation en Sierra Leone, lors de la séance du Conseil de sécurité tenue le 11 mai 2000, de nombreux Etats membres ont recommandé de « doter la MINUSIL d'un mandat clairement défini visant à imposer la paix, conformément au Chapitre VII de la Charte »¹¹². Le Secrétaire général a fait savoir qu'il n'était pas « en principe opposé à l'adoption d'un tel mandat tant que l'ONU pourra obtenir, auprès des Etats Membres qui en ont la capacité, les ressources nécessaires pour exécuter les tâches qu'un tel mandat implique ».

On peut également lire dans un rapport du Secrétaire général sur la MONUC que « l'établissement du mandat de maintien de la paix de la MONUC, en vertu du Chapitre VII de la

¹⁰⁷ Par. 35 et 36 du Rapport du Secrétaire général « Application de la Déclaration du Millénaire adoptée par l'Organisation des Nations Unies », A/58/323, 2 septembre 2003.

¹⁰⁸ Par. 36, *ibid.*

¹⁰⁹ Voir la S/RES/1272 (1999) du 25 octobre 1999.

¹¹⁰ S/RES/1861 (2009) du 14 janvier 2009.

¹¹¹ Voir le a) du par. 7 de la S/RES/1861 (2009) du 14 janvier 2009.

¹¹² Par. 100 du Quatrième Rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies en Sierra Leone, S/2000/455, 19 mai 2000, *op. cit.*

Charte des Nations Unies, a fait espérer que la Mission imposerait la paix dans l'ensemble du pays »¹¹³. Cependant, il indique juste après : « Il existe toutefois un écart important entre ces attentes et la capacité de la Mission à y répondre ».

Le fait que le Conseil de sécurité ne déploie plus d'opérations sous commandement direct de l'ONU pour imposer la paix et qu'il tienne au consentement de l'Etat hôte présente incontestablement des avantages pour les opérations de maintien de la paix des Nations Unies. Il s'agit ainsi de faciliter leur bon déroulement.

Pendant, la recherche de ce consentement a aussi ses revers. C'est ce qui ressort d'une déclaration du Secrétaire général adjoint aux opérations de maintien de la paix, Alain Le Roy. Lorsqu'il s'est exprimé en octobre 2008 devant la Quatrième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, la Commission chargée des questions politiques spéciales et de la décolonisation, qui a entamé une étude d'ensemble de toute la question des opérations de maintien de la paix, il a demandé qu'il soit possible de trouver une solution au problème posé par les pays hôtes dont le consentement en faveur du déploiement d'une opération de maintien de la paix peut varier dans le temps, comme cela a été constaté dans un certain nombre de cas.

D. Des exemples illustrant une utilisation du chapitre VII qui peut sembler inadéquate

Certains exemples illustrent une utilisation du chapitre VII par le Conseil de sécurité qui peut sembler inadéquate.

1. Exemples d'une utilisation insuffisante du chapitre VII

Les exemples de la MINUSIL, de la MONUC et de la MINUS montrent qu'une utilisation limitée du chapitre VII dans la résolution créant l'opération peut très vite se révéler insuffisante pour faire face à la dégradation de la situation sécuritaire.

* L'exemple de la MINUSIL

La MINUSIL a été créée en octobre 1999 par une résolution adoptée en vertu du chapitre VI¹¹⁴. Son mandat initial n'était pas fondé sur le chapitre VII. Certes, on trouve dans la résolution créant l'opération une mention du chapitre VII : le Conseil de sécurité « agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, décide que dans l'accomplissement de son mandat, la MINUSIL pourra prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la liberté de circulation de son personnel et, à l'intérieur de ses zones d'opérations et en fonction de ses moyens, la protection des civils immédiatement menacés de violences physiques, en tenant compte des responsabilités du Gouvernement sierra-léonais et de l'ECOMOG »¹¹⁵. Par la suite, le mandat de la MINUSIL a été élargi¹¹⁶ et l'utilisation du chapitre VII a été renforcée, notamment pour faire face à la reprise des hostilités par les rebelles. La résolution adoptée le 7 février 2000 comporte cette fois mention du chapitre VII pour les tâches supplémentaires confiées à la MINUSIL et ajoute une phrase à la

¹¹³ Voir le par. 59 du Troisième Rapport spécial du Secrétaire général sur la MONUC, S/2004/650, 16 août 2004, *op. cit.* L'italique est de nous.

¹¹⁴ S/RES/1270 (1999) du 22 octobre 1999.

¹¹⁵ Par. 14 de la S/RES/1270 (1999) précitée.

¹¹⁶ S/RES/1289 (2000) du 7 février 2000, S/RES/1313 (2000) du 4 août 2000, S/RES/1389 (2002) du 16 janvier 2002.

disposition concernant l'autorisation de prendre des mesures nécessaires : « autorise la MINUSIL à prendre les dispositions voulues pour s'acquitter des tâches supplémentaires »¹¹⁷.

Il ressort d'un rapport du Secrétaire général que, sur la base du mandat figurant dans la résolution du 7 février 2000, les opérations de la MINUSIL étaient régies par des règles d'engagement robustes permettant « à la Mission d'employer la force, y compris la force meurtrière, en cas de légitime défense face à tout acte ou intention hostile »¹¹⁸.

Il est à noter que les effectifs de la composante militaire de la MINUSIL sont passés de 6 000 hommes en 1999 à 17 500 en 2001¹¹⁹.

La situation vécue sur le terrain par la MINUSIL a été très difficile. Plusieurs centaines de soldats de la MINUSIL ont été pris en otage en mai 2000 par les rebelles, des membres du Front uni révolutionnaire (RUF), ce qui n'est pas sans rappeler ce qui s'était passé en Bosnie.

Il est intéressant de noter la remarque suivante du Secrétaire général :

« L'évolution récente de la situation a très clairement montré que l'ONU se devra de tirer les enseignements de son expérience en Sierra Leone. La force, qui était conçue, équipée et déployée pour assurer le maintien de la paix, a rapidement été contrainte à engager le combat avec l'une des parties qui s'étaient engagées à coopérer avec elle »¹²⁰.

Il n'est pas sûr que la leçon ait été retenue comme le montre l'exemple de la MINUS, opération qui a pourtant été créée en 2005.

*L'exemple de la MONUC

La résolution qui transforme la MONUC en véritable opération de maintien de la paix ne fonde pas le mandat de celle-ci sur le chapitre VII¹²¹. Elle comporte toutefois une disposition similaire à celle figurant dans la résolution créant la MINUSIL, disposition fondée sur le chapitre VII et qui concerne l'autorisation de prendre les mesures nécessaires¹²². Il ressort du procès-verbal de la séance du Conseil de sécurité au cours de laquelle a été adoptée cette résolution que ses membres ne semblaient pas vouloir d'un mandat fondé sur le chapitre VII :

« [...] la Fédération de Russie met l'accent sur l'accord général auquel est parvenu le Conseil de sécurité et selon lequel la MONUC ne prendra pas de mesures pour obliger les parties à accepter la paix, ni pour imposer le désarmement des groupes armés irréguliers dans le territoire de la République démocratique du Congo, pas plus à l'étape actuelle des opérations qu'à l'avenir. »¹²³

¹¹⁷ Par. 10 de la S/RES/1289 (2000) du 7 février 2000. On retrouve une disposition similaire au par. 2 de la S/RES/1398 (2002) du 16 janvier 2002, par. fondé sur le chapitre VII.

¹¹⁸ Par. 89 du Quatrième Rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies en Sierra Leone, S/2000/455, 19 mai 2000, *op. cit.*

¹¹⁹ Avec la S/RES/1289 (2000) du 7 février 2000, le chiffre maximum passe à 11 000 et avec la S/RES/1346 (2002) du 16 janvier 2002 à 17 500.

¹²⁰ Par. 105 du Quatrième Rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies en Sierra Leone, S/2000/455, 19 mai 2000, *op. cit.*

¹²¹ S/RES/1291 (2000) du 24 février 2000.

¹²² Par. 8 de la S/RES/1291 (2000) précitée.

¹²³ Voir le procès-verbal de la 4104^e séance du Conseil de sécurité en date du 24 février 2000, S/PV.4104.

Cependant, la situation sur le terrain va amener l'ONU à autoriser le déploiement d'une force multinationale intérimaire d'urgence à Bunia en attendant que la présence de la MONUC soit renforcée¹²⁴.

La résolution 1493 du 28 juillet 2003 est prise cette fois sur le fondement du chapitre VII et elle apporte des changements quant à l'autorisation de prendre les mesures nécessaires. Celle-ci vaut également pour « contribuer à l'amélioration des conditions de sécurité dans lesquelles est apportée l'aide humanitaire »¹²⁵. En outre, la MONUC est autorisée « à utiliser tous les moyens nécessaires » pour s'acquitter cette fois de l'intégralité de son mandat, mais dans une zone géographique limitée : « dans le district de l'Ituri et, pour autant qu'elle l'estime dans la limite de ses capacités, dans le Nord et le Sud-Kivu »¹²⁶.

La résolution 1565 du 1er octobre 2004, elle aussi fondée sur le chapitre VII, modifie profondément le mandat confié à la MONUC qui se voit confier toute une série de nouvelles responsabilités¹²⁷. Ce qui change également, c'est que la MONUC est autorisée à prendre les mesures nécessaires pour exécuter pratiquement l'essentiel de son mandat. Ce renforcement a été confirmé dans des résolutions adoptées ultérieurement, notamment la résolution 1856 du 22 décembre 2008, qui sont prises en vertu du chapitre VII et qui permettent à la MONUC de prendre les mesures nécessaires pour accomplir un grand nombre de ses missions¹²⁸.

Ainsi, on est passé d'une utilisation limitée à une utilisation considérablement renforcée. On peut mettre en parallèle comme pour la MINUS l'augmentation très importante des effectifs qui est intervenue au fil des résolutions¹²⁹. Lorsque la MONUC est devenue une véritable opération de maintien de la paix, ses effectifs étaient fixés à 5 537 militaires¹³⁰. En 2003, ils sont passés à 10 800¹³¹. En 2007, ils étaient 17 030¹³² et, à partir de 2008, 19 815¹³³.

*L'exemple de la MINUS

Comme pour la MINUSIL, la MINUS a été créée par une résolution adoptée en vertu du chapitre VI¹³⁴, le mandat initial n'est pas établi sur le fondement du chapitre VII, mais on trouve une disposition similaire fondée sur le chapitre VII concernant l'autorisation de prendre les mesures nécessaires¹³⁵. Or, d'après la description de la situation faite par le Secrétaire général avant

¹²⁴ S/RES/1484 (2003) du 30 mai 2003 fondée sur le chapitre VII. Cette opération baptisée « Artémis » a été menée par l'Union européenne et placée sous commandement français.

¹²⁵ Par. 25 de la S/RES/1493 (2003) du 28 juillet 2003.

¹²⁶ Par. 26 de la S/RES/1493 (2003) précitée.

¹²⁷ Voir les par. 4, 5 et 7 de la S/RES/1565 (2004) du 1^{er} octobre 2004.

¹²⁸ Voir le par. 4 de la S/RES/1756 (2007) du 15 mai 2007. Voir le par. 5 de la S/RES/1856 (2008) du 22 décembre 2008. Il est à noter que la S/RES/1797 (2008) du 30 janvier 2008 n'est pas fondée sur le chapitre VII, ce qui peut s'expliquer par l'objet de la résolution. Le Conseil de sécurité autorise la MONUC à fournir une assistance aux autorités congolaises en vue de l'organisation, de la préparation et de la tenue des élections locales (voir le par. 1).

¹²⁹ Six résolutions.

¹³⁰ Voir la S/RES/1291 (2000) du 24 février 2000.

¹³¹ Voir la S/RES/1493 (2003) du 28 juillet 2003.

¹³² Voir la S/RES/1756 (2007) du 15 mai 2007.

¹³³ Voir la S/RES/1856 (2008) du 22 décembre 2008.

¹³⁴ S/RES/1590 (2005) du 24 mars 2005.

¹³⁵ Par. 16 de la S/RES/1590 (2005) précitée : « *Agissant* en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, i) *Décide* que la MINUS est autorisée à intervenir dans les secteurs où ses forces seront déployées et dans la mesure où elle jugera que ses moyens le lui permettent pour protéger le personnel, les locaux, les installations et matériels des Nations Unies, assurer la sécurité et la libre circulation du personnel des Nations Unies, des agents humanitaires, du personnel du mécanisme commun d'évaluation et de la commission du bilan et de l'évaluation, et, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement soudanais, protéger les civils sous la menace imminente de violence physique ».

l'adoption de la résolution¹³⁶, la nécessité du chapitre VII semblait dès le départ évidente, mais un tel fondement doit faire l'unanimité parmi les membres permanents du Conseil de sécurité. Aussi le Secrétaire général indiquait-il notamment :

« L'Organisation des Nations Unies et ses partenaires internationaux doivent s'attendre à se heurter à des difficultés considérables lorsqu'ils aideront les parties à appliquer l'accord de paix. Le Soudan s'est avéré, par endroits, un milieu opérationnel dangereux, et il se peut qu'à certains moments, au cours des périodes de prétransition et de transition, les effets initialement déstabilisateurs de l'application de l'accord de paix entraînent des risques accrus en matière de sécurité. [...] la violence risque de reprendre du fait de la menace que posent les groupes armés ou milices mécontents et marginalisés qui refusent de s'intégrer à l'une ou l'autre des deux principales parties. L'accord de paix ne donne aucun détail sur le processus de réconciliation de ces groupes armés et milices avec le Gouvernement soudanais ou le SPLM/A. »¹³⁷

Selon lui, on pouvait « aussi prévoir des risques considérables que des groupes non parties à l'Accord de paix global cherchent à perturber par la violence l'application de l'Accord de cessez-le-feu ; en outre, des éléments criminels peuvent chercher à s'attaquer aux organismes des Nations Unies à des fins de vols ou d'autres activités déstabilisantes »¹³⁸.

Le mandat de la MINUS a été élargi et étendu à tout le Darfour par une résolution de 2006¹³⁹. Ce texte n'est pas pris sur la base du chapitre VII, mais la disposition concernant l'autorisation de prendre des mesures nécessaires qui, elle, est fondée sur le chapitre VII, est profondément modifiée afin d'étendre le champ de l'action coercitive de la MINUS¹⁴⁰. Cependant, cela s'est révélé très insuffisant. Le 18 août 2008, le Représentant spécial pour le Soudan a déclaré au Conseil de sécurité qu'une discussion urgente¹⁴¹ était nécessaire sur la question essentielle de l'inclusion du chapitre VII dans le mandat de la Mission¹⁴². Il a expliqué que la MINUS, établie en vertu du chapitre VI, n'avait pas de capacités robustes d'intervention. Or depuis rien n'a changé. Dans la résolution adoptée le 30

Ce par. 16 i) a déjà été mentionné dans le corps du texte, mais il est cité ici en note de bas de page pour permettre une comparaison avec le par. 12 de la S/RES/1706 (2006) du 31 août 2006. Voir ci-après la note 140.

¹³⁶ Rapport du Secrétaire général sur le Soudan, S/2005/57, 31 janvier 2005.

¹³⁷ Par. 22, *ibid.*

¹³⁸ Par. 36, *ibid.*

¹³⁹ Par la S/RES/1706 (2006) du 31 août 2006.

¹⁴⁰ Par. 12 de la S/RES/1706 (2006) précitée : « *Agissant* en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies :

a) *Décide* d'autoriser la MINUS à intervenir par tous les moyens nécessaires, dans les secteurs où ses forces seront déployées et dans la mesure où elle jugera que ses capacités le lui permettent :

- Pour protéger le personnel, les locaux, installations et matériels des Nations Unies, assurer la sécurité et la libre circulation du personnel des Nations Unies, des travailleurs humanitaires, du personnel du mécanisme commun d'évaluation et de la commission du bilan et de l'évaluation, **empêcher toute perturbation de la mise en œuvre de l'Accord de paix au Darfour par des groupes armés** et, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement soudanais, protéger les civils sous menace imminente de violence physique ;

- Afin d'appuyer la mise en œuvre rapide et effective de l'Accord de paix au Darfour, pour prévenir les attaques et les menaces contre les civils ;

- Pour saisir ou recueillir, selon qu'il conviendra, les armes et matériels connexes dont la présence au Darfour constitue une violation des accords et des mesures imposées par les paragraphes 7 et 8 de la résolution 1556 (2004), et disposer de ces armes et matériels à la manière dont elle jugera appropriée. »

Les modifications sont indiquées en gras.

¹⁴¹ Pour le Représentant spécial pour le Soudan, cette urgence est soulignée par les événements d'Abyei de mai 2008. Les combats ayant opposé les Forces armées soudanaises à l'Armée populaire de libération du Soudan (SPLA) avaient fait 89 morts et entraîné le déplacement de plus de 50 000 civils, la destruction de la grande partie de la ville d'Abyei et l'évacuation du personnel civil de l'ONU et des organisations non gouvernementales (ONG) de la région.

¹⁴² Communiqué de presse des Nations Unies, CS/9424, sur le site web : [<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2008/CS9424.doc.htm>].

avril 2009 et toujours fondée sur le chapitre VI, le Conseil de sécurité « prie la Mission d'utiliser pleinement son mandat et ses capacités actuels pour assurer la sécurité de la population civile, des acteurs des secteurs humanitaire et du développement et du personnel de l'ONU face à la menace imminente de la violence, conformément à la résolution 1590 (2005), souligne que son mandat inclut la protection des réfugiés, des déplacés et des rapatriés, et insiste en particulier sur le fait qu'il faut que la Mission fasse tout ce que lui permettent son mandat et ses capacités, concernant les activités des milices et des groupes armés, tels que l'Armée de résistance du Seigneur, conformément à la résolution 1663 (2006) »¹⁴³. Alors que la MINUS a une importante mission de protection de personnes, qu'il est question de la menace imminente de la violence et qu'il lui faut affronter des milices et des groupes armés, la résolution est fondée sur le chapitre VI.

2. Exemple d'une utilisation excessive du chapitre VII

L'ONUCI est un cas où le chapitre VII peut sembler avoir été utilisé de façon excessive. Le mandat initial qui couvre de nombreux domaines est fondé sur le chapitre VII et l'ONUCI est autorisée à utiliser tous les moyens nécessaires pour s'en acquitter¹⁴⁴. Or si l'on examine ce mandat¹⁴⁵, à côté des volets pour lesquels le chapitre VII apparaît justifié (observation du cessez-le-feu et des mouvements de groupes armés, désarmement, démobilisation et réinsertion des anciens combattants, protection du personnel des Nations Unies, des institutions et des civils, appui aux opérations humanitaires), il y en a d'autres comme l'assistance dans le domaine des droits de l'homme ou l'information pour lesquels un tel fondement ne paraît pas indispensable.

Il est intéressant de comparer le mandat de l'ONUCI avec le mandat de l'ONUB. Alors même que la résolution créant l'ONUB est fondée sur le chapitre VII, cette opération est autorisée à utiliser tous les moyens nécessaires uniquement pour s'acquitter du volet relatif à la sécurité¹⁴⁶, mais pas pour le volet concernant le conseil et l'assistance au Gouvernement et aux autorités de transition, ni pour le volet sur la coopération entre l'ONUB, le Gouvernement de transition et les partenaires internationaux¹⁴⁷. Pour l'ONUB, l'autorisation de prendre les mesures nécessaires est fonction de l'objet des missions, ce qui semble plus approprié.

PARTIE III : UNE ORIENTATION DE LA PRATIQUE QUI VA DANS LE SENS DE LA POSITION FRANÇAISE

Depuis la Bosnie, la France est favorable à un mandat robuste pour la participation de ses troupes à des opérations sous mandat de l'ONU. Elle souhaite donc un fondement des opérations sur le chapitre VII. Si la France a accepté de participer à la FINUL telle qu'elle a été modifiée en 2006, c'est parce que, bien que la résolution soit prise en vertu du chapitre VI, les règles d'engagement prévues sont des ROE correspondant à une action fondée sur le chapitre VII.

C'est ce qui ressort très clairement de l'intervention du général d'armée Jean-Louis Georgelin devant la Commission de défense de l'Assemblée nationale en 2008 :

¹⁴³ Par. 14 de la S/RES/1870 (2009) du 30 avril 2009.

¹⁴⁴ Par. 8 de la S/RES/1528 (2004) du 27 février 2004. Cette autorisation ne vaut bien sûr que « dans les limites de ses capacités et dans les zones de déploiement de ses unités ».

¹⁴⁵ Ce mandat est décrit au par. 6 de la S/RES/1528 (2004) précitée.

¹⁴⁶ Ce volet est décrit au par. 5 de la S/RES/1545 (2004) du 21 mai 2004.

¹⁴⁷ Ces deux autres volets sont décrits aux par. 6 et 7.

« C'est pour tenir compte de cette réalité et après l'échec de la FORPRONU en 1995, que nous avons fait le choix de nous détourner des missions majeures sous casque bleu. Ce n'est que très récemment, en 2006 avec la FINUL II, que nous avons accepté de nous y réengager. Mais nous avons alors imposé des choix forts pour redonner une légitimité à ce type d'interventions. [...] à l'exception du Liban, vous constaterez que 4 des 5 grandes opérations dans lesquelles nous sommes engagés le sont toujours au titre du chapitre VII de la charte des Nations Unies, qui seul autorise le recours à la force pour l'accomplissement de la mission. »¹⁴⁸

PARTIE IV : RECOMMANDATIONS DU PROJET MARS

L'évolution du fondement juridique des opérations de maintien de la paix des Nations Unies telle qu'elle a été présentée dans cette étude nous semble satisfaisante dans la mesure où le Conseil de sécurité agit désormais en se référant presque systématiquement au chapitre VII qui est beaucoup plus adapté aux réalités des opérations. Depuis dix ans, les Nations Unies se sont ainsi écartées de l'approche traditionnelle du maintien de la paix pour s'orienter vers une pratique de maintien de la paix « robuste ». Il a ainsi été tenu compte de la dangerosité de l'environnement, mais pour éviter les écueils rencontrés par les opérations de l'ONU ayant glissé vers une logique d'imposition de la paix, l'Organisation concilie la référence au chapitre VII avec le respect du consentement de l'Etat hôte.

Pour terminer cette étude, nous souhaitons formuler quelques recommandations.

A. L'importance de la clarté du mandat

Il est nécessaire de prévoir pour chaque opération un mandat clair qui s'appuie sur une vision politique à long terme comportant un règlement du conflit concerné.

Pour assurer cette clarté, si le mandat d'une opération est profondément modifié en cours de déroulement, il convient de le récapituler en intégralité dans la résolution qui le modifie, car sinon il est très difficile pour les acteurs engagés sur le terrain de comprendre leurs missions. C'est ce qui a été fait à deux reprises pour l'ONUCI¹⁴⁹.

B. L'importance du chapitre VII comme fondement du mandat ou au moins d'une partie du mandat des opérations de maintien de la paix

Il nous semble important que le chapitre VII soit utilisé comme fondement du mandat ou au moins d'une partie du mandat. Comme on l'a souligné, il ressort de la pratique de ces dix dernières années que, parfois, cette référence au chapitre VII n'est pas suffisante, car elle ne concerne que quelques tâches confiées aux opérations.

Par ailleurs, si l'utilisation du chapitre VII est envisagée, elle doit l'être dans la résolution créant l'opération. Plusieurs hypothèses sont possibles. Le chapitre VII est utilisé :

- soit comme fondement juridique aussi bien de la création que du mandat,

¹⁴⁸ Propos liminaire du général d'armée Jean-Louis Georgelin, *op. cit.*, sur le site web :

[http://www.defense.gouv.fr/ema/commandement/le_chef_d_etat_major/interventions/discours/02_06_08_propos_liminaire_du_cema_devant_la_commission_de_la_defense_de_l_assemblee_nationale_le_27_mai_2008].

¹⁴⁹ Voir la S/RES/1609 (2005) du 24 juin 2005 et la S/RES/1739 (2007) du 10 janvier 2007.

- soit comme fondement du seul mandat,
- soit encore comme fondement d'une partie du mandat.

Il ne convient pas que des références au chapitre VII soient introduites progressivement, car une telle introduction a des conséquences qui peuvent s'avérer désastreuses pour les hommes déployés sur le terrain. C'est ce qui s'est passé pour la FORPRONU.

C. La nécessité de tenir compte de la situation sur le terrain et de ne pas déployer d'opération de maintien de la paix des Nations Unies même robustes lorsque les hostilités continuent

Il arrive que la situation sur le terrain nécessite une action relevant de la seule imposition de la paix parce que les hostilités continuent. Dans ce cas, l'ONU ne doit pas elle-même déployer une opération de maintien de la paix même robuste, car c'est aller au devant d'un échec dans la mesure où il y aura une inadéquation entre le mandat confié à l'opération, d'une part, et les nécessités de la situation sur le terrain, d'autre part.

Comme l'a souligné Alain Le Roy, pour qu'une opération de maintien de la paix puisse se déployer, il faut un environnement où les principaux acteurs s'engagent au minimum dans un processus de paix prévoyant le déploiement des casques bleus avec lesquels ils s'engagent à coopérer.

Si aujourd'hui certaines opérations de maintien de la paix des Nations Unies sont confrontées à de grandes difficultés, cela s'explique notamment parce qu'on n'est pas dans une situation de paix.

D. La nécessité de donner aux opérations de maintien de la paix les moyens correspondants à leur mandat et donc en adéquation avec le fondement de celui-ci

Actuellement, le problème principal réside dans l'écart entre l'ambition du mandat confié aux opérations de maintien de la paix et les moyens mis à leur disposition pour l'exécuter. Cependant, il ne s'agit pas d'un problème juridique.

Dans le Rapport Brahimi, il avait été suggéré :

« [...] tant que le Secrétaire général n'a pas obtenu des Etats Membres l'engagement ferme qu'ils fourniront les contingents nécessaires à l'efficacité d'une opération donnée, la mission ne devrait pas être mise en place. En déployant des forces insuffisantes et donc incapables d'affermir une paix fragile, on suscite des espoirs voués à être déçus dans des populations qui viennent de sortir de la guerre ou sont encore aux prises avec un conflit, et on risque de jeter le discrédit sur le système des Nations Unies tout entier. Dans de telles circonstances, le Groupe d'étude est convaincu que le Conseil de sécurité devrait garder à l'état de projet les résolutions qui prévoient le déploiement d'effectifs assez nombreux dans le cadre d'une opération de maintien de la paix jusqu'à ce que le Secrétaire général ait reçu des Etats Membres l'assurance qu'ils mettraient les contingents nécessaires à la disposition de l'ONU. »¹⁵⁰

Il nous semble que cette recommandation est très pertinente.

Janvier 2010.

¹⁵⁰ Par. 60 du Rapport Brahimi, *op. cit.*

LA LEGITIME DEFENSE DES ÉTATS

ANNE-THIDA NORODOM¹

Résumé

Le droit de légitime défense trouve sa source aussi bien dans le droit international coutumier que conventionnel. Droit relativement récent en droit international, il a été conçu avant tout comme une exception au principe d'interdiction du recours à la force. Cependant, dès sa consécration écrite dans le droit des Nations Unies, cette notion a suscité débat à la fois dans ses critères de définition et ses mécanismes de mise en œuvre.

Les problèmes d'application de la légitime défense résultent d'abord de l'absence de consensus dans la communauté des États pour définir clairement ce que constitue une agression armée, élément déclencheur du droit de légitime défense. La seconde difficulté provient de la relation existant entre le droit de l'État d'agir militairement, de façon individuelle ou collective, sur le fondement de la légitime défense et la fonction du Conseil de sécurité de protéger la paix et la sécurité internationales dans le cadre du système de sécurité collective. Depuis la création du droit de légitime défense, les États n'ont eu de cesse de tenter de multiplier les hypothèses d'action en légitime défense soit en justifiant l'élargissement de la notion d'agression armée, soit en invoquant le manque d'efficacité du Conseil de sécurité à protéger leurs intérêts.

Si ces débats sur l'élargissement de la légitime défense sont anciens, le terrorisme, les armes de destruction massive et les nouvelles technologies en ont ravivé les termes. L'ambiguïté du droit existant, la pratique des États et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice ne permettent pas d'apporter des réponses absolument certaines sur la question. Cependant, l'esprit du système de sécurité collective fondé sur le principe général d'interdiction du recours à la force conduit à continuer de considérer la légitime défense comme une exception et à l'interpréter de manière restrictive.

Il faut toutefois pouvoir apporter des solutions juridiques aux États concernés par ces nouvelles menaces. Si une réforme totale du système est peu réaliste, des propositions d'amélioration du système actuel sont possibles pour améliorer l'efficacité du Conseil de sécurité et encourager les États à utiliser les moyens de règlement pacifique des différends, préalable nécessaire à toute utilisation de la force. De plus, d'autres solutions peuvent être envisagées afin de préciser et d'adapter le droit existant aux spécificités des nouvelles menaces qui pèsent aujourd'hui sur les États.

La légitime défense des États a été créée comme une exception au principe général d'interdiction du recours à la force. Pourtant, les États n'ont eu de cesse, depuis la reconnaissance de ce droit, de vouloir multiplier les hypothèses de recours à la force sur ce fondement au nom de la protection de leurs intérêts nationaux.

Le droit international a mis du temps à élaborer un véritable droit applicable à la légitime défense des États. Quelques exemples historiques célèbres, telle que l'affaire de la Caroline, ont pu faire

¹ ATER en droit public, Université Panthéon-Assas (Paris 2).

appel à la notion de légitime défense mais il s'agissait alors d'une réaction à une attaque d'individus et non d'États. L'élaboration du jus ad bellum a favorisé l'enrichissement des normes applicables en matière de légitime défense. Pourtant, les interrogations qui ont pu survenir au moment de l'élaboration du mécanisme de légitime défense dans la Charte des Nations Unies ne semblent toujours pas avoir trouvé de réponses certaines. Les nouvelles menaces apparues depuis la fin des années 90 ont relancé les débats déjà existants sur les contours de la légitime défense, à la fois par rapport à son élément déclencheur, l'agression armée, et ses mécanismes de mise en œuvre, dans le cadre de la subsidiarité du Conseil de sécurité.

Ces menaces d'agression d'un nouveau genre soulignent l'actualité de problématiques pourtant anciennes. Il convient donc de présenter le droit de la légitime défense en droit international (partie I), afin de mettre en perspective les failles déjà présentes dans le système initial et celles survenues postérieurement du fait de la complexification des relations internationales (partie II). Si ces problèmes d'application mettent en perspective l'inadaptation du droit international actuel, les recommandations sur l'évolution du droit ne doivent être envisagées qu'en respectant le caractère exceptionnel de la légitime défense par rapport au principe d'interdiction du recours à la force. Des améliorations du système sont possibles pour protéger les intérêts nationaux des États face aux nouvelles menaces sans renverser la logique du système de sécurité collective mis en place au sortir de la seconde Guerre mondiale (partie III).

PARTIE I : LA LEGITIME DEFENSE EN DROIT INTERNATIONAL

La légitime défense doit être comprise comme une exception (B) au principe général d'interdiction du recours à la force (A). Cette précision est importante puisqu'elle implique que la légitime défense soit entendue et interprétée de manière restrictive.

A. La légitime défense, exception au principe d'interdiction du recours à la force

Le principe d'interdiction du recours à la force relève d'un droit récent et progressif. Il faut distinguer le droit antérieur (1) et postérieur (2) à la Charte des Nations Unies.

1. Le principe d'interdiction du recours à la force avant le droit des Nations Unies

L'interdiction du recours à la force constitue un principe du droit international relativement récent. Trois étapes dans la formation du principe peuvent être identifiées.

Les **conférences de la Paix de La Haye de 1899 et de 1907** constituent les premières limitations du recours à la guerre :

- La Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux visait à « prévenir autant que possible le recours à la force dans les rapports entre les États » (article 1) par des moyens pacifiques de règlement des différends ;
- La Convention II de 1907, dite Convention Drago-Porter, concerne la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractuelles. L'emploi de la force est interdit dans cette hypothèse si l'État débiteur ne rejette pas l'offre de règlement arbitral et s'engage à respecter la décision.

- La Convention III de 1907 relative à l'ouverture des hostilités pose quant à elle une condition de procédure en exigeant un « avertissement préalable et sans équivoque », c'est-à-dire une déclaration de guerre, dont les modalités sont précisées dans la Convention.

Le **Pacte de la Société des Nations** du 10 janvier 1920, acte constitutif de l'organisation internationale du même nom, constitue une deuxième étape dans l'encadrement du principe de l'interdiction du recours à la force. Plusieurs dispositions ont été adoptées à cet effet :

- Préambule : « accepter certaines obligations de ne pas recourir à la guerre » ;
- Article 10 : « respecter et maintenir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les membres de la société » ;
- Articles 12, 13 et 15 : obligation de chercher à soumettre le différend à l'arbitrage, au règlement judiciaire ou à l'enquête du Conseil.

Le **Pacte Briand-Kellog** du 27 août 1928 énonce enfin que les États : « condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles » (article 1). Cette convention fut largement ratifiée mais son défaut majeur fut de ne pas prévoir de sanctions, limitant ainsi son efficacité.

Ces différents instruments ont eu le mérite de tenter d'encadrer progressivement l'interdiction du recours à la force et surtout de renverser la logique du droit international qui, jusqu'à présent, était d'autoriser la guerre. Ces conventions n'ont pas été inutiles en préparant finalement la venue d'un instrument juridique en principe plus efficace : la Charte des Nations Unies.

2. Le principe d'interdiction du recours à la force dans le droit des Nations Unies

Le droit des Nations Unies a permis de consacrer le principe d'interdiction du recours à la force en mettant en œuvre son application (2.1) et en prévoyant ses exceptions (2.2).

2.1. Consécration du principe

L'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies adopte une formulation très générale du principe d'interdiction du recours à la force : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». On note une absence de précision quant aux moyens utilisés ou aux buts recherchés dans l'utilisation de la force, celle-ci fait l'objet au contraire d'une interdiction générale, qui sera consacrée parallèlement par d'autres instruments juridiques du droit des Nations Unies.

L'arsenal juridique de l'interdiction du recours à la force a été complété par des sources diverses :

Des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies : sans être obligatoires, ces actes unilatéraux précisent la portée des principes et règles du droit international et constituent des instruments pouvant faciliter l'interprétation des dispositions de la Charte :

- la résolution A/RES/1514 (XV) du 14 décembre 1960, dite Déclaration sur l'Octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, prohibe le recours à la force contre les peuples dépendants ;
- la résolution A/RES/2625 (XXV) du 24 octobre 1970, appelée Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États, précise le sens des principes énoncés dans la Charte et notamment le principe d'interdiction du recours à la force ;
- d'autres résolutions sur la menace ou l'usage de la force ont été également adoptées : résolutions A/RES/290 (IV) du 1er décembre 1949 sur les éléments essentiels de la paix, A/RES/2131 (XX) du 21 décembre 1965 sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté, A/RES/3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 sur la définition de l'agression, A/RES/42/22 du 18 novembre 1987 sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales.

Les **résolutions du Conseil de sécurité** complètent ces premières résolutions en mettant en œuvre le principe général d'interdiction du recours à la force dans le cadre de conflits armés internationaux ou non internationaux particuliers, en application du chapitre VII de la Charte.

Des **traités internationaux** reprennent le principe d'interdiction du recours à la force tel qu'énoncé dans la Charte : le Traité de l'Atlantique Nord, le Pacte de Varsovie, le Pacte de la Ligue arabe, le Traité d'assistance mutuelle interaméricaine, le traité de défense de l'Asie du sud-est, l'Acte constitutif de l'Union africaine, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ou encore le Statut de Rome établissant la Cour pénale internationale.

La **jurisprudence** de la Cour internationale de Justice a précisé la mise en œuvre du principe d'interdiction du recours à la force², le qualifiant de « principe fondamental ou essentiel »³.

Afin de permettre aux États de protéger leurs intérêts, le droit des Nations Unies a prévu le principe d'interdiction du recours à la force en même temps que ses exceptions.

2.2. Exceptions au principe

Il faut distinguer les exceptions prévues par la Charte et celles qui sont dues à la pratique des États ou des organisations internationales :

². V. par exemple : *Affaire du Déroit de Corfou*, arrêt du 8 avril 1949, C.I.J. *Recueil* 1949, p. 4 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1986, p. 14 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. *Recueil* 1996, p. 226 ; *Plates-formes pétrolières* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. *Recueil* 2003, p. 161 ; *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), C.I.J. *Recueil* 2005. Tous les arrêts et avis consultatifs de la Cour internationale de Justice sont disponibles sur le site Internet correspondant à l'adresse suivante : <http://www.icj-cij.org/>.

³*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. *Recueil* 1986, § 190.

Les exceptions prévues par la Charte

- L'article 42 de la Charte des Nations Unies permet au Conseil de sécurité d'adopter des mesures coercitives militaires en cas de menace à la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression⁴ ;
- L'article 51 de la Charte des Nations Unies énonce le droit naturel de légitime défense individuelle et collective des États⁵.

Les exceptions dues à la pratique

- La résolution de l'Assemblée générale 377 (V), dite « Union pour la paix », du 3 novembre 1950 : en cas de défaillance du Conseil de sécurité, l'Assemblée générale s'arroge le pouvoir de recommander le recours à des mesures militaires en cas de rupture de la paix ou d'acte d'agression. Cette résolution fut toutefois largement critiquée puisque contraire à la répartition des pouvoirs entre Assemblée générale et Conseil de sécurité, établie notamment par l'article 12 de la Charte⁶.
- Le droit des mouvements de libération nationale d'employer tous les moyens nécessaires et de recourir à l'assistance internationale pour leur combat légitime contre le colonialisme, les régimes racistes ou l'occupation étrangère a pu constituer une exception au principe d'interdiction du recours à la force⁷. Cette exception, tombée en désuétude en raison de la fin de la décolonisation, semble remise au goût du jour par les groupements non étatiques terroristes pour justifier l'utilisation du recours à la force. Cette utilisation reste toutefois très critiquée (v. infra) ;
- Le droit d'intervention au profit des ressortissants en cas de situation d'urgence, en tant qu'exception au principe d'interdiction du recours à la force, reste également une question discutée ;
- L'intervention humanitaire, à l'exemple de l'opération Provide Comfort, créant des zones de sécurité pour protéger les populations kurdes au nord et les populations chiites au sud de l'Irak en avril 1991, est une exception critiquée notamment lorsqu'elle est mise en œuvre en l'absence d'autorisation du Conseil de sécurité.

Les États ont eu tendance ces dernières années à vouloir multiplier les exceptions au principe d'interdiction du recours à la force en tentant de justifier des interventions unilatérales en dehors du système de sécurité collective mis en place par les Nations Unies. Le présent rapport se limite à l'étude de la légitime défense, mais cette tendance générale est également notable dans ce domaine

⁴Article 42 de la Charte des Nations Unies : « Si le Conseil de sécurité estime que les mesures prévues à l'article 41 seraient inadéquates ou qu'elles se sont révélées telles, il peut entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Cette action peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies ».

⁵V. *infra*, note 8.

⁶Article 12 de la Charte des Nations Unies : « Tant que le Conseil de sécurité remplit, à l'égard d'un différend ou d'une situation quelconque, les fonctions qui lui sont attribuées par la présente Charte, l'Assemblée générale ne doit faire aucune recommandation sur ce différend ou cette situation, à moins que le Conseil de sécurité ne le lui demande ». Cette disposition doit être lue à la lumière des articles 10 et 24, paragraphe 1, énonçant respectivement les compétences générales de l'Assemblée générale et la responsabilité principale du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales.

⁷Résolution de l'Assemblée générale 2908 (XXVII) du 2 novembre 1972 sur l'Application de la déclaration de l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, 3070 (XXVIII) du 30 novembre 1973 sur l'importance, pour la garantie et l'observation effectives des droits de l'homme, de la réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination et de l'octroi rapide de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux, et 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 sur la définition de l'agression.

: les États cherchent de plus en plus à élargir les hypothèses de déclenchement du mécanisme de la légitime défense, contribuant par là même à vouloir faire de l'exception au principe de l'interdiction du recours à la force un principe en lui-même.

B. Les mécanismes de la légitime défense institués par le droit international

De même que pour le principe d'interdiction du recours à la force, la légitime défense constitue une règle récente du droit international. Alors que la légitime défense était quasi inexistante avant la Charte (1), celle-ci a codifié le régime applicable en la matière (2).

1. La légitime défense avant le droit des Nations Unies

L'absence initiale de règle sur l'interdiction du recours à la force explique l'absence parallèle de règle autorisant, à titre exceptionnel, la légitime défense. On note des cas d'actions armées en territoire étranger ou en haute mer dans le but de prévenir des actions nuisibles venant de particuliers⁸. Il ne s'agit pas cependant de cas de légitime défense, telle qu'entendue aujourd'hui, dans la mesure où la menace émanait d'individus et non des États.

Dans le cadre du Pacte de la Société des Nations, la légitime défense est conçue comme une réaction à une agression. Le Pacte exclut implicitement la légitime défense préventive et affirme le principe de proportionnalité de la réaction, faisant ainsi une transcription des principes coutumiers existant en la matière.

2. La légitime défense dans le droit des Nations Unies

L'article 51 de la Charte des Nations Unies⁹ énonce les conditions de fond et de forme nécessaires à la mise en œuvre du droit naturel de légitime défense individuelle ou collective des États.

2.1. Un droit naturel de légitime défense

En mentionnant le droit naturel de légitime défense des États (« inherent right » dans la version anglo-saxonne), la Charte a entendu reconnaître la préexistence d'un droit coutumier en la matière. Le droit international n'établissant pas de hiérarchie entre ses sources, il est donc possible et surtout utile de recourir au droit international coutumier en sus du droit international conventionnel¹⁰. La coutume peut ainsi s'appliquer en l'absence de droit conventionnel ou en complément de celui-ci.

⁸On peut citer par exemple les affaires du *Caroline*, du *Mary Lowel* ou du *Virginus*, etc.

⁹L'article 51 dispose : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit **naturel** de légitime défense, **individuelle ou collective**, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une **agression armée, jusqu'à ce que** le Conseil de sécurité ait pris les mesures **nécessaires** pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont **immédiatement portées** à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

¹⁰*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt, C.I.J. *Recueil* 1986, §175-176: s'agissant de la légitime défense, la Cour considère que les domaines du droit coutumier et conventionnel ne se recouvrent pas et que les règles substantielles ne sont pas identiques. De plus, même si cela était le cas, l'existence d'un traité ne fait pas perdre à la coutume son applicabilité distincte selon la Cour.

Le blocage du Conseil de sécurité et l'opposition des États durant la Guerre froide ont conduit ces derniers, notamment au sein du bloc occidental, à élargir l'interprétation de l'article 51 de la Charte des Nations Unies à de nouvelles hypothèses en se fondant notamment sur le droit coutumier¹¹.

La coutume a surtout permis de préciser les conditions de mise en œuvre de la légitime défense :

La légitime défense doit répondre à des conditions de **nécessité** et de **proportionnalité**¹² : elle doit ainsi être nécessaire pour repousser cette agression et proportionnée en fonction de cet objectif ;

La réaction à l'agression semble également devoir être immédiate même si certaines circonstances spéciales rendent impossibles la vérification de cette condition. Ainsi, dans le conflit des Malouines, du fait de la distance séparant le Royaume-Uni de ces îles, l'intervention a eu lieu plusieurs jours après l'occupation de l'Argentine, en opposition à la demande de retrait des troupes du Conseil de sécurité. Cette intervention tardive a donné lieu à débat sur la question de sa validité au regard du droit de la Charte des Nations Unies.

2.2. Une légitime défense individuelle et collective

La légitime défense peut tout aussi bien être individuelle que collective. Dans cette seconde hypothèse, un ou plusieurs États tiers aident l'État agressé à riposter contre l'État agresseur. Ce caractère collectif est justifié par l'existence du système de sécurité collective, fondé sur le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, dans lequel s'insère le mécanisme de la légitime défense. L'État n'a pas besoin d'être victime d'une agression armée comme dans le cas de la légitime défense individuelle. Cependant cette hypothèse de légitime défense collective nécessite la formulation d'une demande de la part de l'État victime¹³.

La légitime défense collective a ainsi été invoquée par les États-Unis au Liban en 1958 et au Vietnam ; par le Royaume-Uni en 1964 à l'occasion de l'action armée contre le Yémen en faveur de la Fédération de l'Arabie du Sud ; par l'URSS en Tchécoslovaquie en 1968 et en Afghanistan en 1979 ; par une coalition d'États lors de l'invasion du Koweït par l'Irak en 1990 alors que le Conseil de sécurité était déjà intervenu par l'adoption de la résolution 661 (1990) du 6 août 1990, rendant en principe l'utilisation de la légitime défense, même collective, inutile.

2.3. Conditions de forme

Deux catégories de conditions de forme sont énoncées à l'article 51 de la Charte :

¹¹ Les États ont ainsi tenté de justifier le recours à la force, dans le cadre de la légitime défense, pour : prévenir des attaques armées ; réagir contre des attaques armées qui prennent la forme d'infiltrations de militaires ennemis sur le territoire d'un État ; protéger leurs propres ressortissants à l'étranger, en cas de grave danger contre leurs vies et leurs biens ; pour justifier l'action armée des Mouvements de libération nationale contre l'agression armée des puissances coloniales, en se fondant sur les résolutions relatives à la définition de l'agression et au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; enfin, pour justifier l'action armée des États victimes d'une agression économique ou idéologique.

¹² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, §194 ss.; *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, §41 ; *Plates-formes pétrolières*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, §73-77.

¹³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, §199 : la Cour refuse de reconnaître la légitime défense invoquée par les États-Unis et constate la violation de l'interdiction de recourir à la force par les attaques américaines, celle de l'interdiction d'intervenir dans les affaires internes de l'État et l'atteinte à la souveraineté de l'État (survol du territoire nicaraguayen). De même, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, §51 : s'agissant des actions menées par les États-Unis contre les plates-formes pétrolières iraniennes en 1987 et 1988, la Cour considère qu'il n'y a pas de légitime défense des États-Unis et de violation de la liberté du commerce par l'une ou l'autre partie.

Les conditions de procédure :

- le Conseil de sécurité doit être immédiatement informé des mesures prises,
- la réaction à l'agression n'est pas nécessairement armée.

La subsidiarité avec le Conseil de sécurité : la légitime défense se termine dès l'intervention du Conseil de sécurité qui doit mettre fin à l'agression¹⁴. Sinon, la légitime défense prendra fin dès que son but sera atteint, à savoir lorsque l'agression sera repoussée. Ainsi, une occupation militaire prolongée et une annexion d'un territoire appartenant à l'agresseur ne peut être justifiée par la légitime défense¹⁵. On comprend que la légitime défense doit rester une exception au système de sécurité collective mis en place par les Nations Unies.

2.4. Conditions de fond

La légitime défense constitue une réaction à une « agression armée » :

Définition de l'agression : le comité spécial pour la question de la définition de l'agression, mis en place par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁶, définit l'agression comme étant : « [un] emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies ». Cette définition appelle plusieurs remarques :

Sa portée doit être relativisée dans la mesure où elle fait l'objet d'une simple recommandation de l'Assemblée générale¹⁷, sans qu'un véritable consensus soit établi sur son contenu au sein de la communauté des États. Le Conseil de sécurité ne s'y réfère pas lorsqu'il constate l'existence d'actes d'agression dans le cadre de l'application de l'article 39 de la Charte. La Cour internationale de Justice considère toutefois que la résolution 3314 (XXIX) énonce une définition applicable dans la mise en œuvre de la légitime défense.

Selon cette définition, l'agression doit être armée, ce qui exclut toute légitime défense en réaction à une agression économique ou idéologique. Il doit s'agir par conséquent de la forme la plus grave de l'emploi illicite de la force, comme le suggère également la gradation dans l'usage de la force suggérée par l'article 39 de la Charte. Ainsi, toute violation du principe d'interdiction du recours à la force ne donne pas nécessairement aux États le droit de recourir à la légitime défense.

L'agression armée peut prendre diverses formes, mais elle doit impliquer la volonté précise d'un État d'attaquer un autre État¹⁸. La fourniture d'armes à l'opposition dans un autre État n'équivaut donc pas à une agression armée contre celui-ci¹⁹.

L'agression par un autre État :

L'action militaire menée par des forces irrégulières constitue une agression armée si ces éléments sont envoyés par l'État ou au nom de celui-ci et si l'opération est telle « par ses dimensions et ses

¹⁴Ce rôle du Conseil de sécurité se déduit de la lecture combinée des articles 24 et 39 de la Charte des Nations Unies énonçant respectivement sa responsabilité principale en matière de maintien de la paix et son pouvoir de constatation d'une menace à la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression.

¹⁵ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, §138-139.

¹⁶ Résolution 2330 (XXII) du 18 décembre 1967 sur la nécessité d'accélérer l'élaboration d'une définition de l'agression compte tenu de la situation internationale actuelle.

¹⁷ Résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974.

¹⁸ *Plates-formes pétrolières*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, §64.

¹⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, §119.

effets, qu'elle aurait été qualifiée d'agression armée (...) si elle avait été le fait de forces armées régulières »²⁰. On constate ici l'application de la théorie de l'apparence.

Bien que confirmée, cette solution a été critiquée par Rosalyn Higgins, ancienne Présidente de la Cour internationale de Justice, considérant que la Charte ne stipule pas l'origine étatique de l'agression contre un autre État²¹. La Cour internationale de justice a également estimé que des attaques de forces irrégulières non imputables à un État ne sont pas une agression au sens de l'article 3 g de la résolution 3314 (XXIX)²².

L'agression armée, élément déclencheur de la légitime défense, est d'abord étatique. Toutefois, on note une tendance à l'élargissement de cette condition permettant ainsi aux États de multiplier les hypothèses de recours unilatéral à la force, sur le fondement de la légitime défense. Cette conception élargie serait alors justifiée par la preuve d'une imputabilité de l'agression à l'État ou légitimée par le caractère massif de l'attaque.

Conclusion : on observe deux mouvements contradictoires dans le droit applicable à la légitime défense étatique : d'une part, la volonté de limitation de la légitime défense en tant qu'exception au principe d'interdiction du recours à la force, d'autre part, la volonté d'élargissement de l'agression armée au regard de l'évolution des relations interétatiques soulignant sans doute l'inadaptation du mécanisme juridique actuel.

PARTIE II : LES PROBLEMES POSES PAR LA LEGITIME DEFENSE

Dès sa rédaction, la Charte des Nations Unies a soulevé des problèmes d'interprétation et d'application non encore totalement résolus aujourd'hui (A). Ces failles initiales du système ont servi de fondement aux États pour accroître davantage le nombre des hypothèses de mise en œuvre de la légitime défense (B).

A. Les difficultés posées par le système des Nations Unies

Les difficultés posées par la Charte des Nations Unies ont trait d'une part à l'élément déclencheur de la légitime défense (1), d'autre part à la défaillance de l'action du Conseil de sécurité laissant ouverte la porte des revendications pour la multiplication des actions unilatérales (2).

1. L'agression armée étatique

On l'a vu, les dispositions de la Charte conçoivent l'agression armée comme d'origine uniquement étatique, seule entité possédant une véritable armée au sens du droit international. Cependant, le droit international humanitaire a progressivement élargi le champ d'application de ses règles aux

²⁰*Ibid.*, §105. Cette solution fut confirmée notamment par l'avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J. Recueil 2004, §139 : « L'article 51 reconnaît l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un État contre un autre État ».

²¹*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J. Recueil 2004, op. indiv. de Madame Rosalyn Higgins, §33.

²²*Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, C.I.J. Recueil 2005, §146. Rappelons que l'article 3 g de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale définit l'agression comme : « l'envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager de manière substantielle dans une telle action ».

combattants n'appartenant pas aux forces armées officielles des États belligérants. Ce même mouvement est observable s'agissant de l'extension de la notion d'agression armée en tant qu'élément déclencheur de la légitime défense.

On entend par forces armées : toutes les personnes qui font organiquement partie de l'armée d'une Partie au conflit, de même pour la levée en masse (prise spontanée d'armes à condition qu'elles portent ouvertement les armes et respectent les lois et coutumes de la guerre). Quant aux résistants, sont admis à combattre et à obtenir le statut de prisonnier de guerre, en cas de capture, les membres de ces forces qui remplissent la condition de fond et les quatre conditions de forme suivantes :

Condition de fond : les mouvements de résistance doivent appartenir à une Partie au conflit en vertu d'une reconnaissance officielle ou d'une liaison de fait.

Conditions de forme :

- Être sous commandement responsable pour ses subordonnés ;
- Avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
- Porter ouvertement les armes ;
- Respecter les lois et coutumes de la guerre.

Les deuxième et troisième conditions sont devenues irréalistes avec les guerres de libération nationale et la quatrième condition est discriminatoire par rapport aux forces armées régulières. C'est la raison pour laquelle le premier Protocole additionnel sur l'octroi du statut de prisonnier de guerre a précisé ces conditions (articles 43 et 44) :

- Suppression de la discrimination entre résistants et forces régulières : le régime de discipline interne devenant le critère de distinction ;
- Allègement de la distinction combattants/civils dans certains conflits.

Le droit international humanitaire a donc assoupli la distinction entre l'armée régulière et les combattants irréguliers. La question de l'élargissement de la notion d'agression armée aux attaques menées par des groupes non étatiques devient donc de plus en plus légitime sans pour autant être admise²³.

Les groupes non-étatiques visent les groupes insurrectionnels, les mouvements de libération nationale, les groupes terroristes basés sur le territoire d'un État souverain. Le débat sur l'origine étatique de l'agression armée a ressurgi à la suite notamment des résolutions du Conseil de sécurité 1368 du 21 septembre 2001 et 1373 du 28 septembre 2001 réaffirmant « le droit inhérent (ou naturel) de légitime défense individuelle et collective par rapport aux actes terroristes ». La question est finalement de savoir si le rattachement à un État souverain est indispensable pour justifier l'action d'un État en légitime défense.

2. L'action collective ou individuelle : la déficience du Conseil de sécurité

Les défaillances du Conseil de sécurité, notamment pendant la Guerre froide, et l'application du principe de subsidiarité énoncé à l'article 51 de la Charte des Nations Unies ont conduit les États à

²³On peut ainsi citer l'exemple des membres du groupe Al-Qaïda luttant aux côtés des combattants talibans et capturés par les États-Unis. Ces derniers se sont vus refuser le statut de prisonnier de guerre, les États-Unis considérant que les membres capturés n'avaient pas d'insigne fixe reconnaissable à distance, ne portaient pas ouvertement les armes, ne faisaient pas partie d'une hiérarchie militaire, ne respectaient pas les lois et coutumes de la guerre et n'étaient pas partie aux Conventions de Genève. S'il est vrai que les membres du groupe terroriste ne respectaient pas les conditions de forme requises pour bénéficier du statut de combattant, il existait toutefois une liaison *de facto* avec le gouvernement taliban et l'Afghanistan était bien partie aux Conventions de Genève.

revendiquer plus souvent l'utilisation du droit de recours à la force sur le fondement de la légitime défense. Cette disposition faisant référence au droit naturel de légitime défense, les États ont entendu défendre un droit de légitime défense en l'absence d'intervention adaptée du Conseil de sécurité, faisant de l'exception un principe et renversant par là même toute la logique du système de sécurité collective. Les États se sont donc servis des déficiences de l'Organisation des Nations Unies pour élaborer de nouvelles thèses justifiant un élargissement des hypothèses de recours à la légitime défense.

B. Les difficultés posées par la pratique

Deux thèses principales ont été défendues par les États et posent la question de leur validité au regard du droit international : l'admission de la légitime défense préventive (1) et celle de la légitime défense en réaction à une attaque massive (2). Les deux théories peuvent parfois être entremêlées pour justifier encore davantage l'utilisation de la force par les États.

1. La légitime défense préventive

Définition : un droit de légitime défense serait invocable, en l'absence de toute attaque militaire, du fait de la certitude de son caractère imminent²⁴. La question de l'admission d'une telle hypothèse d'application de la légitime défense présente une véritable actualité lorsqu'elle est conçue comme une action envisageable face aux risques encourus par la possession d'armes nucléaires ou de destruction massive. Cette théorie a déjà été invoquée à plusieurs reprises notamment lors des attaques israéliennes en 1967 contre l'Égypte, en 1975 contre les camps palestiniens au Liban, ou en 1981 contre l'Irak (bombardement du réacteur nucléaire près de Bagdad). La légitime défense préventive reste toutefois une théorie très critiquée.

Il convient d'analyser les thèses en présence visant à affirmer ou au contraire à rejeter cette théorie de la légitime défense préventive. Les défenseurs de la légitime défense préventive avancent les arguments suivants :

- l'évolution technologique des armes et leur puissance grandissante justifieraient le recours à la légitime défense afin de prévenir des dommages trop importants et de ne pas laisser les États totalement impuissants face à cette menace ;
- l'inefficacité du Conseil de sécurité autoriserait les États à agir même en cas de simple menace du recours à la force ;
- l'interprétation téléologique de la Charte prône une limitation des cas d'utilisation illicite de la force, c'est la raison pour laquelle la légitime défense préventive permettrait aux États d'agir avant que l'agression n'ait lieu ;
- les États évoquent également l'existence d'une norme internationale coutumière énonçant le droit de légitime défense préventive. Au-delà des problèmes de preuve que cet argument soulève, il reste difficilement soutenable dans la mesure où la Cour internationale de Justice a pu souligner la complémentarité des sources coutumière et conventionnelle.

²⁴La doctrine différencie parfois la légitime défense préventive, en réaction à une menace diffuse et latente, de la légitime défense préemptive, susceptible d'être réalisée en cas de menace imminente, c'est-à-dire sur le point de se réaliser. Afin de simplifier l'étude et parce que les conclusions finales sont les mêmes quelles que soient la précision des catégories retenue, cette distinction ne sera pas appliquée pour l'instant. V. *infra*, partie III.

A l'inverse, les thèses réfutant l'existence d'un droit de légitime défense préventive considèrent que :

- il n'existe aucune norme coutumière autorisant le recours à la légitime défense en cas de simple menace de recours à la force. Cet argument, tout comme le précédent contraire, est cependant difficilement démontrable tant les pratiques en ce domaine sont contradictoires. Il est dès lors préférable de se référer à la Charte des Nations Unies ;
- l'article 51 de la Charte ferait disparaître le droit existant, puisqu'aucune référence explicite à la légitime défense préventive n'est énoncée. Cependant, une telle interprétation est contraire à la lettre de la Charte qui exige que l'agression soit armée, une simple menace ne pouvant suffire à déclencher la légitime défense. De plus, l'agression est considérée comme la forme la plus grave d'utilisation de la force. En mentionnant l'agression, les rédacteurs ont clairement entendu écarter l'hypothèse d'un droit de légitime défense en réaction à une simple menace ;
- l'objet et le but de la Charte se heurtent également à cette interprétation extensive de l'article 51 en favorisant l'établissement d'un système de sécurité collective. L'action du Conseil de sécurité et le multilatéralisme doivent être favorisés au détriment de toute action unilatérale, comme l'atteste le principe de subsidiarité de l'action étatique par rapport à celle du Conseil de sécurité évoqué à l'article 51 ;
- l'État victime d'une menace de recours à la force peut avoir recours à d'autres moyens que la légitime défense préventive pour réagir, notamment en faisant appel aux moyens de règlement pacifique des différends ou en sollicitant l'intervention du Conseil de sécurité.

La **pratique** contradictoire des États depuis l'après-guerre ne permet aucune réponse certaine quant à l'admission ou le rejet de la légitime défense préventive. En décembre 1975, les États, dont les États-Unis, ont par exemple condamné unanimement l'action préventive israélienne ; pourtant, en 1981, les mêmes États-Unis ont montré une solidarité implicite à l'intervention israélienne tout en votant en faveur d'une résolution de condamnation. Plus récemment, l'intervention américaine et britannique en Irak en 2003 se fondait à mots couverts sur la thèse de la légitime défense préventive, même si les États concernés ont préféré justifier leurs actes par les résolutions du Conseil de sécurité²⁵.

Si la théorie de la légitime défense préventive peut se comprendre pour assurer la défense des États dans un système de sécurité collective défaillant, il a paru toutefois difficile d'admettre de manière générale les arguments en faveur de cette thèse en raison de la crainte des abus de la plupart des États. Le principe ne serait donc pas entièrement rejeté, les tentatives de réhabilitation de cette thèse depuis les attentats du 11 septembre²⁶ et les rapports de l'ONU l'attestent²⁷, mais sa mise en œuvre reste dangereuse notamment parce qu'il est difficile d'établir un seuil de menace à partir duquel le droit de légitime défense pourrait être exercé.

²⁵Cette intervention fut notamment critiquée par le Secrétaire général des Nations Unies, le Président français Jacques Chirac dans une interview au *New York Times* le 9 septembre 2002 ainsi que d'autres États dont l'Iran.

²⁶V. par exemple, The National Security Strategy of the United States of America, September 2002, p. 15.

²⁷*A more and secure world: Our shared responsibility*, Report of the Secretary General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change, United Nations, 2004, A/59/565, §188 ; *Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous*, A/59/2005, 24 mars 2005, §124.

2. La légitime défense contre des attaques massives

Le caractère massif des attaques a pu également être avancé pour justifier l'élargissement du champ d'application de la légitime défense. Conformément à la lettre de l'article 51 de la Charte, la légitime défense n'est admise qu'en cas d'utilisation aggravée de la force. On comprend dès lors les tentatives étatiques d'utilisation de la légitime défense en cas d'attaques armées massives potentielles ou réelles. L'évolution de l'usage de la force conduit à distinguer les attaques résultant de l'utilisation d'armes de destruction massive et celles consécutives à des attaques terroristes. Dans le premier cas, les États se sont appuyés surtout sur la légitime défense préventive pour tenter de justifier leur intervention avant que les États détenteurs de telles armes ne puissent les utiliser. Cette hypothèse vient d'être étudiée et il n'est donc pas nécessaire d'y revenir. En revanche, les attaques terroristes ont renouvelé le débat sur l'éventuel élargissement de l'utilisation de la légitime défense.

L'objet de ce rapport n'est pas de répondre à la question de la définition du terrorisme²⁸. Le Conseil de sécurité a lui-même qualifié des actes de terroristes justifiant l'application d'un régime particulier de sanctions internationales à l'encontre des États et des personnes concernées. L'objet de notre analyse est plus restreint et on partira donc de l'hypothèse d'un acte terroriste déjà qualifié. La question est alors de savoir si cette qualification justifie l'exercice d'un droit de légitime défense pour l'État victime. Il existe deux manières d'envisager la réponse :

On peut tout d'abord concevoir l'élargissement de la légitime défense en la considérant non plus seulement comme une réaction à une agression armée des États mais également une agression armée de groupes non étatiques. On l'a vu, la question doit être envisagée différemment en démontrant l'existence d'un lien entre ces groupes et les États.

Une deuxième conception de l'élargissement de la légitime défense consiste dès lors à l'envisager non pas dans le cadre de la privatisation de l'agression armée mais comme une réaction à une agression indirecte.

Les attaques terroristes du 11 septembre et les répliques qui ont suivi apportent un nouvel éclairage à cette question sans pour autant permettre de présenter une réponse certaine. Les résolutions du Conseil de sécurité faisant suite aux attaques du 11 septembre mentionnent systématiquement le droit naturel ou inhérent de légitime défense²⁹, laissant ainsi supposer que les attaques terroristes constitueraient une agression armée susceptible d'ouvrir droit à la légitime défense. L'analyse des textes montre que la réponse est finalement beaucoup plus confuse. Il convient de les analyser par étapes :

- Les actes terroristes sont-ils constitutifs d'une agression armée ? Les résolutions du Conseil de sécurité présentent des éléments de réponse contradictoires. La résolution 1368 (2001) énonce clairement le droit inhérent à la légitime défense individuelle et collective et la

²⁸Deux approches du terrorisme sont souvent présentées. L'approche phénoménologique définit le terrorisme selon l'identité des acteurs, des moyens, des buts politiques visés et de la structure organisationnelle. Cependant, il est difficile de différencier dans ce cadre le terrorisme du crime organisé et de la guérilla, les caractéristiques étant semblables. Parallèlement se dégage une approche philosophique du terrorisme international privilégiant l'identification d'une méthode de la terreur. Si le critère est unique, il reste trop large et peu praticable. Enfin, quelle que soit l'approche utilisée, la définition du terrorisme pose le problème de son caractère international. Cette caractéristique est-elle due au fait que le terrorisme soit pratiqué par des entités non-étatiques transnationales ou a-nationales à l'encontre des États ou parce qu'il est susceptible de frapper partout dans le monde? Encore une fois, il semble difficile de clairement distinguer, d'après ces définitions, le phénomène terroriste de ce qu'on peut qualifier ailleurs de crimes transnationaux.

²⁹Résolutions 1368 (2001) du 12 septembre 2001 et 1373 (2001) du 28 septembre 2001 concernant la Menace à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes.

résolution 1373 (2001) le droit naturel de légitime défense. Ces résolutions étant adoptées à la suite des attentats, on suppose que l'agression armée est ici le fait de groupes non-étatiques. Pourtant, dès le préambule de la résolution 1373 (2001), le Conseil de sécurité rappelle que « chaque État a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre État », attestant par là même du lien qui unirait le groupe terroriste à l'État et donc faisant référence implicitement à la théorie de l'agression indirecte. Cette seconde thèse est d'ailleurs davantage développée par la suite puisque les résolutions sur le terrorisme ne s'adressent qu'aux États et que les résolutions 1378 (2001) et 1386 (2001) relatives à l'Afghanistan rappellent les résolutions antérieures sur le terrorisme. La légitime défense ne serait dès lors concevable que sous réserve du rattachement des groupes non-étatiques à l'État les ayant accueillis.

- Le lien entre les groupes terroristes et l'Afghanistan a servi de justification pour pouvoir intervenir sur le territoire de celui-ci en octobre 2001 sur le fondement de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Pourtant la France, plutôt réticente à tout élargissement de la légitime défense a considéré que l'intervention massive justifiait qu'il ne s'agisse plus d'un acte de terrorisme mais d'une « véritable agression armée »³⁰. La légitime défense fut également admise dans les discours des États tels que le Royaume-Uni, la Russie ou certaines États de l'Union européenne. Il reste cependant difficile de déceler si les États s'appuient sur le critère de rattachement du groupe non étatique à l'État ou sur le caractère massif de l'attaque pour justifier une telle thèse. Ce manque de précision montre que l'agression indirecte et l'élargissement consécutif de la légitime défense continuent à être une question controversée.
- A la suite de ces événements, Israël a une nouvelle fois invoqué la légitime défense pour justifier son attaque aérienne en Syrie le 5 octobre 2003 visant à détruire des bases terroristes. Une certaine opposition s'est manifestée critiquant l'illégalité de cette intervention au regard de la Charte des Nations Unies, sans qu'il y ait eu pour autant l'adoption d'une résolution de condamnation³¹.

Les positions sont donc très partagées et il est difficile de tirer de la pratique, notamment au regard des plus récents développements, une réponse suffisamment claire. Certains auteurs considèrent que la légitime défense est admissible si les attaques sont massives et atteignent une considérable gravité, d'autres réfutent cette théorie préférant interpréter les doutes existants comme autant d'illustrations du refus de l'élargissement de la légitime défense. On peut également avancer l'idée que la politique normative du Conseil de sécurité n'est pas assez claire pour l'instant pour énoncer une réponse précise, ce qui souligne tout l'enjeu des déclarations et pratiques étatiques à venir sur la question.

Les évolutions des armes et des attaques armées suscitent toujours de nouveaux débats pour savoir si on peut élargir le champ d'application de la légitime défense. Les organisations internationales et systèmes de sécurité collective étant moins réactifs que les États pris isolément, ceux-ci cherchent à se protéger, notamment par l'invocation de la légitime défense, contre de

³⁰ Jean-David Levitte, Représentant permanent de la France aux Nations Unies, *Le Monde*, 18/11/2001.

³¹ On renvoie ici aux positions favorables défendues par exemple par le Royaume-Uni, la Russie, l'Angola, les États-Unis auxquelles ont fait face les thèses défavorables à l'élargissement de la légitime défense sur ce motif exposées par le Pakistan, l'Espagne, la Chine, l'Allemagne, la France, la Bulgarie, le Chili, le Mexique, le Cameroun, ou encore la Guinée.

nouveaux phénomènes d'« agression ». Les dernières évolutions technologiques dont peuvent être victimes les États ne font pas exception.

3. *Légitime défense et nouvelles technologies*

Les cyber-attaques ont pu être qualifiées de « most serious economic and national security challenges »³². Il est toutefois nécessaire de rappeler que la communauté des États s'est opposée à l'utilisation de la légitime défense en cas d'agression économique ou idéologique. Les États doivent aujourd'hui faire face à un nouveau type d'attaques ou de menaces : les cyber-attaques ou cyberterrorisme. Sans s'attarder sur la question de la définition du phénomène, qui, à l'heure actuelle, relève davantage de la prospective juridique que du droit positif tant les instruments juridiques en la matière sont déficients, il convient d'exposer les termes du problème. Trois aspects posent question : l'élément déclencheur, l'identification d'une réaction nécessaire et proportionnée et surtout les destinataires de cette réaction.

Les cyber-attaques peuvent-elles entrer dans le champ d'application de l'agression armée?

S'agit-il tout d'abord d'une agression ? La réponse dépend de la nature de l'activité. Les cyber-attaques désignent aujourd'hui aussi bien la prise de contrôle des armes à distance par l'outil informatique, l'intrusion d'une erreur sur une page Internet ou ce qu'on appelle le DoS ou DdoS, respectivement déni de service simple ou déni de services distribués³³. En fonction de la nature de l'activité, de son intensité et surtout de son objectif, ce type d'attaque pourrait être considéré comme une agression.

S'agit-il d'une agression armée ? L'attaque par le truchement d'Internet n'est pas directement une agression armée mais en facilitant par exemple le contrôle des armes ou des points stratégiques d'un autre État ou en paralysant ses infrastructures, le but atteint est le même que dans le cadre d'attaques armées classiques. Ainsi selon la définition de l'agression de l'Assemblée générale des Nations Unies, le blocage des ports par les forces armées est considéré comme un acte d'agression, or celui-ci pourrait tout aussi bien se faire par l'entremise des nouvelles technologies et de l'Internet.

Enfin, la définition des forces armées renvoie à la question du statut des cyber-terroristes ou cyber-combattants : les hackers restent le plus souvent des individus non organisés mais on peut trouver des organisations criminelles traditionnelles ou des cyber-organisations dont le but est d'attaquer des États. De même que pour les crimes transnationaux, ces crimes par Internet sont aujourd'hui essentiellement réglés par la coopération interétatique judiciaire et pénale et non par la coopération strictement internationale.

³²Président Barack Obama, *Remarks by the President on securing our nation's cyber infrastructure*, conférence de presse, 29 mai 2009, vidéo et retranscription disponibles sur le site Internet à l'adresse suivante : [<http://www.whitehouse.gov/administration/eop/nsc/cybersecurity>, consulté le 6 avril 2010].

³³Le déni de service simple ou DoS désigne « l'attaque d'un serveur informatique destinée à l'empêcher de remplir sa fonction. La méthode la plus classique consiste à faire crouler le serveur sous une masse de requêtes généralement mal formées à dessein pour entraîner une réponse anormale et paralysante ». Le déni de services distribués ou DdoS « utilise un grand nombre de serveurs compromis sur lesquels tournent des programmes « zombies » attendant les instructions de ceux qui les ont implantés et qui les contrôlent à distance », <http://www.futura-sciences.com/>, consulté le 6 avril 2010.

La deuxième interrogation est de savoir si les États pourraient envisager une réaction armée à des cyber-attaques.

On l'a vu, la réaction doit être nécessaire et proportionnée, elle doit mettre fin à l'agression et ce immédiatement. Pour ce faire, il faut être en mesure d'identifier les auteurs de la cyber-attaque, ce qui est sans aucun doute le problème majeur actuel en matière de lutte contre ce phénomène. A condition de pouvoir identifier les auteurs, on revient alors sur les mêmes problèmes soulevés précédemment de rattachement à l'État ou à un groupe terroriste.

En outre, la réaction armée peut-elle être proportionnée à l'objectif visé ? En cas d'attaque contre la sécurité de l'État ou sa souveraineté, la thèse de la légitime défense pourrait éventuellement être soutenue. Bien que critiquable, elle est en revanche beaucoup plus difficilement défendable s'il s'agit de simples cyber-crimes.

Les tentatives d'élargissement du champ d'application de la légitime défense répondent à des évolutions de méthodes et de moyens d'utilisation de la force. Si la démarche des défenseurs de ces théories peut trouver une explication, on comprend également les dangers que tout élargissement non contrôlé pourrait engendrer, renversant ainsi toute la logique du système mis en place par les Nations Unies au lendemain de la seconde Guerre mondiale. L'interdiction du recours à la force semble devoir rester le principe selon le droit international positif et la pratique majoritaire des États. Cependant, le manque d'efficacité du système de sécurité collective ainsi que peut-être son obsolescence face à de nouveaux types de menaces d'utilisation de la force obligent à réfléchir à de nouvelles solutions.

PARTIE III : LES RECOMMANDATIONS

Il ne serait pas réaliste de proposer de réformer entièrement l'ensemble du système. Les recommandations portent donc à la fois sur l'amélioration du système en place (A) et l'évolution possible des pratiques futures (B).

A. Recommandations quant au système des Nations Unies

Le droit de la légitime défense s'appuie pour l'essentiel sur la Charte des Nations Unies. C'est la raison pour laquelle les recommandations pour l'amélioration du système actuel doivent essentiellement se concentrer sur elle.

- Il faut tout d'abord rappeler qu'il n'est pas envisageable de réviser la Charte, la procédure énoncée à l'article 109 reste difficile à mettre en œuvre, d'autant plus lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États sur le contenu de cette révision, comme il a été souligné précédemment.
- De façon plus réaliste bien qu'encore théorique, la réforme du Conseil de sécurité reste à envisager afin d'accroître l'efficacité de son action et la légitimité de ses décisions. On ne reviendra pas sur les propositions faites pour modifier la composition du Conseil de sécurité et améliorer sa représentativité. Il convient toutefois de souligner qu'en assurant un meilleur fonctionnement du Conseil de sécurité et en augmentant notamment sa réactivité, les États seraient nécessairement moins enclins à juger ses décisions inadaptées et à recourir en conséquence aux actions armées unilatérales ou à la légitime défense. Non seulement la composition du Conseil de sécurité doit refléter davantage les intérêts multiples de la communauté des États, mais son fonctionnement doit être amélioré afin de le rendre plus

- Il faut enfin insister sur le fait que les États victimes d'agression armée bénéficient toujours **d'autres moyens de réaction que la légitime défense.**
- Favoriser l'utilisation des moyens de règlement pacifique des différends reste le préalable nécessaire au recours à la force.
- En ce sens, rendre obligatoire la juridiction de la Cour internationale de Justice pourrait permettre un meilleur respect du droit international et une alternative pacifique de réaction à une agression, qui constitue avant tout une violation du principe général d'interdiction du recours à la force.
- Le recours aux organisations internationales plus qu'aux interventions strictement inter-étatiques constitue la garantie d'un minimum de concertation avant toute réaction et de consensualisme entre les États concernés. Le développement des organisations internationales à l'échelle régionale peut également présenter une alternative aux dysfonctionnements du Conseil de sécurité même si ce type d'intervention doit en tout état de cause s'organiser dans le cadre d'une coopération entre l'échelon régional et l'échelon universel, selon les modalités prévues au chapitre VIII de la Charte des Nations Unies.

Une meilleure utilisation des moyens actuellement existants constitue la solution la plus facilement envisageable. Elle ne doit toutefois pas servir d'excuse pour justifier l'immobilisme des États et pour ne rien mettre en œuvre afin de corriger des défaillances depuis trop longtemps dénoncées.

B. Recommandations quant à la pratique future

Plusieurs recommandations sont à formuler pour la construction de l'avenir en matière de légitime défense. Les États doivent tout d'abord préserver l'esprit du système mis en place par la Charte des Nations Unies en conservant le rapport existant entre le principe d'interdiction du recours à la force et ses exceptions (1). Ils peuvent également préciser les catégories de réaction autorisées afin de répondre de manière plus appropriée aux nouvelles menaces évoquées (2). Enfin, le risque de tout élargissement de la légitime défense est l'abus de droit, auquel on peut répondre par un développement des normes internationales (3).

1. Conserver le caractère exceptionnel de la légitime défense

La légitime défense doit rester une exception au principe d'interdiction du recours à la force et à ce titre doit continuer à être interprétée de manière restrictive. Toute atteinte à cet équilibre équivaldrait à un recul du droit international par rapport au système juridique mis en place au sortir de la seconde Guerre mondiale. Malgré les évolutions des menaces, cet équilibre précaire entre principe et exceptions doit être conservé.

2. Spécifier la légitime défense

Les menaces d'agression se multipliant et se diversifiant, le système proposé par la Charte ne paraît plus nécessairement adapté. En affinant la notion de légitime défense et en adaptant

parallèlement les réactions autorisées en fonction des types d'agression identifiées, les États seraient mieux à même de protéger leurs intérêts tout en conservant le caractère collectif du système de sécurité internationale. Le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, a ainsi proposé dans son rapport du 1er décembre 2004 d'institutionnaliser une distinction opérée par la doctrine entre :

- la **légitime défense préemptive** qui correspondrait à un droit de légitime défense par anticipation selon le principe de précaution, en cas de menace imminente ou proche. La légitime défense serait admise à ce titre en droit international à trois conditions : une agression imminente, l'absence d'autre moyen d'écartier la menace et une intervention militaire proportionnée. On note qu'il s'agit des mêmes conditions que celles exigées pour la légitime défense auxquelles a été ajoutée l'imminence de la menace. Cette proposition répondrait aux attentes des défenseurs de l'élargissement de la légitime défense, tout en l'encadrant quelque peu ;
- la **légitime défense préventive** serait quant à elle utilisée en cas de menace non imminente ou non proche (ex : acquisition, dans une intention censément hostile, des moyens de fabriquer des armes nucléaires). Dans cette hypothèse, l'État ne pourrait agir unilatéralement, il devrait recueillir l'autorisation du Conseil de sécurité pour une action militaire.

Cette précision apportée à la définition de la légitime défense répondrait aux attentes des États face aux nouvelles menaces d'agression évoquées tout en conservant en partie l'esprit de la Charte par l'encadrement des réactions étatiques les plus dangereuses. En laissant toutefois à l'État victime le soin d'apprécier unilatéralement le caractère imminent de la menace, on risque toujours d'ouvrir la voie à un abus de droit. Le renforcement de la réglementation apparaît dès lors indispensable pour éviter ce type de travers.

3. Renforcer l'encadrement juridique de la légitime défense

La nature des nouvelles menaces d'agression pesant sur les États peut guider ces derniers dans la politique normative à mener. Il s'agit de procéder par étapes et de penser à spécialiser les instruments juridiques afin de répondre au mieux aux spécificités de chacune de ces nouvelles menaces.

De nombreux **groupes de travail** sont mis en place, au niveau du Conseil de l'Europe par exemple avec le comité de la Convention sur la cybercriminalité (comité T-CY), ou dans le cadre de thinktank privés. Ces groupes de réflexion constituent des préalables nécessaires avant toute mise en œuvre d'un véritable processus d'élaboration de conventions internationales. Les rapports rendus par l'ONU sur le thème des nouvelles menaces présentent également une base de travail qu'il conviendrait maintenant de préciser et de mettre en œuvre.

Premier degré d'encadrement juridique, l'établissement de **standards, de codes de conduite** peuvent constituer une première étape dans la réglementation. Considérés comme moins intrusifs, ces mécanismes présentent une certaine efficacité en favorisant la participation des acteurs directement concernés. Sans être totalement satisfaisants, ces systèmes permettraient d'apporter une première réponse aux États en demande tout en n'excluant pas les États visés. Ces standards ont en outre le mérite d'habituer les États et les acteurs privés à certains comportements, constituant ainsi une étape préliminaire avant l'élaboration d'un droit plus contraignant. Ainsi en matière de

sécurité et de gestion de l'information, les normes ISO 27001 (2005) ou 17799 (2007) constituent une première réponse aux menaces de cyber-attaques en provenance d'États peu protégés.

L'évolution du droit national ne peut permettre de renforcer l'arsenal juridique en matière de nouvelles menaces d'agression qu'à condition d'améliorer et de resserrer les **mécanismes de coopération judiciaire et pénale** entre les États. Les **organisations internationales régionales**, plus intégrées dans leur environnement que les organisations internationales universelles, constituent l'instrument adéquat pour accroître ce type de coopération.

A l'échelle internationale, l'élaboration de **conventions internationales** portant sur des menaces plus précises telles que la cyber-criminalité ou une convention générale sur le terrorisme restent le but à atteindre. Si des conventions partielles existent dans ces différents domaines, la nature des nouvelles menaces identifiées oblige à une plus grande cohérence des instruments juridiques pour combler les failles et lacunes juridiques. Cette étape dans le développement de l'encadrement juridique n'est possible que si les États acceptent enfin de définir juridiquement et précisément les menaces qui pèsent sur eux, qu'il s'agisse de terrorisme ou de cyber-attaque.

Le droit international en matière de légitime défense existe mais la recherche de solutions dans les règles juridiques actuelles ne semble pas totalement satisfaire les États qui persistent à vouloir élargir le champ d'application de la légitime défense afin de justifier leur recours à la force. Faut-il encore le rappeler, la légitime défense doit rester une exception au principe d'interdiction du recours à la force. Mais le droit international se doit d'apporter des solutions adaptées face aux nouvelles menaces pesant sur les États. Le droit international doit ainsi intégrer les spécificités technologiques dans ce domaine en proposant aux États des instruments juridiques de protection tout aussi spécifiques.

Conclusion générale

Le bilan tiré de l'examen de la légitime défense des États n'est pas des plus réjouissants. Au vu des tentatives d'élargissement sans cesse défendues par les États, il est légitime de se demander si la légitime défense, telle qu'elle fut conçue par les rédacteurs de la Charte des Nations Unies reste un mécanisme toujours adapté aux besoins des États. Le terrorisme, les armes de destruction massive et les nouvelles technologies ont ravivé des débats déjà anciens sur la définition et le caractère exceptionnel de la légitime défense. Peut-on pour autant parler d'échec du système de sécurité collective ? Assurément non, à condition que la légitime défense reste une exception au principe d'interdiction du recours à la force. Tout inversement de cette logique constituerait non seulement un échec du multilatéralisme, mais aussi du système des Nations Unies et plus généralement du droit international de l'après-guerre mis en place pour favoriser la paix et la sécurité internationales.

L'avenir de la légitime défense n'est pourtant pas totalement obscur. Cette notion a toujours été controversée et le restera sans doute tant elle illustre le fragile équilibre entre le besoin de protection des intérêts nationaux des États et les bénéfices tirés de la coopération inter-étatique. Les perspectives futures doivent se concentrer sur le caractère collectif du système autour du Conseil de sécurité et une admission limitée et encadrée de l'action préemptive, plus adaptée peut-être aux risques de dégâts majeurs des nouvelles formes d'agression.

Bibliographie

CORTEN (O.), *Le droit contre la guerre : l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2008, VII-867 p.

CORTEN (O.), « Les résolutions de l'Institut de droit international sur la légitime défense et sur les actions humanitaires », *R.B.D.I.*, vol. 40, 2007, pp. 598-626.

DUBUISSON (F.), « La guerre du Liban de l'été 2006 et le droit de légitime défense », *R.B.D.I.*, vol. 39, 2006, pp. 529-564.

EISEMANN (P.M.), « Attaques du 11 septembre et exercice d'un droit naturel de légitime défense », in BANNELIER (K.) et al. (dir.), *Le droit international face au terrorisme : après le 11 septembre 2001*, Paris, Pedone, 2003, 356 p., pp. 239-248

FRANCK (Th.), *Recourse to Force: State Action against Threats and armed attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, XII-205 p.

REISMAN (M.) et ARMSTRONG (A.), « The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense », *A.J.I.L.*, vol. 100, 2006, pp. 525-550.

SCHMITT (M.N.), *Computer network attack and international law*, Newport, RI, Naval War College, XV-568 p.

SCHWEBEL (S.M.), « Aggression, intervention and self-defense in modern international law », *R.C.A.D.I.*, tome 136, 1972-II, pp. 411-497.

S.F.D.I., *Les métamorphoses de la sécurité collective : droit, pratique, et enjeux stratégiques*, Journée franco-tunisienne, Paris, Pedone, 2005, 280 p.

SIERPINSKI (B.), « La légitime défense en droit international : quelques observations sur un concept juridique ambigu », *R.Q.D.I.*, vol. 19, 2006, pp. 79-120.

SOREL (J.-M.), « Le système onusien et le terrorisme ou l'histoire d'une ambiguïté volontaire », *L'observateur des Nations Unies*, 1999, pp. 31-57.

STAHN (C.), « Terrorist Acts as Armed Attack: the Right to Self-Defense, Article 51(1/2) of the UN Charter, and International Terrorism », *Fletcher Forum of World Affairs*, 2003, vol. 27, pp. 35-54.

VERHOEVEN (J.), « Libres propos sur le statut de la légitime défense en droit international », in KHERAD (R.) (dir.), *Légitimes défenses, colloque international organisé par le Laboratoire angevin de Recherches sur les Actes juridiques en collaboration avec le centre d'études sur la coopération juridique internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, 304 p., pp. 257-266

WEDGWOOD (R.), « The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense », *A.J.I.L.*, vol. 99, 2005, pp. 52-61.

WOOD (M.), « Nécessité et légitime défense dans la lutte contre le terrorisme : quelle est la pertinence de l'affaire de la Caroline aujourd'hui ? », in S.F.D.I., *La nécessité en droit international, colloque de Grenoble des 8-10 juin 2006*, Paris, Pedone, 2007, 384 p., pp. 281-286

LES ENJEUX ET DIFFICULTES LIES A LA QUALIFICATION DE CONFLIT ARME EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

ISABELLE FOUCHARD¹

Résumé :

La doctrine juridique et les discours politiques font apparaître diverses expressions destinées à décrire les nouvelles formes de conflits armés contemporains. Elles traduisent les difficultés croissantes d'appréhender les conflits armés contemporains et diverses situations de violence actuelles au travers des qualifications traditionnelles admises par le droit international humanitaire, qui se limitent aux conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux. L'objet de cette étude tend à montrer qu'avant d'envisager de nouvelles qualifications de conflits armés, ou de remettre en question l'adéquation des normes de droit international humanitaire aux situations actuelles, il serait avant tout souhaitable, pour une plus grande sécurité juridique, de préciser les critères de qualification les plus objectifs possibles, des conflits armés traditionnels, afin de clarifier les conditions de déclenchement de l'application du droit international humanitaire.

Dans la pratique, depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies de 1945, le terme de « conflit armé » s'est progressivement substitué, dans les textes juridiques, à celui de « guerre ». Ce dernier renvoyait en effet aux débats interminables sur la notion de guerre juste ou injuste et semblait, de ce fait, malléable et moins objectif que celui de conflit armé.

Mais au-delà des mots, la nature même des conflits armés s'est profondément modifiée depuis les origines du droit international humanitaire. Les conflits armés actuels ne prennent plus la forme d'une opposition entre les armées régulières d'Etats, en uniforme et opposées sur un champ de bataille matérialisé par un front, loin duquel se tenait la population civile. La majorité des conflits armés correspond à des conflits armés internes opposant un Etat à un ou plusieurs groupes armés organisés sur son territoire, ou plusieurs groupes armés organisés sur le territoire d'un même Etat. De même, la grande majorité des victimes des conflits armés actuels est à déplorer parmi la population civile, en particulier chez les personnes les plus vulnérables (femmes, enfants, réfugiés, etc.) ce dont attestent malheureusement à l'unanimité les rapports du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), de l'Organisation des Nations Unies (ONU), ou encore des organisations régionales telles que l'Union européenne.

Par ailleurs, à ces évolutions s'ajoute la montée des actes de terrorisme qui tend à brouiller encore les limites du conflit armé. C'est en effet après les attentats terroristes du 11 septembre 2001 que le terme de « guerre » a réinvesti le discours médiatique, politique mais aussi juridique. Les Etats-Unis ont bel et bien déclaré la guerre au terrorisme par résolution du Congrès du 18 septembre 2001, ouvrant la voie à l'adoption d'un droit pénal d'exception autorisant l'Etat à limiter certains droits et libertés fondamentaux, parmi lesquelles les garanties judiciaires. Bien au-delà des mots,

¹ Chercheur en droit international, Collège de France.

c'est ainsi le régime juridique applicable qui est en jeu et avec lui, notamment, celui affectant les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Mais les frontières entre la paix et la guerre se révèlent marquées par toute une gamme de zones grises.

De ces évolutions découle un certain nombre de difficultés à qualifier certaines situations de violence. En témoigne l'apparition de nouvelles expressions nées de la pratique pour exprimer les réalités diverses et variées des conflits armés actuels, qui dépassent bien souvent le cadre strict de la dichotomie entre conflit armé international et non international. On peut ainsi entendre parler de conflit armé « asymétrique » pour caractériser l'inégalité des rapports de forces entre les parties au conflit (Etat d'un côté, groupe armé de l'autre) et dont la conséquence est, souvent, que pour compenser cette inégalité du rapport de force, les groupes armés peuvent avoir recours à des méthodes et moyens de guerre contraires au droit international humanitaire, ce qui ne favorise pas le respect de ce droit par les Etats eux-mêmes. S'est également développée la notion de conflit armé « transnational » pour traduire l'extension d'un conflit armé interne au-delà du territoire d'un seul Etat, ou encore de conflit armé interne « internationalisé » pour décrire le changement de nature d'un conflit armé non international du fait de l'intervention étrangère – qu'il s'agisse de celle d'un ou plusieurs Etats tiers ou de celle de forces multinationales. La doctrine témoigne ainsi des difficultés de faire correspondre la diversité des formes de violences armées aux catégories juridiques consacrées par le droit international humanitaire.

Si ces diverses qualifications répondent à un souci légitime de renforcer la protection des personnes ne participant pas directement aux hostilités et, de manière plus générale, à une volonté de protéger les droits fondamentaux, elles emportent le risque de diluer le débat et de faire oublier que le droit international humanitaire, avec principalement les quatre Conventions de Genève de 1949², puis leurs deux protocoles additionnels de 1977³, mais également un certain nombre d'instruments spécifiques⁴, n'a à ce jour consacré que deux types de conflits armés : le conflit armé international et le conflit armé ne présentant pas un caractère international (ou conflit armé interne)⁵. L'autre risque qu'emportent ces qualifications diverses est celui de minorer l'application des règles du droit international humanitaire applicables dont le contenu évolue sans cesse en termes de protection des personnes ne prenant pas directement part aux hostilités (civils, blessés, prisonniers de guerre) et de réglementation des moyens et méthodes de combat.

Or le contenu du droit international humanitaire ne cesse de se développer, que ce soit pour protéger plus efficacement certaines catégories particulièrement vulnérables de civils (par exemple,

² Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949, R.T.N.U., vol. 75, p. 31 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, R.T.N.U., vol. 75, p. 85 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, R.T.N.U., vol. 75, p. 287 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, R.T.N.U., vol. 75, p. 135.

³ 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 et 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), auxquels s'est ajouté un troisième en 2005 (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III), 8 décembre 2005).

⁴ Pour la liste des nombreux instruments internationaux relatifs au droit international humanitaire, voir le site du CICR : [\[http://www.icrc.org/dih\]](http://www.icrc.org/dih)

⁵ Les termes de conflit armé « interne », « non international » ou « ne présentant pas un caractère international » seront utilisés indifféremment.

les enfants soldats⁶) ou pour élargir les interdictions relatives à l'utilisation d'armes non discriminatoires (par exemple les armes à sous-munitions⁷). Ceci même s'il est largement admis que les règles applicables aux conflits armés internationaux sont globalement plus développées et plus protectrices que celles applicables aux conflits armés non internationaux, dont le développement a longtemps été freiné par la réticence des Etats à reconnaître un statut (et donc non pas seulement des devoirs mais aussi des droits) aux groupes armés qu'ils combattaient sur leur territoire.

Il en découle que la qualification de conflit armé international ou non international emporte des conséquences juridiques différenciées et que le seul intérêt de les distinguer tient justement à ces différences de régime. Le CICR avait proposé en 1948 un projet d'article 2 qui prévoyait l'application des Conventions de Genève quelle que soit la nature du conflit armé qui surgirait sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties à ces Conventions. Cette proposition n'a pas été retenue par les négociateurs qui ont opté pour une réglementation extensive des conflits armés internationaux et se sont contentés d'un encadrement minimal des conflits armés internes au sein de l'article 3 commun. Depuis lors, le droit applicable aux conflits armés internationaux a été, et demeure dans une certaine mesure, bien plus protecteur que celui applicable aux conflits armés non internationaux.

Il ne s'agira pas ici de traiter du contenu des règles du droit humanitaire qui a fait récemment l'objet d'une étude très approfondie du CICR⁸. Au passage, il convient de préciser que cette étude affirme un rapprochement des régimes juridiques applicables aux conflits armés internationaux et aux conflits armés internes. Si on constate une tendance certaine en ce sens, comme peut en témoigner l'exemple invoqué par le CICR à savoir l'amendement en 2001 de la Convention sur certaines armes classiques⁹ qui a élargi son champ d'application aux conflits armés non internationaux, il semble difficile d'affirmer que cette évolution a déjà été accomplie de manière générale. En effet, seuls 111 Etats sont parties à ladite Convention et parmi eux seuls 72 ont adhéré à l'amendement de 2001. Par ailleurs, autre élément significatif de la pratique étatique, l'article 8 du Statut de Rome, adopté en 1998, distingue les crimes de guerre selon qu'ils ont été commis en temps de conflit armé international ou ne présentant pas un caractère international. Egalement en ce sens, le travail engagé en 2000, par la Commission du droit international (CDI) sur le thème des effets des conflits armés sur les traités montre que la définition à accorder dans ce contexte aux « conflits armés » a donné lieu à d'intenses débats, notamment sur le point de savoir si devaient être pris en compte les seuls conflits armés internationaux ou également les conflits armés non internationaux¹⁰.

Néanmoins, aucune autorité internationale, et encore moins supranationale, ne dispose du pouvoir de qualifier une situation de violence de « troubles et tensions internes », de conflit armé

⁶ Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, 25 mai 2000, entrée en vigueur le 12 février 2002 (132 Etats parties et 25 Etats signataires).

⁷ Convention sur les armes à sous-munitions, adoptée à Dublin le 30 mai 2008, qui compte en mars 2010, 30 Etats parties et 74 Etats signataires (non encore en vigueur).

⁸ « b) L'expression « conflit armé » s'entend d'un Etat de guerre ou d'un conflit qui implique des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application des traités entre les Etats parties au conflit armé ou entre ces Etats et des Etats tiers, indépendamment de toute déclaration formelle de guerre ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque ou l'ensemble des parties au conflit armé ».

⁹ Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, Genève, 10 octobre 1980 (modifiée le 21 décembre 2001), Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1342, p. 137.

¹⁰ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 59^e session (7 mai au 5 juin et 9 juillet au 10 août 2007) Supp. N°10 (A/62/10), § 284-288 : « b) L'expression « conflit armé » s'entend d'un Etat de guerre ou d'un conflit qui implique des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application des traités entre les Etats parties au conflit armé ou entre ces Etats et des Etats tiers, indépendamment de toute déclaration formelle de guerre ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque ou l'ensemble des parties au conflit armé ».

interne ou de conflit armé international. Ainsi, le changement de vocable (guerre/conflit armé) ne règle pas, loin s'en faut, la question de la qualification des situations de violences susceptibles d'être qualifiées de conflit armé et donc de déclencher l'application du droit international humanitaire.

Il semble ainsi utile, non de remettre en question les catégories de conflit armé existantes, ou de contester le contenu des règles du droit humanitaire mais, avant tout, de favoriser leur application effective par la détermination de critères, les plus objectifs possibles, de l'applicabilité de cette branche du droit. Pour ce faire, il convient de préciser les frontières souvent ténues entre temps de paix et temps de conflit armé, et entre conflit armé non international et conflit armé international.

Parce que ces qualifications juridiques continuent de donner lieu à des régimes juridiques différents, il demeure ainsi pertinent d'examiner les difficultés de distinguer entre les situations de troubles et tensions internes et les conflits armés internes (I) puis entre ces mêmes conflits et les conflits armés internationaux (II).

PARTIE I : LA DISTINCTION ENTRE LES SITUATIONS DE TROUBLES ET TENSIONS INTERNES ET LES CONFLITS ARMES NE PRESENTANT PAS UN CARACTERE INTERNATIONAL

L'enjeu de la distinction entre les situations de troubles et tensions internes et les conflits armés non internationaux consiste à déterminer le droit applicable : en temps de paix, même en cas de troubles et tensions internes, c'est le droit commun (interne et international) qui doit s'appliquer ; en revanche, dès lors que les critères requis pour qualifier le conflit armé interne sont réunis, c'est alors les dispositions pertinentes du droit international humanitaire qui s'appliquent, à savoir l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole additionnel II à ces mêmes conventions. En pratique, la distinction n'est pas si évidente, d'où l'intérêt d'envisager les critères de distinction dégagés des textes conventionnels et étayés par la jurisprudence internationale.

A. Les contours du conflit armé interne dans le droit conventionnel et coutumier

Le temps de paix appelle l'application par l'Etat du droit commun (interne et international), ceci même dans certaines « situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire »¹¹ qui n'atteignent pas le seuil requis pour constituer un conflit armé. En revanche, que l'on parle de guerre ou de conflit armé, de nature interne ou internationale, ces situations déclenchent – en principe – automatiquement l'application d'un droit spécifique, le droit international humanitaire, comme le confirme la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) :

« Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non »¹².

¹¹ Selon les termes de l'article 8 § 2 al. d) et f).

¹² TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 70.

Par ailleurs, il résulte des Conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels, tel que cela est confirmé dans leurs commentaires par le CICR, que nulle formalité, telle que la déclaration de guerre, ou la reconnaissance des parties aux conflits, n'est désormais exigée pour caractériser le conflit armé : la survenance de fait d'une opposition armée entre deux Etats ou d'un conflit armé prolongé entre des groupes armés organisés entre eux ou avec les forces armées d'un Etat sur le territoire de cet Etat constitue en tant que tel un conflit armé déclenchant automatiquement l'application du droit international humanitaire. C'est ce dont témoigne la jurisprudence Akayesu du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), à propos des conflits armés non internationaux, mais dont la portée peut être étendue aux conflits armés internationaux dans les conditions requises :

« le soin de déterminer l'intensité du conflit ne présentant pas un caractère international n'est pas laissé à l'appréciation subjective des parties aux conflits. (...) Si l'application du droit international humanitaire dépendait de la seule appréciation subjective des parties aux conflits, celles-ci auraient dans la plupart des cas tendance à en minimiser l'intensité. Aussi, sur la base de critères objectifs, l'article 3 commun et le Protocole additionnel II trouvent-ils application dès lors qu'il est établi qu'il existe un conflit armé interne qui satisfait leurs critères préétablis respectifs »¹³.

L'article 3 commun aux Conventions de Genève¹⁴ ne définit pas, en tant que tels, les conflits armés internes : il se borne à limiter l'application de l'article 3 aux « cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes ». Il prévoit, dans cette hypothèse, des garanties minimales, désormais considérées unanimement comme coutumières, de protection des personnes ne participant pas directement aux hostilités. Depuis 2006, les Conventions de Genève sont les premiers instruments véritablement universels avec 194 États parties. Par ailleurs, 169 États sont maintenant parties au Protocole additionnel I (et 5 signataires) et 165 au Protocole additionnel II (et 4 signataires)¹⁵. Il est par conséquent largement admis que les normes véhiculées par les Conventions de Genève, et une partie des normes découlant de leurs Protocoles additionnels, relèvent désormais du droit international coutumier et donc s'appliquent à l'ensemble des conflits armés.

¹³ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Sentence*, 2 octobre 1998, § 603.

¹⁴ « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

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

A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices;

b) les prises d'otages;

c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;

d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés. Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit. Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention. L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit ».

¹⁵ Selon le site du CICR, consulté le 10 mars 2010 : <http://www.icrc.org/dih.nsf/INTRO?OpenView>

L'article premier du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève de 1949¹⁶ en définit le champ d'application matériel par la négative. Il indique en effet, d'abord, qu'il s'applique à « tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 2 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) » (art. 1 § 1) et qu'il « ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés » (art. 1 § 2).

Mais comment distinguer, en pratique, un conflit armé non international d'une situation de troubles et tensions internes dans laquelle l'Etat est susceptible d'agir via ses forces de polices ou ses forces armées pour rétablir l'ordre public et la sécurité contre les agissements de groupes d'individus, quels qu'ils soient, ayant recours à la force ?

A cet égard, le Protocole II précise les conditions requises pour son application, à savoir que le conflit armé se déroule sur le territoire d'un Etat partie au Protocole, entre « ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés ». Ce faisant, il définit les éléments permettant de distinguer entre un conflit armé interne et les situations de tensions internes ou de troubles intérieurs, non pas en définissant un seuil de violence (très difficile à établir et très subjectif dans son évaluation), mais par les spécificités attachées aux protagonistes des conflits armés internes, à savoir les « groupes armés organisés ». En effet, ces groupes armés organisés pour être qualifiés de tels, et de ce fait distingués de groupes criminels, terroristes ou d'émeutiers, doivent :

- agir « sous la conduite d'un commandement responsable »,
- exercer « sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le Protocole II ».

Si le premier critère ne distingue pas nécessairement les groupes armés organisés des groupes organisés criminels, mafieux, ou terroristes, en revanche, le second critère permet de les différencier. En effet, l'exigence tendant à ce que le groupe exerce un contrôle sur une partie du territoire limite la qualification de cette dernière catégorie de groupes organisés. A cela s'ajoute le fait que ce contrôle doit répondre à certaines conditions à savoir qu'il permette la conduite d'opérations militaires, qui elles-mêmes doivent présenter la double caractéristique d'être « continues et concertées », et que le contrôle permette d'appliquer le Protocole II.

Ainsi, les conditions d'application du Protocole II se présentent comme plus exigeantes que celles de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, dont la portée est donc plus large et qui peut s'appliquer lorsque l'ensemble des critères posés par le Protocole II ne sera pas réuni. En témoigne le commentaire de cet article par le CICR selon lequel : « le Protocole ne s'applique qu'à des conflits

¹⁶ « 1. Le présent Protocole, qui développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 2 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole.

2. Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés ».

d'une certaine intensité et n'a pas exactement la même portée que l'article 3 commun, qui vaut dans toutes les situations de conflit armé non international »¹⁷.

Ces textes se sont vus reconnaître une valeur coutumière, confirmée notamment par la jurisprudence internationale puis par les termes du Statut de Rome.

B. Les précisions apportées par les juridictions pénales internationales

C'est la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux qui a permis une clarification des éléments de qualification des conflits armés et notamment des critères admis pour distinguer un conflit armé non international de simples troubles et tensions internes. La décision emblématique en matière de définition des conflits armés est celle rendue par le TPIY en l'affaire Tadic déjà mentionnée¹⁸. La valeur coutumière de cette définition n'a jamais été démentie. En revanche, un certain nombre de précisions ont été apportées par la jurisprudence postérieure sur les questions du seuil requis, à la fois en terme d'organisation et d'intensité des combats.

Dans la pratique, les Chambres de première instance, ont estimé que le critère tiré des violences armées prolongées se rapportait davantage à l'intensité de ces violences qu'à leur durée. Afin d'apprécier l'intensité des violences, les Chambres ont tenu compte d'éléments symptomatiques dont aucun n'est par lui-même essentiel pour établir que les combats sont suffisamment intenses mais dont la conjonction au cas par cas permet d'établir que les violences ont dépassé le seuil d'intensité nécessaire pour caractériser un conflit armé. Parmi ces éléments retenus par le TPIY, on peut citer : le nombre, la durée et l'intensité des différents affrontements ; les types d'armes et autres matériels militaires utilisés ; le nombre de munitions tirées et leur calibre ; le nombre de personnes et le type de forces engagées dans les combats ; le nombre de victimes ; l'étendue des destructions ; le nombre de civils ayant fui la zone des combats ; ainsi que de l'engagement du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁹.

Le second critère retenu par la jurisprudence Tadic est, nous l'avons dit, celui consistant à déterminer si les parties au conflit étaient organisées. A cet égard, la jurisprudence du TPIY a souligné qu'il ne peut y avoir de conflit armé que si les parties sont suffisamment organisées pour s'affronter avec des moyens militaires. En ce qui concerne les autorités étatiques, elles sont présumées disposer de forces armées remplissant cette condition. En revanche, pour les groupes armés, les Chambres de première instance ont tenu compte de plusieurs éléments qui, de la même manière que pour l'évaluation de l'intensité du conflit, constituent des traits saillants mais dont aucun n'est en soi essentiel ou suffisant pour établir que la condition d'« organisation » est satisfaite. Selon la jurisprudence *Tadic* :

« un groupe organisé et structuré hiérarchiquement, comme une unité militaire ou, en temps de guerre ou de troubles internes, des bandes d'éléments irréguliers ou de rebelles armés (...) diffère manifestement d'un individu du fait qu'il est doté d'une structure, d'une chaîne de

¹⁷ Cf. le commentaire en ligne sur le site du CICR : [<http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/475-760004?OpenDocument>]

¹⁸ Cf *supra*, TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 70.

¹⁹ Pour un récapitulatif de l'ensemble de la jurisprudence antérieure sur ce point, Cf. TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, n° IT-04-84-T, 3 avril 2008, § 39-49.

commandement, d'un ensemble de règles ainsi que de symboles extérieurs d'autorité. En principe, les membres du groupe n'agissent pas de manière indépendante mais se conforment aux règles en vigueur dans le groupe et sont soumis à l'autorité du chef »²⁰.

Parmi les éléments dégagés par la jurisprudence du TPIY pour établir le caractère « organisé » du groupe, on peut citer : l'existence d'une structure de commandement, de règles de discipline et d'instances disciplinaires au sein du groupe ; d'un quartier général ; le fait que le groupe contrôle un territoire délimité ; la capacité qu'a le groupe de se procurer des armes et autres équipements militaires, de recruter et de donner une instruction militaire ; la capacité de planifier, coordonner et mener des opérations militaires, notamment d'effectuer des mouvements de troupes et d'assurer un soutien logistique ; la capacité de définir une stratégie militaire unique et d'user de tactiques militaires ; et la capacité de s'exprimer d'une seule voix et de conclure des accords comme des accords de cessez-le-feu ou de paix²¹.

La décision Tadic a sans cesse été confirmée et précisée par la jurisprudence subséquente. A titre d'exemple, le TPIY dans l'affaire Limaj a affirmé qu'un conflit armé avait éclaté entre les forces serbes et l'UÇK au Kosovo avant la fin mai 1998, parce que :

- en termes d'organisation :

« À cette époque, l'UÇK était dotée d'un état-major général qui nommait les commandants de zone, donnait des ordres aux différentes unités existantes ou en voie de création, et publiait des communiqués au nom de l'organisation. Les commandants d'unité donnaient les ordres de combat et, en règle générale, les unités et les soldats qui leur étaient subordonnés les exécutaient. Des mesures avaient été prises pour établir un règlement disciplinaire et créer une police militaire, ainsi que pour recruter, entraîner et équiper de nouveaux soldats. Même si, en règle générale, les soldats de l'UÇK n'étaient pas aussi bien équipés que ceux de la VJ et du MUP, ils étaient armés, notamment de mortiers d'artillerie et de lance-roquettes. En juillet 1998, l'UÇK avait été reconnue comme un interlocuteur valable et essentiel dans les négociations menées avec les gouvernements et organismes internationaux en vue de résoudre la crise au Kosovo et de fixer les conditions d'un cessez-le-feu »²².

- en termes d'intensité des violences :

« En outre, à la fin mai 1998, les unités de l'UÇK étaient continuellement engagées dans des affrontements armés avec de gros effectifs serbes dans des régions allant de la frontière entre le Kosovo et l'Albanie à l'est aux environs de Prishtina/Priština à l'ouest, et de Prizren et la frontière entre le Kosovo et la Macédoine au sud à la municipalité de Mitrovica/Kosovska Mitrovica au nord. Le fait que l'UÇK ait pu engager des opérations si variées est une preuve supplémentaire de son degré d'organisation. Les Serbes avaient mobilisé des forces spéciales du MUP et de la VJ fortement armées dans le but de combattre et réprimer l'UÇK. Les actions militaires avaient

²⁰ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt, 15 juillet 1999, § 120.

²¹ Pour un récapitulatif de l'ensemble de la jurisprudence antérieure sur ce point, Cf. TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, n° IT-04-84-T, 3 avril 2008, § 50-60.

²² TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, IT-03-66-T, Jugement, 30 novembre 2005, § 171.

contraint des civils serbes et albanais du Kosovo à quitter foyers, villages et villes, alors que le nombre de victimes ne cessait d'augmenter »²³.

La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux ad hoc a été confirmée par les dispositions du Statut de Rome dont l'article 8 distingue entre les crimes de guerre commis en temps de « conflit armé international » et ceux commis lors d'un « conflit armé ne présentant pas un caractère international ». L'article 8 précise que les conflits armés ne présentant pas un caractère international sont ceux « qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux » (art. 8 § 2 f)). Il les distingue par ailleurs des « situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire » (art. 8 § 2 d)).

Par ailleurs, les Éléments des crimes associés au Statut de Rome et destinés à aider les juges de la Cour pénale internationale (CPI) à interpréter le Statut indiquent que si le crime doit avoir eu lieu « dans le contexte de et [était] associé à » un conflit armé, il n'est pas nécessaire d'établir que l'auteur a déterminé sur le plan juridique l'existence d'un conflit armé ou le caractère international ou non international du conflit. Ainsi, il suffit que l'auteur ait eu connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé.

Mais il va sans dire que les circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé, qui comprennent les luttes légitimes de libération nationale, sont en pratique parfois peu éloignées de situations dans lesquelles les forces armées d'un Etat doivent au nom du maintien de l'ordre public mettre un terme à des émeutes ou actes de violence, dont les actes terroristes. A cela s'ajoute le fait que l'article 8 § 3 du Statut de Rome précise qu'il n'affecte pas « la responsabilité d'un gouvernement de maintenir ou rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes ».

L'exemple colombien est une excellente illustration des frontières mouvantes entre les « situations de troubles et tensions internes » et les conflits armés internes. Dans l'affaire *Caso de la Masacre de Mapiripán*, notamment, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a distingué deux périodes. D'abord, les années 1970 qui ont marqué l'apparition de divers groupes de guérilleros dont l'activité a conduit l'Etat colombien à déclarer le trouble à l'ordre public et l'état d'urgence sur le territoire national et à créer des groupes d'autodéfense pour combattre les guérilleros, groupes qui avec le temps ont modifié leurs objectifs et se sont convertis en groupes paramilitaires. La Cour se réfère alors par rapport aux années 1980 à un « conflit armé interne en Colombie » évoquant les « groupes armés illégaux dénommés 'paramilitaires' »²⁴.

Se pose aussi naturellement la question de savoir si les groupes terroristes peuvent être considérés comme des groupes armés organisés ? En effet, le TPIY dans l'affaire *Limaj* a réaffirmé que « seuls deux critères doivent être pris en compte pour déterminer l'existence d'un conflit armé,

²³ *Ibid.*, § 172.

²⁴ Cour IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*, 7 mars 2005, Serie C No. 122, § 96.1 a 96.3. (traduction de l'auteur). Egalement : Cour IDH, *Valle Jaramillo et al. c. Colombie*, arrêt du 27 novembre 2008 ; et Commission interaméricaine des droits de l'homme *Abella c. Argentine*, 1997, § 149-151.

à savoir l'intensité du conflit et l'organisation des parties » et précisé que « peu importe donc que l'objectif se soit ou non limité à commettre des actes de violences »²⁵. Ainsi, tout argument lié aux mobiles des violences se révèle sans intérêt. Or certains groupes terroristes s'apparentent organiquement à des groupes armés organisés. Ils peuvent être, d'abord, parfaitement organisés, hiérarchisés selon une chaîne de commandement et lourdement armés et, d'autre part, utiliser des moyens et méthodes de combat tels que le niveau de violence atteint, requiert non pas seulement des opérations de police mais des actions militaires. Si, selon une analyse au cas par cas, une situation de violence résultant d'actes terroristes devait correspondre aux critères dégagés pour qualifier un conflit armé interne, alors lesdits terroristes devraient se voir reconnaître le statut de combattant et, le cas échéant, de prisonnier de guerre avec tous les droits qu'il comporte. A l'inverse, si ces critères ne sont pas remplis, il convient de considérer ces actes comme des actes criminels appelant l'application du droit pénal tel que prévu en temps de paix, avec l'ensemble des garanties et droits fondamentaux y attachés. On le sait, les choses sont bien différentes en pratique, où trop souvent dans les démocraties mêmes qui prétendent défendre l'Etat de droit, les terroristes demeurent dans un flou juridique volontairement créé et maintenu – tel que celui de combattant illégal – destiné à les priver de toute protection juridique et à ménager aux Etats qui les combattent la plus grande marge de manœuvre possible. Le conflit israélo-palestinien constitue l'exemple type des difficultés et risques d'instrumentalisation des frontières ténues entre terrorisme et lutte légitime contre la domination coloniale, entre lutte contre le terrorisme et conflit armé, entre application du droit pénal interne et international et application du droit international humanitaire, avec l'ensemble des garanties attachés à ces régimes.

Mais la question de la qualification et des délimitations entre régimes juridiques se pose également entre les conflits armés internes et les conflits armés internationaux.

PARTIE II : LA FRONTIERE ENTRE LES CONFLITS ARMES NON INTERNATIONAUX ET LES CONFLITS ARMES INTERNATIONAUX : LA QUESTION DES ETATS TIERS DIRIGEANT OU CONTROLANT DES GROUPES ARMES ORGANISES

La distinction entre les conflits armés internes et les conflits armés internationaux peut sembler de prime abord assez simple parce que nettement spécifiée par le droit international humanitaire. Et c'est le cas en effet. Comme nous l'avons indiqué, les conflits armés internationaux opposent au moins deux Etats entre eux alors que les conflits armés internes opposent les forces armées d'un Etat à un groupe organisé ou plusieurs groupes organisés entre eux sur le territoire d'un Etat. La difficulté réside en pratique dans l'action masquée d'un Etat contre un autre par le biais de son soutien à des groupes armés organisés agissant sur le territoire de cet Etat. Lorsque ce soutien est tel que finalement ce sont deux Etats qui s'opposent, on considère qu'alors le conflit armé interne s'internationalise.

Mais bien sûr la difficulté est ici de déterminer le seuil nécessaire d'intervention ou de soutien du groupe armé organisé par l'Etat tiers. L'enjeu de cette distinction consiste encore une fois à identifier le régime juridique applicable : les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole I ou celui, moins protecteur de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole II ?

²⁵ TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, IT-03-66-T, Jugement, 30 novembre 2005, § 170.

A. Les contours du conflit armé international dans le droit conventionnel

Le grand apport de l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949, par rapport aux conventions antérieures, est qu'il précise les conditions dans lesquelles ces conventions s'appliquent. Auparavant, les Etats considéraient que les conventions ne s'appliquaient qu'aux guerres interétatiques, régulièrement déclarées et impliquant une reconnaissance mutuelle de l'état de belligérance par les deux parties. Ces conditions offraient aux Etats engagés dans un conflit armé la possibilité de nier l'application des règles conventionnelles de droit humanitaire pour peu que la guerre n'ait pas été régulièrement déclarée ou reconnue par l'une des parties. C'est la raison pour laquelle l'article 2 commun aux Conventions de Genève, conformément à la position défendue par le CICR, prend soin de préciser que « la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ». Dès lors, il suffit que les hostilités aient éclaté en fait pour que les Conventions de Genève soient applicables sans aucune autre formalité.

La seule condition qui demeure est propre à l'effet relatif des traités qui implique qu'une convention internationale ne lie que les Etats qui l'ont ratifiée. A cet égard, cet article améliore et renforce la protection offerte par les conventions précédentes en prévoyant que : « Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions ». Autrement dit, il comble la lacune antérieure découlant de la situation dans laquelle un Etat lié par les dispositions des Conventions de Genève entrerait en conflit avec un Etat qui n'y était pas partie. Il s'agit d'une formule de compromis entre l'application la plus large possible de la Convention mais dans le respect de la souveraineté des Etats et selon le principe d'égalité des parties. Ainsi, tous les Etats parties en conflit doivent, dans leurs rapports réciproques, appliquer les dispositions des Conventions de Genève, même si des Etats non parties prennent part aux hostilités. Par ailleurs, est ménagée la possibilité d'étendre l'application desdites conventions à des Etats non parties qui y consentent. En pratique, avant d'obtenir ce consentement par l'Etat non partie, les Etats parties appliqueront le droit découlant des Conventions de Genève.

Par ailleurs, l'article 2 commun aux Conventions de Genève étend encore le champ d'application des Conventions, et donc assimile « tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire », à un conflit armé international. Cette disposition permet la protection des militaires malades du pays occupé ainsi que celle de l'ensemble du personnel, des établissements et des biens protégés par la Convention. La Cour internationale de Justice (CIJ) a récemment rappelé les éléments d'une situation d'occupation dans sa décision du 19 décembre 2005, en l'affaire opposant la République démocratique du Congo (RDC) et l'Ouganda :

« selon le droit international coutumier tel que reflété à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907, un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et que l'occupation ne s'étend qu'au territoire où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer »²⁶.

²⁶ *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), Arrêt du 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 59, § 172, voir aussi *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004, p. 167, § 78, et § 172, § 89.

La CIJ a considéré qu'il lui fallait donc « s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais »²⁷ pour pouvoir considérer « que l'Ouganda avait établi et exerçait son autorité en Ituri en tant que puissance occupante »²⁸.

Les éléments développés par l'article 2 commun aux Conventions de Genève seront repris pour déterminer le champ d'application de la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé²⁹. De même, l'article 1 § 3 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 applicable aux conflits armés internationaux en précise le champ d'application. Ce faisant il renvoie à l'article 2 commun aux Conventions de Genève mais ajoute, en son § 4, qu'il inclut « les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ». Il étend par conséquent la qualification des conflits armés internationaux par rapport à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, intégrant les évolutions du droit provoquées par le régime d'apartheid instauré en Afrique du Sud et par le mouvement de décolonisation.

Le Statut de Rome et les éléments des crimes ne fournissent pas de définition du conflit armé international en vue de l'application de l'article 8-2-b. Seule la note 34 des Eléments des crimes mentionne que l'expression « conflit armé international » englobe l'occupation militaire, confirmant ainsi la jurisprudence de la CIJ sur ce point.

A cet égard, il convient à présent de se tourner vers la jurisprudence des juridictions internationales qui ont permis de fortes évolutions du droit international humanitaire et, notamment, quant à la qualification d'un conflit armé.

B. Les (im)précisions de la jurisprudence internationale sur le niveau de contrôle requis

Le conflit armé international apparaît comme le plus simple à définir : un conflit armé est de caractère international s'il oppose deux ou plusieurs États³⁰. Bien entendu, se pose toute la question de savoir à partir de quel moment et à quel niveau d'implication un Etat peut être considéré comme s'opposant à un autre par le biais du soutien qu'il apporte à un groupe armé organisé agissant sur le territoire d'un autre Etat contre ce même Etat.

La question a fait l'objet d'un double examen par les juridictions internationales : d'abord, par la CIJ qui a compétence pour trancher les différends entre Etats, puis par le TPIY compétents pour juger de la responsabilité pénale individuelle des auteurs de crimes internationaux. La première l'a abordée sous l'angle de la responsabilité des Etats et le second sous celui de la qualification du conflit armé – interne ou international – en vue de la détermination du droit applicable.

²⁷ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), Arrêt du 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 59, § 173.

²⁸ *Ibid.*, § 175.

²⁹ Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, conclue à La Haye, le 14 mai 1954, Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 249, p. 241.

³⁰ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt, 15 juillet 1999, § 84.

En ce qui concerne la CIJ d'abord, elle a eu l'occasion de traiter indirectement de la question de la définition d'un conflit armé, international ou non, en matière d'attribution d'un acte internationalement illicite à un Etat. L'hypothèse d'attribution la plus délicate, en droit de la responsabilité internationale des Etats³¹, est celle soulevée par l'attribution à un Etat du comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes (dont les groupes armés organisés) qui « en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat »³². Toute la difficulté consiste, dans ce cas, à déterminer les critères permettant de constater que l'acte est bel et bien commis « sous le contrôle » de l'Etat, notion très subjective.

La CIJ a eu l'occasion dans son arrêt Nicaragua³³ de se prononcer sur le niveau requis de contrôle pour permettre l'attribution à l'Etat des comportements d'entités privées dont il favorise d'une manière ou d'une autre les activités. A cette occasion, la Cour a estimé devoir :

*« déterminer si les liens entre les contras et le Gouvernement des Etats-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les contras à un organe du Gouvernement des Etats-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement »*³⁴.

La CIJ annonce ainsi une exigence très élevée quant au niveau de direction et de contrôle devant lier les entités privées à l'Etat. Ce lien doit en effet être on ne peut plus « effectif » en ce qu'il requiert une « totale dépendance »³⁵ :

« La Cour a estimé (paragraphe 110 ci-dessus) que, même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des contras, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même, d'après les informations dont la Cour dispose, pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes commis par les contras au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. Toutes les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des Etats-Unis.

*Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »*³⁶.

³¹ Codifié par la Commission du droit international (CDI) dans le *Projet d'articles relatifs sur la responsabilité internationale des Etats pour fait internationalement illicites*, adopté en seconde lecture par la CDI en 2001, et annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, et rectifié par document A/56/49 (Vol. I)/Corr.3. Disponible en ligne sur le site de la Commission du droit international : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/9_6_2001_francais.pdf

³² Article 8, intitulé « Comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat ».

³³ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, op. cit., p. 14.

³⁴ *Ibid.*, p. 62, § 109.

³⁵ *Ibid.*, § 110.

³⁶ *Ibid.*, pp. 64-65, § 115.

La Cour retient ici un lien extrêmement ténu entre l'Etat et les violations commises, en ce sens où, non seulement il doit être établi un « contrôle général » doublé d'une « forte dépendance », mais encore que l'Etat exerçait un « contrôle effectif des opérations ». Ceci implique une exigence très lourde en termes de preuves pour établir le contrôle effectif de l'Etat sur les individus ou groupes d'individus, au cas par cas, pour chaque opération au cours de laquelle des violations du droit international auraient eu lieu. La CIJ requiert ainsi que les entités privées non seulement soient payées ou financées par un Etat et que leur action soit coordonnée ou supervisée par cet Etat, mais également que ce dernier ait émis des instructions spécifiques concernant la commission de l'acte illicite en question³⁷.

La jurisprudence du TPIY a également montré que la frontière entre le conflit armé interne et international se révèle perméable, avec les enjeux que cela soulève en termes de droit applicable. Elle a pu affirmer, par exemple, dans l'affaire *Tadic* qu'« un conflit armé interne qui éclate sur le territoire d'un Etat peut devenir international (ou, selon les circonstances, présenter parallèlement un caractère international) si i) les troupes d'un autre Etat interviennent dans le conflit ou encore, si ii) certains participants au conflit armé interne agissent au nom de cet autre Etat »³⁸.

Pour déterminer le degré de contrôle nécessaire, le TPIY s'est écarté de la jurisprudence Nicaragua pour retenir des exigences plus souples : il a ainsi écarté l'application du « contrôle effectif » exigé par la CIJ pour estimer qu'un « contrôle global » de l'Etat sur un groupe organisé suffisait³⁹. Selon lui, « [u]n groupe organisé se livre normalement à toute une série d'activités. S'il est sous le contrôle global de l'Etat, celui-ci est forcément responsable de ses actes, qu'il ait ou non imposé, demandé ou ordonné chacun d'eux »⁴⁰. De même, il a admis que ce critère pouvait être rempli, même si les forces armées agissant au nom de « l'Etat exerçant le contrôle », avaient, tout en participant à une stratégie établie d'un commun accord avec ledit Etat, le choix des moyens et de la tactique »⁴¹. Enfin, il a ajouté que « (l)orsque l'Etat exerçant le contrôle se trouve être voisin de l'Etat où se déroule le conflit et qu'il vise à satisfaire ses visées expansionnistes à travers les forces armées qu'il contrôle, le degré de contrôle requis peut être plus facilement établi »⁴². On voit bien là, la différence avec les exigences de la CIJ et les raisons mêmes de cette différence : le TPIY tente de faciliter l'engagement de la responsabilité pénale internationale d'auteurs de violations graves du droit international humanitaire (plus large en cas de conflit armé international), tandis que la CIJ s'efforce de préserver au maximum la souveraineté des Etats en limitant les possibilités de retenir la responsabilité étatique pour le comportement d'individus ou d'entités privés.

Cette jurisprudence constante a également été confirmée par la jurisprudence Brdjanin⁴³ qui a détaillé trois critères de détermination du degré de contrôle dont dispose une puissance étrangère sur les forces armées engagées à son service :

- pour les forces armées, milices ou unités paramilitaires agissant en tant qu'organes de fait de l'Etat, il suffit d'établir le caractère global du contrôle.
- Pour les autres groupes militaires, un Etat dispose du degré de contrôle requis en droit international lorsque cumulativement : i) il joue un rôle dans l'organisation, la

³⁷ Comme le résume le TPIY en l'affaire *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999, § 114.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibid.*, § 120.

⁴⁰ *Ibid.*, § 122.

⁴¹ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, IT-96-21-T, Arrêt, 20 février 2001, § 47.

⁴² TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999, § 140.

⁴³ TPIY, *Le Procureur c. Radoslav Brdjanin*, IT-99-36-T, Jugement, 1^{er} septembre 2004, § 124.

coordination ou la planification des actions militaires du groupe militaire et que, en outre, ii) il finance, entraîne et équipe ce groupe ou lui apporte son soutien opérationnel.

En découle que la qualification d'un conflit armé international est plus aisée devant les juridictions pénales internationales que devant la CIJ, chacune retenant selon son domaine respectif de compétence (la responsabilité pénale internationale des individus / la responsabilité internationale des Etats) des critères différents qu'elles maintiennent respectivement malgré les interférences entre les affaires qu'elles jugent et les divergences de jurisprudence.

En effet, dans un arrêt de 2007 rendu dans une affaire opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie-Monténégro, la CIJ a confirmé le test dit du « contrôle effectif ». Cette affaire impliquait l'examen par la Cour de la question de l'attribution du génocide de Sarajevo au défendeur, à raison de ses instructions ou de son contrôle sur ses auteurs. Ce faisant elle a repoussé le test du « contrôle global » considéré comme « présentant le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des Etats bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un Etat n'est responsable que de son propre comportement »⁴⁴. Elle le juge dès lors « inadapté, car il distend trop, jusqu'à le rompre ou presque, le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'Etat et la responsabilité internationale de ce dernier »⁴⁵. Elle admet néanmoins que le critère du contrôle global puisse se révéler « pertinent et adéquat » en matière de qualification d'un conflit armé, sans pour autant juger nécessaire de « prendre parti sur ce point dans la présente affaire »⁴⁶.

Un autre exemple des interactions possibles entre les affaires jugées par la CIJ et celles jugées par les juridictions pénales internationales et des possibles divergences de jurisprudence est l'affaire Lubanga⁴⁷, dans laquelle la Cour pénale internationale (CPI) a eu récemment l'occasion de se prononcer sur la qualification du conflit armé en Ituri. Le Procureur faisait valoir que le conflit armé, ayant eu cours en République démocratique du Congo dans la région de l'Ituri, était de nature interne, tandis que la Défense affirmait qu'il s'agissait d'un conflit armé international dans la mesure où au cours de la période visée, la région de l'Ituri était sous le contrôle de l'Ouganda, du Rwanda ou de la MONUC⁴⁸. La Chambre, faute d'indications sur ce point dans le Statut de Rome va s'appuyer sur les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés⁴⁹, et rappeler le commentaire des Conventions de Genève selon lequel : « tout différend surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention des membres des forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des parties conteste l'état de belligérance. Ni la durée du conflit, ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent de rôle. Le respect dû à la personne humaine ne se mesure pas au nombre des victimes »⁵⁰. Ainsi, la Chambre a considéré :

⁴⁴ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine/Yougoslavie), exceptions préliminaires, fond, arrêt, 26 février 2007, § 406.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibid. § 404.

⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007.

⁴⁸ Ibid., § 200.

⁴⁹ Ibid., § 205.

⁵⁰ CICR, Commentaire de la IVème Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, p. 26.

« qu'un conflit armé est de caractère international s'il oppose deux ou plusieurs États, et que cette notion couvre les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'un État tiers, que cette occupation, de tout ou partie du territoire, rencontre ou non une résistance militaire. De plus, un conflit armé interne qui éclate sur le territoire d'un État peut devenir international-ou, selon les circonstances, présenter parallèlement un caractère international-si i) les troupes d'un autre État interviennent dans le conflit (intervention directe) ou si ii) certains participants au conflit armé interne agissent au nom de cet autre État (intervention indirecte) »⁵¹.

Ainsi, dans la droite ligne de la jurisprudence du TPIY, la CPI affirme « que lorsqu'un État n'est pas directement intervenu sur le territoire d'un autre État en utilisant ses propres troupes, le critère du contrôle global s'applique afin de déterminer si des forces armées agissent au nom du premier État. C'est le cas lorsque cet État joue un rôle dans l'organisation, la coordination et la planification des actions militaires du groupe militaire, en plus du financement, de l'entraînement, de l'équipement ou du soutien opérationnel qu'il lui apporte »⁵².

La Cour pénale internationale illustre ici le caractère évolutif de la qualification des conflits armés et les frontières mouvantes entre conflit armé international et conflit armé interne. Elle confirme en revanche sur ce point la jurisprudence Nicaragua de la Cour internationale de Justice sur le fait que les deux types de conflits armés peuvent se superposer dans le cadre du même conflit armé qui se trouve dès lors fragmenté : le conflit sera interne dans les rapports de l'Etat opposé à un groupe armé organisé sur son territoire et international dans ceux entre les deux Etats. Le seul fait qu'elle s'attache à cette distinction constitue un élément supplémentaire tendant à montrer que malgré une tendance à l'unification des régimes juridiques applicables aux différents types de conflits armés, la distinction entre conflit armé international et conflit armé interne n'a pas perdu de son intérêt. Ceci d'autant plus que la jurisprudence des juridictions internationales montre que selon le domaine concerné – la responsabilité pénale internationale ou la responsabilité internationale de l'Etat – les critères permettant d'établir la frontière entre les deux catégories de conflits armés diffèrent, ce qui ne facilite pas leur qualification et, par conséquent, la détermination du droit applicable.

Bibliographie

BARTELS (R.), « La délimitation des conflits dans une perspective historique : évolution de la distinction juridique entre conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux », *R.I.C.R.*, 2009, n° 873, pp. 35-67.

CASSESE (A.), « The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *E.J.I.L.*, vol. 18, n°4, 2007, pp. 649-668.

CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport, 2003, Genève.

⁵¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, § 209.

⁵² *Ibid.*, § 211.

CORN (G.) et TALBOT JENSEN (E.), « Transnational Armed Conflict: a 'Principled' Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat Operations », *Israel Law Review*, vol. 42, 2009, pp. 1-34, [<http://ssrn.com/abstract=1256380>]

CULLEN A., « The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court : an Analysis of the Threshold of Application contained in Article 8 (2)(f) », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 12, 2007, n° 3, pp. 419-445.

DORMANN (K.), « The Legal Situation of 'Unlawful/Unprivileged Combattants' », *R.I.C.R.*, vol. 85, mars 2003, pp. 45-74.

FINAUD (M.), « L'abus de la notion de 'combattant illégal' : une atteinte au droit international humanitaire », *R.G.D.I.P.*, 2006, n°4, pp. 861-889.

HENCKAERTS (J-M.) et DOSWALD-BECK (L.), *Droit international humanitaire, vol. I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, CICR, 2006, 878 p., version intégrale disponible en ligne : [[http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC_001_PCUSTOM.PDF](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_001_PCUSTOM.PDF)]

HUYGHE (F-B.), « L'impureté de la guerre », *R.I.C.R.*, 2009, n° 873, pp. 21-34.

METZ (S.), « La guerre asymétrique et l'avenir de l'Occident », *Politique étrangère* 1/2001, pp. 25-40.

PAULUS (A.) et VASHAKMADZE (M.), « Asymmetrical war and the notion of armed conflict –a tentative conceptualization », *R.I.C.R.*, vol. 91, mars 2009, n° 873, pp. 95-125.

SOREL (J-M.) et POPESCU (C.L.) (dir.), *La protection des personnes les plus vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

STEWART (J. G.), « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *R.I.C.R.*, vol. 85, 2003, n° 850, pp. 313-350.

VITE (S.), « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *R.I.C.R.*, n° 873, 2009, n° 873, pp. 69-94

LA LUTTE CONTRE LE FINANCEMENT DU TERRORISME

SARA AMINI¹

Résumé

Après avoir brièvement décrit le corpus mis en œuvre pour lutter contre le financement du terrorisme, il faut dans un premier temps comprendre comment les organisations terroristes lèvent, transfèrent et utilisent les fonds qui permettent leur financement (tout du moins, selon les renseignements qui ont pu être récoltés ces dernières années) pour ensuite étudier la réponse normative qui a été apportée à cette menace par la communauté internationale dans le cadre de l'ONU ainsi que la transposition dans les droits nationaux de ces règles internationales (en prenant pour exemple celui de la France).

Les dix dernières années ont déjà mis à jour de sérieux dysfonctionnements de ce corpus normatif, principalement s'agissant de la protection des droits fondamentaux. Il s'agit donc de voir quelles réponses ont déjà été apportées par les modifications des mécanismes d'inscription sur les listes de l'ONU notamment, puis d'envisager les modifications supplémentaires qui semblent nécessaires à l'adaptation de ces normes aux droits de l'homme.

Remarques sur la méthodologie :

L'idée première qui a sous-tendu cette recherche était de pouvoir dresser un tableau pratique des différentes normes applicables en matière de lutte contre le financement du terrorisme, mais aussi de leurs mises en œuvre par les praticiens.

Pour ce faire, nous avons établi un questionnaire qui a été envoyé à un certain nombre de gouvernements, d'organisations internationales ainsi qu'à des sociétés du secteur privé (établissements bancaires, sociétés d'investissement...).

Malheureusement, la sensibilité de ce sujet a eu pour résultat l'impossibilité d'obtenir des réponses officielles à ce questionnaire. Certaines personnes interrogées ont accepté de répondre à quelques unes des questions soulevées, à la condition de demeurer anonymes et de n'être citées en aucune façon. Les réflexions apportées par ces praticiens ont été intégrées dans le rapport, sans pour autant qu'il y soit fait référence directement.

Face à cette impossibilité d'obtenir des réponses officielles, la recherche s'est fondée sur plusieurs types de sources :

- le cycle de conférences organisées dans le cadre du Projet MARS, mais aussi dans le cadre d'autres projets de recherche sur la lutte contre le terrorisme, et notamment les échanges lors de ces conférences avec les praticiens présents ;
- les différents instruments juridiques internationaux, régionaux et nationaux ;
- les nombreux rapports du Comité contre le Terrorisme de l'ONU ainsi que ceux de l'Equipe d'appui analytique et de surveillance du Comité des Sanctions 1267 ;
- les rapports du GAFI (très riches en informations sur les modes de financement) ;
- les rapports du CODEXTER et de MONEYVAL ;

¹ Doctorante en droit international, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

- les rapports de l'Equipe Spéciale de lutte contre le terrorisme de l'ONU ;
- plusieurs rapports d'ONG et d'Universités (le rapport Brown, le Rapport Watson ainsi que le Rapport ICJ, notamment), ainsi que de nombreux articles et publications académiques et universitaires sur le sujet.

Ces dix dernières années ont vu foisonner les législations internationales, régionales et nationales traitant de la lutte contre le financement du terrorisme. Ce mouvement normatif qui avait été mollement initié dans les années 1990 dans l'enceinte de l'ONU a connu un développement sans précédent, qu'on pourrait qualifier de « tous azimuts », au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 perpétrés sur le sol américain et revendiqués par le groupe terroriste Al-Qaeda.

La lutte contre le financement du terrorisme a pour but de priver les organisations terroristes de moyens financiers, les empêchant par là même de mettre en place des opérations de longue haleine, des « réseaux dormants », menant à terme à la commission d'attentats terroristes dont on connaît les tristes résultats.

La lutte contre le financement du terrorisme, en plus de poursuivre un but de prévention d'actes de terrorisme, permet aussi de « tracer » les terroristes présumés, et de recueillir des renseignements sur les groupes terroristes ; en suivant les fonds et leurs mouvements, les services de renseignements peuvent remonter la chaîne des participants à l'entreprise terroriste.

Il y a donc deux aspects dans cette lutte : un aspect préventif et un aspect de renseignement.

Toutefois, la lutte contre le financement du terrorisme tout en adressant un risque dont le contenu pose toujours des difficultés de définition (la communauté internationale ne s'accordant toujours pas sur la définition du terrorisme) pose des questions fondamentales de respect des droits de l'homme.

En effet, le corpus normatif mis en œuvre sous une forme assez novatrice (notamment en ce qui concerne le pouvoir créateur de normes contraignantes dont le Conseil de Sécurité de l'ONU s'est vu investi en se plaçant sous l'égide du Chapitre VII de la Charte) ne se limite pas à récolter des informations financières sur des personnes dont on connaît l'implication dans les mouvements terroristes ; elle entraîne des sanctions financières et privatives de liberté de circulation à l'encontre de suspects et non d'inculpés.

Aux côtés de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (signée le 9 décembre 1999 sous l'égide de l'Assemblée Générale de l'ONU et entrée en vigueur le 10 avril 2002) qui érige le financement du terrorisme en une infraction autonome dont doivent répondre les personnes physiques et morales, et ce, quelle que soit l'origine, légale ou non, des fonds, figurent les résolutions du Conseil de Sécurité.

La résolution 1267, adoptée le 15 octobre 1999 sous l'empire du Chapitre VII de la Charte, dispose du gel des fonds et autres ressources financières ainsi que d'une interdiction de voyager des Talibans et Al-Qaeda sur la base d'une liste de personnes ou entités suspectées de participer aux activités du régime Taliban ou de l'organisation d'Al Qaeda. Cette résolution sera suivie d'une série de 8

résolutions (entre 2000 et 2009) venant en modifier légèrement les cibles ainsi que les modalités d'application.

La résolution 1373 adoptée le 28 septembre 2001, faisant suite à la résolution 1368 et aux attentats du 11 septembre 2001, édicte des règles générales à destination des Etats destinées à la lutte contre le financement du terrorisme, reprenant en partie les dispositions de la Convention précitée qui n'était pas encore entrée en vigueur et institue le Comité contre le Terrorisme chargé de suivre l'application de la résolution par tous les Etats.

L'on trouve dans ce cadre une tension entre la recherche de sécurité et la protection des droits fondamentaux de la personne, au premier rang desquels se situent la présomption d'innocence, le droit d'accès à la justice, la liberté fondamentale de circulation et aussi le droit de propriété. La tendance à faire prévaloir un « droit à la sécurité » par rapport aux droits de l'homme a d'ailleurs déjà été mise en lumière par les dysfonctionnements avérés du mécanisme d'inscription sur les listes de l'ONU, ce qui a d'ores et déjà entraîné des modifications de ces modalités afin de respecter un peu plus les droits fondamentaux de la personne.

Il s'agit donc, afin de respecter l'état de droit sur lequel est fondé le système juridique international, de trouver le point d'équilibre entre le cadre normatif international de lutte contre le financement du terrorisme et celui des droits de l'homme, tout en s'interrogeant, après 10 ans de pratique, sur l'effectivité du système de lutte mis en œuvre par l'ONU et, par suite, par les Etats.

PARTIE I : LE FINANCEMENT DES TERRORISTES

La question préalable consiste donc à déterminer les besoins en financement de ces organisations, besoins qui dépendent de leur mode de fonctionnement. Puis de déterminer les principales sources de ce financement, pour enfin voir comment les fonds peuvent et sont transférés. C'est seulement une fois ces étapes définies que la politique de lutte contre le financement du terrorisme peut être envisagée de façon effective.

A. Les besoins de financement des organisations terroristes.

Selon les différentes études menées notamment depuis les attentats du WTC du 11 septembre 2001, il apparaît que le financement couvre d'une part les opérations terroristes en elles-mêmes (les besoins logistiques et matériels liés à la mise en œuvre d'un attentat), et d'autre part, des fonds plus importants, destinés à couvrir les coûts d'infrastructure et de fonctionnement de l'organisation terroriste elle-même.

En effet, les coûts directs des opérations terroristes (comprenant principalement les coûts de matériel pour la fabrication de bombes artisanales, de véhicules, de cartes...) sont souvent peu élevés.

Pour exemple, le rapport du GAFI du 29 février 2008 donne les estimations de coûts suivantes :

Attaques	Dates	Coût estimé
Londres	07/07/2005	GBP 8 000
Madrid	11/03/2004	USD 10 000
Istanbul	15-20/11/2003	USD 40 000

Jakarta	05/08/2003	USD 30 000
Bali	12/10/2002	USD 50 000
USS Cole	12/10/2000	USD 10 000

Or les activités terroristes ne se limitent pas à la seule commission d'attentats. Certains de ces attentats ont demandé des années de préparation, d'infiltration, de vie quotidienne parfois avec des familles entières dans le but de n'éveiller aucun soupçon. Certains membres restent « en sommeil », menant une vie « normale » pendant des années afin de pouvoir commettre ces attentats. Ces années de « sommeil » doivent être financées; et le fait que les seules ressources financières de ces membres proviennent de l'organisation terroriste renforce leur dépendance vis-à-vis de l'organisation et, par voie de conséquence, leur investissement personnel dans cette « cause ».

Les voyages vers certains pays dans le but de « former » les nouveaux membres demeurent encore une dépense importante pour les organisations terroristes. Pour exemple, si les terroristes ayant participé aux attentats les plus récents ont grandi dans les pays sur le territoire desquels ces attaques ont eu lieu et que leurs liens avec les organisations les plus connues étaient des plus évanescents, les différentes enquêtes ont montré qu'ils avaient tout de même participé à ce genre de voyage de « formation » plusieurs années avant la commission des attentats.

D'autre part, certaines organisations terroristes sont très engagées dans des conflits géographiques ; cet engagement nécessite leur présence physique sur ces territoires, ainsi que les fonds pour leur permettre d'y prendre le contrôle des opérations.

Une autre source de dépenses, et donc de besoin en financement, tient dans la pratique qui consiste pour une organisation terroriste à apporter son soutien financier à une ou d'autres organisations de la même mouvance, même si ces organisations n'agissent pas de concert. Cette pratique semble d'ailleurs se confirmer.

Finalement, les besoins les plus importants de financement découlent des moyens mis en œuvre pour la constitution, le soutien, la formation, l'expansion ou encore le recrutement nécessaires au fonctionnement d'un réseau ou d'une cellule terroriste, dont le but, en plus de commettre des attentats, demeure la propagation de son « message » et le ralliement d'un maximum de personnes à sa « cause ».

Pour arriver à ces fins de propagation de leur message, on constate, dans le mode de fonctionnement des organisations terroristes, le recours de plus en plus fréquent à des organisations caritatives ou encore aux médias télévisuels ou internet.

B. Les sources de financement des organisations terroristes.

On distingue deux types de sources différentes de financement d'activités terroristes : d'une part, les sources légales, consistant en fonds émanant d'activités légales au départ mais dont l'utilisation a un but illégal, et d'autre part, les fonds de sources illégales. La difficulté la plus grande tient évidemment en la suppression des voies de financement légales. En effet, ce n'est pas leur existence per se qui constitue l'infraction mais la destination des fonds ; or certaines de ces voies de financement n'ont pas pour unique but celui du financement d'activités terroristes.

1. Les sources légales de financement.

Les organisations caritatives.

Les organisations caritatives ont des caractéristiques qui rendent leur utilisation très attractive pour les organisations terroristes. Elles bénéficient de la confiance du public et de l'accès à des liquidités facilement libérables ; certaines ont une présence nationale, voire internationale, et disposent du réseau bancaire et financier nécessaire aux transferts de fonds d'une succursale à une autre. L'organisation caritative peut être frauduleusement utilisée comme moyen de faire transiter des sommes d'argent liquide au profit d'activités terroristes, alors même qu'elle remplit aussi ses fonctions officielles. Elle peut aussi être créée pour masquer une organisation ou cellule terroriste. Ou encore, l'organisme caritatif peut lever des fonds dans un but tout à fait légitime et distribuer les fonds levés aux personnes nécessiteuses, mais la distribution peut passer par une organisation terroriste. C'est le cas notamment d'organisations levant des fonds à l'étranger dans le but de les redistribuer dans des zones sensibles de conflit caractérisées par une forte présence paramilitaire.

Le commerce de détail.

L'utilisation du commerce légal est aussi une source de financement des activités terroristes. Le choix est plutôt porté vers des activités commerciales ne demandant pas de capacités particulières, ni d'autorisations spéciales d'exercice, et pouvant démarrer sans apport de fonds important. Il s'agit principalement de commerce de détail, permettant plus facilement les paiements en espèces et rendant la traçabilité des fonds d'autant plus difficile.

L'autofinancement.

Dans certains cas, les activités terroristes sont financées par des sources internes à l'organisation terroriste ; notamment lorsque les actions sont de « petite ampleur » et qu'elles ne nécessitent pas des années de préparation à l'avance. Les fonds peuvent provenir des terroristes eux-mêmes ou encore de leur famille ou amis. L'autofinancement est mis en exergue par l'absence de source de revenus externes. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle sont parvenues les autorités britanniques s'agissant des moyens de financement utilisés pour les attaques du système de transport londonien du 7 juillet 2005.

2. Les sources illégales de financement.

Selon les différentes études et investigations menées ces dernières années, le mouvement consistant à financer les groupes terroristes par des Etats « sponsors » a connu un déclin significatif du fait de la pression internationale accrue portée sur ces derniers depuis les attentats du 11 septembre 2001. De ce fait, les organisations terroristes se sont tournées vers les réseaux de criminalité transnationale afin de trouver de nouvelles sources de financement. Parmi ces réseaux, l'on trouve des activités criminelles comme celle du trafic de drogue, du trafic d'armes ou encore des kidnappings, de l'extorsion, du racket ou encore de la fraude aux chèques ou aux cartes de crédit.

Les fonds issus du trafic de drogue et du trafic d'armes.

Les services d'intelligence ont mis en lumière des liens directs entre certaines organisations terroristes et certains réseaux transnationaux de trafic de drogue.

Pour exemple, les services de renseignements américains ont mis à jour un mécanisme de transfert de fonds, qui a duré du début des années 1990 à 2000, entre un réseau de trafic d'héroïne sur le territoire américain mais provenant d'Afghanistan et du Pakistan et les Taliban. L'argent issu du trafic de drogue, perpétré principalement dans la ville de New-York, était blanchi par le biais de sociétés d'« import-export » incorporées aux Etats-Unis, puis transféré vers l'Afghanistan ; une partie venant financer les activités des Taliban, en échange de quoi ces derniers offraient au réseau des trafiquants une protection en Afghanistan et au Pakistan pour la production et la récolte d'opium, les laboratoires d'héroïne ainsi que le transport de la marchandises par voie routière dans ces régions géographiques.

L'on trouve aussi le même type de connexion directe entre certains réseaux de trafic de cocaïne colombiens et certaines organisations paramilitaires colombiennes, dont les activités de kidnapping et les achats d'armes sont financés par les fonds issus du trafic de cocaïne.

En Europe, une enquête sur un réseau de trafic de cocaïne en provenance d'Afrique du Sud vers les Pays-Bas a mis à jour le transfert des fonds issus de ce trafic vers le Paraguay et le Brésil dans le but de permettre une plus large production de cocaïne ; les profits ainsi réalisés étant en fin de chaîne transférés vers une organisation terroriste située au Liban.

Une opération menée aux Etats-Unis et au Costa Rica a permis par ailleurs d'arrêter 9 personnes sur le point d'échanger un chargement d'armes d'une valeur de 25 millions de dollars en échange de cocaïne et d'argent liquide. L'intermédiaire pour la vente d'armes a été arrêté aux Etats-Unis, les autres membres, lors de l'opération d'échange au Costa Rica. Selon les aveux de toutes les personnes arrêtées lors de cette opération, les armes étaient à destination d'une organisation terroriste.

Enfin, en 2007, l'arrestation de 10 membres d'une organisation terroriste et la saisie d'un large montant d'argent liquide par les autorités turques a mis à jour un mécanisme d'extorsion ou de « taxation » de toute une chaîne de « passeurs » de drogue partant de l'Irak, l'Afghanistan et l'Iran en destination de l'Europe ; l'organisation terroriste prélevant une « taxation » de 7% de la valeur de la marchandise « transitant » auprès de ces « passeurs ».

Les fraudes à la carte de crédit.

Les exemples de fraudes à la carte de crédit sont nombreux en droit pénal. Pour autant, ils ne se limitent pas à une criminalité de petits « gangsters » agissant seuls, mais sont aussi le fait d'organisations criminelles de très grande envergure, et notamment dans le but de financer le terrorisme.

Les services secrets de Grande-Bretagne ont démantelé un réseau de fraude à la carte de crédit mis en place par un groupement terroriste d'Afrique du Nord qui a accumulé les informations nécessaires à l'utilisation de plus de 200 cartes de crédit par le biais de complices travaillant dans le secteur de la restauration. Ces derniers relevaient les numéros de carte ainsi que les dates d'expiration et les noms des titulaires lors de paiement effectués dans des restaurants britanniques, puis envoyaient ces données à d'autres complices en Espagne et aux Pays-Bas, afin d'utiliser les

cartes (par le biais des informations volées) dans ces deux pays (et non dans leurs pays d'origine). Cette technique a permis de frauduleusement lever des fonds pour un montant de 200.000 GBP à destination de différentes cellules d'Al-Qaeda implantées en Europe.

Les fraudes à la carte de crédit sont par ailleurs nettement facilitées par l'usage d'internet et les paiements en ligne. En effet, il existe depuis quelques années un véritable marché souterrain de vente et d'achat d'informations confidentielles personnelles, obtenues illégalement par piratage informatique de sites de paiement en ligne, parmi lesquelles on trouve les numéros, les dates de mise en service et d'expiration ainsi que les « codes de sécurité » des cartes de paiement ou de crédit. Et certains sites internet (illégaux) ont même été créés pour permettre la vente et l'achat de telles informations en ligne.

Les services secrets américains ont démasqué, en 2003, une organisation qui a acheté de telles informations personnelles sur certains de ces sites illégaux, les revendant ensuite à plusieurs intermédiaires, dont un expert en informatique spécialisé dans la conception de sites internet fournissant et publiant des forums de discussion à des extrémistes ainsi que des propos extrêmement violents incitant à la violence.

Ces différentes personnes avaient des contacts directs, par voie téléphonique et par e-mail, avec une cellule terroriste implantée en Bosnie et ont été arrêtées à la veille de la mise en œuvre planifiée d'une attaque financée par cette fraude.

Cette opération met en lumière un mode de financement du terrorisme qui nous semble très important dans la mesure où internet est aujourd'hui l'espace d'échanges d'informations, de données, mais aussi de transfert d'argent le plus étendu et le plus rapide qui ait jamais existé dans l'histoire de l'humanité. Le mécanisme mis en lumière par ces interpellations appelle selon nous la plus grande attention sur le fait que les organisations terroristes, comme les réseaux de criminalité transnationale, ont à leur disposition un outil qui facilite très nettement les échanges et permet d'accélérer et de faciliter l'organisation d'entreprises criminelles d'envergure mondiale.

L'extorsion, le racket, les kidnappings.

Les groupes terroristes, comme les organisations paramilitaires, exploitent leur implantation dans les communautés d'expatriés ou les diasporas pour extorquer des fonds sous peine de menace ou suite à des kidnappings.

La particularité de ces activités criminelles d'extorsion de fonds, quand elles sont perpétrées par des groupements terroristes, tient en ce que ces derniers s'attaquent le plus souvent aux communautés dont ils sont eux-mêmes issus, usant ainsi du pouvoir de persuasion de terreur qu'ils ont dans ce cadre. Les menaces peuvent alors porter sur des membres de la famille encore présents dans les pays d'origine, alors que l'extorsion a effectivement lieu dans un autre pays ; ce qui permet plus facilement d'empêcher le recours aux forces de police (celles pouvant agir sur le lieu de l'extorsion effective ne pouvant pas agir sur le territoire sur lequel les membres de la famille menacée sont réellement en danger).

C. Le transfert des fonds.

Les organisations terroristes sont caractérisées par leur transnationalité. Cette implantation multiple aux quatre coins du globe nécessite le transfert des fonds récoltés d'un endroit à un autre, voire à d'autres ; et ce quelque soit le caractère légal ou non de la source de financement.

Pour effectuer ces transferts, les organisations terroristes utilisent les réseaux bancaires formels afin de faire transiter l'argent, mais aussi des systèmes informels de transfert de fonds, existant dans certaines communautés depuis des siècles.

1. Les systèmes informels de transfert de fonds.

Les systèmes informels de transfert de fonds sont des modes de transfert plus que centenaires. Il en existe un grand nombre, certains connus, d'autres opérant dans l'ombre.

L'hawala est le système informel de transfert de fonds utilisé dans le Golfe arabo-persique. L'on trouve aussi l'hundi, système informel similaire, utilisé quant à lui dans le sous-continent indien, dont le mode de fonctionnement reprend les mêmes caractéristiques que l'Hawala.

Les caractéristiques de ces systèmes les rendent particulièrement attractifs pour les transferts de fonds illégaux ou à destination d'une entreprise terroriste ; pour autant, leur existence centenaire est fondée sur les us et coutumes de communautés culturelles et ethniques dispersées entre différents pays et la volonté de faire transiter l'argent jusqu'aux membres de la famille ou de la communauté. Ainsi, pas plus que le système bancaire formel classique, les systèmes informels de transfert n'ont été créés que dans le seul but de faire transiter des fonds illégaux ; c'est le détournement de ce système et l'attractivité de ses caractéristiques particulières qui en permettent une utilisation illégale.

Définition et mode de fonctionnement des systèmes informels de transfert de fonds: l'exemple de l'Hawala.

Le mot « hawala » signifie littéralement « transfert » ou « télégramme » dans le jargon bancaire arabe. L'utilisation de l'Hawala implique un transfert de fond informel dont le fonctionnement est fondé essentiellement sur une relation personnelle et de confiance entre les participants. Il s'agit d'un système de transfert de fonds qui ne passe pas par les réseaux institutionnels financiers classiques.

L'Hawala désigne un réseau informel de transfert de fonds d'un lieu à un autre par le biais de courtiers, les hawaladars. Le système utilise de nombreux intermédiaires présents à divers endroits du monde et ayant recours à un ensemble de devises. Un client entre en contact avec un courtier dans un pays A, lui fournit la somme qu'il veut transférer dans un pays B. Le courtier du pays A contacte alors un autre courtier, présent dans le pays B. Ce dernier livre le montant équivalent à la somme livrée au courtier dans le pays A, converti en devises du pays B, au destinataire du transfert (qui peut très bien être le donneur d'ordre du transfert) à partir de sa réserve personnelle ou en utilisant son compte courant.

Les caractéristiques principales des systèmes informels de transfert de fonds.

Les caractéristiques principales des systèmes informels de transfert de fonds tiennent dans l'absence de réglementation et de bureaucratie ; il n'y a aucune trace écrite des mouvements de fonds, et plus important encore, il y a transfert de fonds sans mouvement de fonds ; l'argent ne se déplace pas. Les hawaladars se contenteront d'une somme moins importante pour effectuer ce transfert que les commissions prélevées par les établissements bancaires comme la Western Union, spécialisés dans ce type d'opération. D'autre part, ce système est basé sur la confiance, le respect des traditions et un sentiment d'appartenance culturelle. Il fonctionne sans interruption, tous les jours, et permet de transférer des fonds vers des zones géographiques particulièrement reculées dans lesquelles il n'y a pas de succursales de banques classiques.

Ces systèmes séculaires ayant fait leurs preuves au fil des siècles, des guerres, et des différents bouleversements politiques, culturels et sociaux sans en être altérés, ils bénéficient naturellement de la confiance des populations émigrantes dont le but est d'envoyer leurs salaires à leurs familles demeurées dans leurs pays d'origine. Il s'agit donc d'un système au départ coutumier, et parfaitement légal au regard du droit musulman moderne. De plus, ce système est tellement implanté dans les pays d' « émigration » de la population l'utilisant, que les courtiers en prestation ne ressentent en aucun cas le besoin de se cacher ; cette pratique étant légale.

Les difficultés de contrôle inhérentes aux systèmes informels de transfert de fonds.

Face à cette implantation mondiale du système, et aussi en conséquence d'une volonté de vérification plus minutieuse des mouvements de fonds internationaux afin, notamment, de lutter contre le financement du terrorisme, certains pays occidentaux ont adopté des législations spécifiques à ces systèmes informels de transfert de fonds. Ainsi, les Etats-Unis, le Canada, la Grande-Bretagne et les Pays-Bas imposent-ils aux institutions financières opérant sur leurs territoires, y compris les systèmes informels de transfert de fonds, d'enregistrer leurs transactions ainsi que leurs clients dans des registres spéciaux. De plus, en Allemagne et aux Etats-Unis, une autorisation spéciale est requise pour toute activité de transfert d'argent. Récemment, les Emirats Arabes Unis ainsi que le Pakistan ont mis en place une législation imposant l'inscription sur un registre national des hawaladars.

Malgré ces différentes législations, les caractéristiques d'opacité de ces systèmes demeurent, permettant des transferts de fonds entre plusieurs pays, sans mouvements de fonds et sans que les transactions, les destinataires ou les donneurs d'ordre puissent être identifiés par les différents organismes de contrôle financier, nationaux ou internationaux.

L'opacité de ces systèmes est telle qu'il semble quasi impossible aux services de renseignements d'évaluer quelle proportion des sommes transitant par ces systèmes est destinée au financement d'activités terroristes. Et l'éradication du système semble inenvisageable, voire non souhaitable, car il permet aussi de soutenir certaines économies très fragiles et joue, dans ce cadre, un rôle important dans la lutte contre la pauvreté et le sous-développement rampants dans certaines régions.

2. L'utilisation des modes formels de transfert de fonds : le système financier international.

L'étude des circuits financiers empruntés par les fonds destinés au financement des activités terroristes révèle qu'une partie des fonds circule au sein du système financier international formel.

En effet, les nouvelles technologies de l'information permettent aujourd'hui des transferts de fonds instantanés et difficiles à tracer d'un pays à un autre.

Le GAFI donne la définition suivante du transfert de fonds : « il s'agit de toute transaction financière opérée par une personne en se servant d'une institution financière et effectuée par des moyens électroniques, avec l'intention manifeste de mettre une somme d'argent à la disposition d'une autre personne dans une autre institution financière ». L'on voit alors que le système utilisé pour ces transferts de fonds n'est autre que le système financier international et qu'il comporte l'ensemble des banques et institutions financières de la planète, ainsi que les mouvements de capitaux qui ont lieu quotidiennement par voie électronique (il peut s'agir de virement de compte de dépôt à compte de dépôt comme de mouvement sur titres, mais aussi de liquidation de polices d'assurances, etc...).

Il semble, à la lumière des informations récoltées par les différents services de renseignements dont le GAFI a fait la synthèse, que les organisations criminelles et les groupes terroristes utilisent les mêmes méthodes pour « blanchir », « noircir » ou encore déplacer les fonds. Dans un tel contexte, la détermination des mouvements de fonds liés au crime international et ceux destinés au financement d'activités terroristes ne peut se faire effectivement que si l'une ou plusieurs des personnes impliquées dans le mécanisme de transfert figure sur les listes publiées par le Conseil de Sécurité de l'ONU.

Il ne faut pas oublier que dans le cadre du crime international, les fonds transférés sont le résultat d'activités illicites alors que dans le cadre de financement du terrorisme, la plupart du temps, les fonds transférés découlent d'activités légales ; dans ce cas, c'est leur destination qui les teinte d'illicéité et non leur source ; c'est pourquoi le système financier international peut être facilement utilisé et cela renforce d'autant la nécessité de connaître les personnes destinataires des fonds et leur appartenance à un mouvement ou une organisation terroriste.

Le système financier international recèle en son sein les possibilités de faire transiter des sommes très importantes de compte à compte très simplement et très rapidement, et ce dans une grande opacité : ces possibilités sont offertes par la déréglementation des marchés de capitaux, ainsi que l'existence de « paradis fiscaux ».

De fait, lutter contre le financement du terrorisme et contre le blanchiment de capitaux, facilités par les caractéristiques inhérentes au système financier international, consiste finalement à protéger ce système lui-même contre l'utilisation à des fins criminelles qui peut en être faite.

Les modes de financement et de transfert de fond des entreprises terroristes s'adaptent aux nouveaux modes d'échanges d'informations technologiques ; ils s'adaptent aussi aux difficultés qui sont nées de la lutte contre le financement du terrorisme qui est apparue au niveau mondial au lendemain des attentats du 11 septembre 2001. C'est pourquoi les moyens mis en œuvre pour cette lutte doivent aussi s'adapter, sans pour autant oublier l'obligation qui pèse à la charge des Etats Membres de l'ONU : respecter les droits fondamentaux de la personne.

PARTIE II : LE CADRE NORMATIF DE LA LUTTE CONTRE LE FINANCEMENT DU TERRORISME

L'intérêt de la communauté internationale pour la lutte contre le financement du terrorisme est devenu une priorité au lendemain des attentats du WTC du 11 septembre 2001. En effet, l'ampleur de la catastrophe et les moyens réunis plusieurs années durant pour permettre la commission de ces attentats ont mis en lumière l'ampleur du phénomène en ces termes : le terrorisme international bénéficie d'un financement international organisé, utilisant les voies classiques du système financier international en plus des voies informelles ; en résumé, le terrorisme est apparu comme une nouvelle conséquence de la mondialisation économique le 11 septembre 2001.

Avant les attentats du 11 septembre 2001, la Convention internationale pour la répression du terrorisme avait été signée le 9 décembre 1999, mais seuls quatre Etats l'avaient ratifiée. Le préambule de la Convention posait déjà le principe selon lequel « le nombre et la gravité des actes de terrorisme international sont fonction des ressources financières que les terroristes peuvent obtenir ».

Et les attentats du 11 septembre 2001 ayant mis en évidence le caractère mondialisé du financement du terrorisme international, il a semblé alors nécessaire et urgent d'y apporter une réponse mondiale.

C'est d'abord au sein de l'ONU que s'est élaboré le cadre normatif de lutte mondiale contre le financement du terrorisme international, cadre dans lequel le Conseil de Sécurité s'est vu donner un rôle déterminant après les événements du 11 septembre 2001, pour ensuite être mis en œuvre dans les différents droits régionaux et nationaux.

A. La mise en œuvre d'un cadre normatif mondial de lutte contre le financement du terrorisme.

Après plusieurs décennies de prises de position assez timides sur la question de la lutte contre le financement du terrorisme, le mouvement de création d'un cadre normatif international en la matière a connu une accélération inédite au sein de l'ONU au lendemain des attentats du 11 septembre 2001.

Cette accélération, répondant à une forme d'urgence ressentie par la communauté internationale suite au traumatisme causé par l'ampleur des dommages humains engendrés par une seule attaque terroriste et par la forme effrayante prise par ces attaques, a donné naissance à un corpus normatif sans précédent en la matière. La première particularité de ce système tient en l'absence de définition juridique de l'acte de terrorisme, la communauté internationale ne s'étant toujours pas accordée sur ce point. La seconde tient en ce que le Conseil de sécurité, agissant sous l'égide du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a adopté des résolutions imposant aux Etats de modifier leurs législations internes de façon définitive s'agissant de la lutte contre le terrorisme (y compris contre son financement).

Si certaines mesures de lutte contre le financement du terrorisme semblent tout à fait nécessaires à tous points de vue, force est de constater que l'urgence dans laquelle ces décisions ont été prises a eu pour conséquence une prise en considération assez peu scrupuleuse des droits fondamentaux des personnes.

L'un des principaux moyens utilisé pour lutter contre le financement du terrorisme est celui de l'inscription de personnes physiques et morales, de groupes, d'entités suspectées d'être en lien

direct ou indirect avec des organisations terroristes, entraînant des sanctions administratives au premier rang desquelles l'on trouve le gel des avoirs financiers. Ces Listes existent aujourd'hui à trois niveaux : au sein de l'ONU, au sein de certaines organisations régionales et enfin dans la plupart des Etats. Le phénomène a pour conséquence que certains Etats ont à gérer la Liste récapitulative de l'ONU, une liste différente de l'organisation régionale dont ils ressortent et enfin leur propre liste, différente des 2 précédentes. On voit alors assez facilement les risques majeurs de dysfonctionnement possibles, surtout si les modalités d'inscription sur ces listes manquent de clarté et de transparence. A la question de savoir pourquoi il existe plusieurs listes, la réponse semble être la suivante : en l'absence d'une définition unique du terrorisme, les listes diffèrent car elles adressent différents « terrorismes », ou plutôt différentes définitions du terrorisme.

Les lacunes portant sur les modalités d'inscription sur la Liste récapitulative de l'ONU, sur l'impossibilité primaire d'obtenir une radiation, ou encore une dérogation pour raisons humanitaires ont fait jour très rapidement, obligeant le Conseil de sécurité à apporter des aménagements à ses résolutions.

Mais si des améliorations sont intervenues, il nous semble que le manque de clarté général tant au niveau international, régional que national, demeure, et qu'il est urgent d'y remédier. Pour ce faire, il faut en premier lieu « démêler » la construction juridique, parfois erratique, qui constitue le cadre normatif de lutte contre le financement du terrorisme, en envisageant la transposition de ces règles internationales au niveau régional (avec l'UE) et au niveau national (avec l'exemple de la France). Nous rappellerons aussi le rôle du GAFI (Groupe d'Action Financière) et des institutions financières dans ce système de lutte contre le financement du terrorisme. Enfin, en conclusion, à la lumière des avantages et des dysfonctionnements, il sera possible d'évoquer les modifications ou améliorations qui permettraient à ce système de répondre, à tout le moins, aux exigences fondamentales du système juridique international tel qu'il a été fondé au sortir du second conflit mondial, à l'esprit de la Charte des Nations Unies et aux droits de l'homme.

1. Le cadre normatif de lutte contre le financement du terrorisme mis en place au sein de l'ONU.

La Convention Internationale pour la répression du financement du terrorisme.

L'Assemblée Générale de l'ONU avait tenté dans les années 1970, à la suite de la prise d'otages des athlètes israéliens lors des Jeux Olympiques de Munich, d'élaborer un cadre juridique de lutte internationale contre le terrorisme, notamment avec l'adoption de sa résolution du 18 décembre 1972 et l'institution d'un Comité spécial sur le terrorisme international. Toutefois, les tentatives de ce Comité sont restées lettre morte devant l'incapacité des Etats à s'accorder sur une définition du terrorisme.

C'est seulement à partir de 1996 que la lutte contre le financement du terrorisme fait véritablement jour dans les déclarations et résolutions de l'Assemblée Générale.

Dans une résolution du 16 janvier 1997, il est demandé aux Etats de « prendre des mesures pour prévenir et empêcher, par les moyens internes appropriés, le financement de terroristes ou d'organisations terroristes, qu'il s'effectue soit de manière directe, soit indirectement par l'intermédiaire d'organisations qui ont aussi ou prétendent avoir un but caritatif, culturel ou social, ou qui sont également impliquées dans des activités illégales telles que le trafic illicite d'armes, le

trafic de stupéfiants et l'extorsion de fonds, y compris l'exploitation de personnes aux fins de financer des activités terroristes, et en particulier envisager, si besoin est, d'adopter une réglementation pour prévenir et empêcher les mouvements de fonds soupçonnés d'être destinés à des fins terroristes, sans entraver en aucune manière la liberté de circulation des capitaux légitimes, et intensifier les échanges d'informations sur les mouvements internationaux de tels fonds ».

Les principes directeurs de la lutte internationale contre le financement du terrorisme sont posés dans cette résolution ; pour autant, comme pour les autres résolutions et déclarations de l'Assemblée Générale de l'ONU, elles n'ont pas de force contraignante, la nécessité d'adopter une Convention Internationale en la matière est devenue évidente, et a mené à la signature de la Convention Internationale pour la répression du financement du terrorisme le 9 décembre 1999 (entrée en vigueur le 10 avril 2002).

La Convention, dans son article 2 paragraphe 1 dispose :

« commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre :

1. un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe ;

2. tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ».

La définition du terrorisme dans cette convention est donc celle du b) ou encore une des définitions données par l'un des 9 traités cités en annexe, sachant que pour les Etats qui ne sont pas signataires des 9 traités en question, il est précisé que les traités qu'ils n'ont pas signé sont réputés ne pas figurer en annexe.

Aux termes de la Convention, l'infraction de financement est une infraction autonome, et non accessoire à un acte de terrorisme. Elle peut par ailleurs être constituée en cas de tentative ou de complicité ; les fonds n'ayant pas à être effectivement utilisés pour que l'infraction soit constituée.

De plus, les Etats doivent prendre les mesures nécessaires afin d'identifier, détecter et geler les fonds utilisés ou destinés à être utilisés en vue de la commission d'actes de terrorisme. Ces fonds, qui peuvent aussi faire l'objet de saisie ou de confiscation peuvent être utilisés pour indemniser les victimes d'attentats terroristes.

Cette Convention entraîne donc l'obligation pour les Etats qui l'ont ratifiée, d'instituer l'infraction autonome de financement du terrorisme dans leurs droits nationaux, de prendre les mesures pour détecter, geler ou saisir les fonds destinés à cette infraction, de mettre en œuvre auprès de leurs institutions financières des mesures permettant d'identifier les clients suspects et de détecter les opérations suspectes (ce qui consiste en une transposition des recommandations du GAFI) et de

renforcer la coopération judiciaire internationale en n'opposant ni le secret bancaire, ni le caractère fiscal d'une infraction à une demande d'entraide ou d'extradition émanant d'un autre pays.

Si le contenu de la Convention internationale met en place un cadre normatif assez cohérent dans le but de lutter contre le financement du terrorisme, son entrée en vigueur tardive (2002) et le fait que seuls 4 pays l'avaient ratifiée en 2001 ont entraîné la nécessité d'apporter une réponse rapide à la situation de crise sécuritaire sans précédent créée par les attentats du 11 septembre 2001. Et c'est le Conseil de sécurité de l'ONU qui s'est trouvé alors investi de cette mission. La volonté politique d'apporter des réponses rapides a eu pour conséquence l'adoption de la résolution 1373 du 28 septembre 2001, faisant suite à la résolution 1368, ainsi que l'élargissement de la résolution 1267 et de la Liste récapitulative qui avait déjà été adoptée en 1999.

Les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU

La résolution 1267 et le Comité des sanctions contre Al Qaeda et les Talibans.

Le 15 octobre 1999, le Conseil de sécurité a adopté sa résolution 1267, créant le Comité des sanctions contre Al Qaeda et les Talibans et imposant des mesures de sanctions à l'Afghanistan, alors contrôlé par les Talibans, en raison de son appui à Oussama Ben Laden. Ce régime de sanctions visant originellement le territoire de l'Afghanistan a été modifié à plusieurs reprises.

Depuis janvier 2002, les mesures de sanctions ne ciblent plus exclusivement le territoire de l'Afghanistan mais aussi les individus, groupes, initiatives ou entités, où qu'ils se trouvent, qui sont inscrits sur une Liste récapitulative contenant aujourd'hui plus de 500 noms. Les personnes physiques ou morales, groupes et entités figurant sur cette liste doivent faire l'objet de trois sanctions distinctes : le gel des avoirs, l'interdiction de voyager et un embargo sur les armes.

Le Comité surveille l'application de ces trois sanctions par les Etats Membres des Nations Unies.

L'Équipe de surveillance, créée par la résolution 1526 (2004), et placée sous la direction du Comité, est notamment chargée de réunir, d'évaluer et de suivre l'information concernant l'application des mesures par les États Membres et de formuler des recommandations à ce sujet ; elle rend par ailleurs des rapports sur l'état d'avancement de la mise en application de la résolution 1267.

A la suite d'inquiétudes exprimées par les représentants de la société civile, ainsi que par des universitaires, et sans doute aussi sous l'influence de la jurisprudence naissante au sein de l'Union Européenne notamment (mais également dans d'autres pays), ou encore sous celle du Conseil de l'Europe, le régime des sanctions initié par la résolution 1267 a subi certaines modifications afin de le voir respecter plus avant les droits fondamentaux de la personne.

Au titre de ces améliorations, la résolution 1452 (2002) autorise un certain nombre de dérogations aux sanctions visant à permettre le paiement de dépenses de base et de dépenses extraordinaires dans certaines conditions et met en place une procédure de dérogation humanitaire auprès du Comité ; les Etats devant notifier les demandes de dérogations au Comité ; pour les dérogations « pour dépenses de base », l'absence d'avis contraire du Comité dans les 48h (ce délai ayant été porté à 3 jours ouvrables par la résolution 1735 de 2006) vaut approbation tacite, pour les dérogations « pour dépenses extraordinaires », le Comité doit donner une réponse affirmative, mais il n'est mentionné aucun délai pour ce faire. Dans son 5ème rapport, l'Equipe d'appui analytique

s'inquiétait de ce que 3 ans après l'adoption de cette résolution, les Etats n'avaient soumis que 29 demandes de dérogation humanitaire portant sur 25 personnes et 2 entités, alors que la Liste Récapitulative comptait en janvier 2006 345 personnes et 119 entités.

Dans son dixième rapport daté du 28 septembre 2009, l'Equipe d'appui analytique et de surveillance du Comité recensait une seule demande de dérogation déposée en vertu de la résolution 1452. Elle en déduit que les Etats ont pris l'habitude d'autoriser les dérogations humanitaires pour « dépenses de base » sans en informer le Comité, contrairement aux dispositions de la résolution 1452. Face à ce dysfonctionnement interne du système, l'Equipe conseille d'ailleurs au Comité 1267 de modifier la résolution 1452 afin d'autoriser les Etats à décider ce que constituent les critères nationaux de dépenses ordinaires, et d'autoriser aussi les individus ou entités inscrits sur la Liste de faire leur demande de dérogations par l'intermédiaire du point focal, comme ils peuvent le faire pour les radiations.

En effet, la résolution 1735 adoptée en 2006 a institué un « point focal », chargé de centraliser et gérer les demandes de radiations de la Liste qui peuvent lui être envoyées directement ou par l'intermédiaire de l'Etat de résidence ou de nationalité. Cette modification, n'a vraiment vu le jour que le 30 mars 2007, date de création dudit « point focal » aux Nations Unies. Force est de constater par ailleurs que les dispositions concernant la radiation telles que présentées dans la résolution 1735 ne pèchent pas par excès de précision, mais au contraire demeurent très générales.

Le mandat de l'Équipe de surveillance du Comité a été prolongé de 18 mois par une résolution 1822 adoptée en juin 2008. Le Conseil de sécurité a aussi encouragé le Comité de continuer à veiller à ce que les procédures d'inscription des personnes et entités cibles de sanctions « soient équitables et transparentes ».

Par cette résolution, le Conseil charge le Comité, lorsqu'il ajoute un nom à la Liste récapitulative « de publier sur son site Web, avec l'aide de l'Équipe de surveillance et en coordination avec les États ayant fait la demande d'inscription correspondante, un résumé circonstancié des motifs de l'inscription ». Cette publication est effective depuis le mois de mars 2009, mais il faut préciser que certains motifs ne sont pas diffusés, pour des raisons de sécurité et pour éviter de mettre en péril les enquêtes de renseignement en cours.

Le Conseil de sécurité charge en outre le Comité de conduire, d'ici au 30 juin 2010, un examen de tous les noms figurant sur la Liste récapitulative afin de veiller à ce qu'elle soit « aussi à jour, exacte et pertinente que possible ». Une fois cet examen achevé, le Comité conduira « chaque année un examen de tous les noms de la Liste récapitulative qui n'ont pas été examinés depuis au moins trois ans ».

L'application des dispositions de la résolution 1822 semble porter quelques fruits. En effet, dans son exposé du 23 novembre 2009, le Président du Comité des sanctions (1267), M. Mayr-Harting, fait état de la révision de l'inscription de 422 noms de la liste, ayant déjà menée à 9 radiations, à la réception de 7 demandes de dérogations humanitaires pour « dépenses de base » ainsi qu'à l'information donnée au Comité de 3 dérogations à l'interdiction de voyage conformément au paragraphe 1 b) de la résolution 1822.

Le Conseil de sécurité de l'ONU a fait un petit pas supplémentaire vers plus de transparence et vers un plus grand respect des droits fondamentaux en adoptant à l'unanimité, le 17 décembre 2009, une résolution visant à rendre plus juste et plus clair son régime de sanctions contre Al-Qaeda, les talibans et les groupes qui leur sont associés.

La résolution 1904, parrainée par l'Autriche, les Etats-Unis et six autres pays, charge le Secrétaire Général de l'ONU, de créer un poste de médiateur (ombudsman) pour une période initiale de 18 mois, avec pour tâche d'étudier, "de manière indépendante et impartiale", les demandes de radiation d'individus des listes de personnes faisant l'objet de sanctions.

Cette résolution semble être un début de réponse apportée au nombre croissant de démarches effectuées à travers le monde par des particuliers ou des entités cherchant à être retirés de la Liste récapitulative et aux critiques de plus en plus nombreuses qui se sont élevées contre l'absence de procédure claire de radiation. On ne peut d'autre part que s'étonner de la présence de personnes décédées sur cette Liste (sachant que mention de leur décès est faite sur la Liste même) ; ce problème étant actuellement à l'étude au sein du Comité et une procédure de radiation spéciale à cet égard a été mise en place.

Enfin, la résolution réitère sa demande auprès du Comité des sanctions d'effectuer un examen approfondi de toutes les questions de radiation actuelles « afin de les résoudre si possible d'ici à fin 2010 ».

A la date de la rédaction de ce rapport, la Liste récapitulative contient 504 noms. Dans son dixième rapport, l'Equipe d'appui analytique et de soutien du Comité des sanctions, considère que la crédibilité et la pertinence de ces inscriptions, malgré les efforts fournis, ne se sont guère améliorées. L'Equipe précise par ailleurs que le fait que des inscriptions demeurent incomplètes malgré les efforts déployés pendant plusieurs années « donne à penser qu'il est temps de les retirer de la Liste », et ajoute que « dans un contexte actuel, une liste idéale, à savoir une liste qui recueillerait le soutien international le plus large et susciterait l'application la plus stricte des sanctions, devrait comporter moins que les 511 noms actuels ». Il semble évident que la réduction à 504 noms ne répond pas encore aux vœux de l'Equipe de soutien.

S'agissant des montants gelés en vertu de l'application de la résolution 1267, ils étaient évalués à 91,2 millions de dollars à la fin juillet 2006, étant précisé que les Etats ne sont pas accordés sur les méthodes d'évaluation des avoirs. Nous n'avons pas trouvé de réactualisation fiable de ces montants.

La résolution 1373 et le Comité contre le Terrorisme : la criminalisation du financement du terrorisme comme infraction autonome de l'acte de terrorisme.

Le 12 septembre 2001, le Conseil de sécurité, dans une résolution 1368, condamnant les attentats perpétrés la veille sur le territoire américain, appelle les Etats à travailler ensemble « de toute urgence » afin de traduire les responsables de ces actes en justice, « se déclare prêt à prendre toutes les mesures nécessaires pour répondre aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 et pour combattre le terrorisme sous toutes ses formes », et conclut en décidant de « demeurer saisi de la question ».

Pour faire suite à cette résolution, le Conseil de sécurité, qualifiant le terrorisme de « menace à la paix et à la sécurité internationales » adopte le 28 septembre 2001, sous l'égide du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, la résolution 1373. Cette résolution impose notamment aux Etats Membres de combattre le terrorisme par une série de mesures dont l'exécution exige l'adoption de lois et de règlements dans leurs législations internes et la mise en place de structures administratives. La question de la lutte contre le financement du terrorisme occupe une place centrale dans cette résolution ; on y trouve d'ailleurs un certain nombre de dispositions reprenant

celles de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, qui à cette époque, n'était ratifiée que par 4 Etats et pas encore entrée en vigueur.

Le paragraphe 1 de la résolution est adopté en ces termes :

« 1. Décide que tous les États :

a) Préviennent et répriment le financement des actes de terrorisme;

b) Érigent en crime la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme;

c) Gèlent sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles, et des personnes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes et entités, y compris les fonds provenant de biens appartenant à ces personnes, et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou contrôlés, directement ou indirectement, par elles;

d) Interdisent à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d'entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes »

La résolution 1373 repose donc sur la criminalisation du financement du terrorisme, alors même que l'acte de terrorisme n'a pas été défini de manière exhaustive. En faisant du financement du terrorisme une infraction à part entière, désolidarisée de l'acte terroriste lui-même, le Conseil de sécurité impose aux autorités internationales, régionales et nationales de se trouver investies de pouvoirs bien plus importants dans la lutte contre le financement du terrorisme.

De plus, elle met en place l'obligation de geler les fonds des personnes qui « commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d'entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes ». Il ne s'agit pas là des personnes ou entités listées au titre de la résolution 1267, mais bien de toute autre personne entrant dans le cadre de cette définition. Pour autant, il n'y a là aucune obligation de liste quelconque et donc aucune procédure d'inscription, de radiation, ou encore de dérogation humanitaire comme celles mises en place progressivement sous l'égide du Comité des Sanctions 1267.

Le manque de clarté et de transparence est donc ici encore plus frappant et met en lumière l'urgence qui a présidé à l'adoption de cette résolution.

Parmi les moyens de lutter contre le financement du terrorisme, les 40 recommandations spéciales sur le blanchiment d'argent et les 9 recommandations spéciales sur le financement du terrorisme du GAFI sont reconnues dans la résolution 1617 (2005) du Conseil de sécurité comme étant des outils importants et un ensemble complet de mesures permettant de mettre en œuvre un régime national efficace de lutte contre le financement du terrorisme.

2. Le rôle du Groupe d'Action Financière (et d'autres institutions financières internationales) dans la création du cadre normatif de lutte contre le financement du terrorisme.

Le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), organisation intergouvernementale, a été créé à Paris en 1989, lors du sommet du G-7, en réponse à la préoccupation croissante que constituait le blanchiment de capitaux.

Le Groupe d'action a pour mission d'examiner les techniques et les tendances du blanchiment de capitaux, d'examiner les actions qui ont été menées au niveau national ou international et d'élaborer les mesures qui restent à prendre pour lutter contre le blanchiment de capitaux. En avril 1990, le GAFI a publié un rapport contenant une série de Quarante Recommandations qui fournissent un plan d'action complet pour lutter contre le blanchiment de capitaux.

En 2001, l'élaboration de normes pour lutter contre le financement du terrorisme a été adjointe à la mission du GAFI. En octobre 2001, le GAFI a publié Huit Recommandations Spéciales pour lutter contre le financement du terrorisme. L'évolution continue des techniques du blanchiment de capitaux a amené le GAFI à réviser ses normes en juin 2003. En octobre 2004, le GAFI a publié une Neuvième Recommandation Spéciale, renforçant les standards internationaux de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme – les 40 + 9 Recommandations. Le GAFI se compose actuellement de 33 pays et territoires ainsi que de 2 organisations régionales.

Les 9 Recommandations Spéciales du GAFI

Les Recommandations du GAFI sont destinées aux Etats ; elles définissent des standards de bonne pratique et les règles indispensables à mettre en place dans les systèmes financiers nationaux pour lutter efficacement contre le financement du terrorisme (comme les 40 Recommandations le font pour la lutte contre le blanchiment de capitaux). Ces recommandations sont considérées comme le cadre de référence universel en la matière et servent de base aux actions du FMI, de la Banque Mondiale, mais aussi du Comité contre le Terrorisme de l'ONU. En plus de ces Recommandations, le GAFI effectue un travail de recherche et d'analyse poussé sur les évolutions des pratiques tant de financement du terrorisme que de lutte contre celui-ci. Ces publications sont une source fondamentale d'information dans ce domaine.

Les 9 Recommandations Spéciales sont les suivantes :

- I. Ratification et mise en œuvre des instruments des Nations Unies : cette recommandation conseille à tous les Etats de ratifier sans délai la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme ainsi que de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité en la matière.
- II. Incrimination du financement du terrorisme et du blanchiment de capitaux commis dans le cadre des activités terroristes : criminalisation de l'infraction de financement du terrorisme et soumission au régime de blanchiment de capitaux.
- III. Gel et confiscation des biens des terroristes : conseille à tous les Etats de mettre en œuvre une procédure de gel des avoirs sur le modèle de la résolution 1373 du Conseil de sécurité.
- IV. Déclaration des transactions suspectes liées au terrorisme : mise en œuvre d'une procédure de déclaration d'opérations suspectes par les institutions financières (ou institutions déjà

soumises au régime de déclaration pour la lutte contre le blanchiment) auprès des autorités compétentes.

- V. Coopération internationale : entraide judiciaire, échanges de renseignements, assistance, mise en œuvre de procédures d'extradition : les dispositions de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, ainsi que celles de la résolution 1373 du Conseil de sécurité sont réitérées dans cette recommandation.
- VI. Remise de fonds alternative : cette recommandation vise à mettre en œuvre un système de déclaration de tous les systèmes de transfert de fonds, y compris les systèmes informels comme la Hawala.
- VII. Virements électroniques : cette recommandation vise à permettre l'identification des personnes faisant transiter des fonds par virements électroniques tout au long de la « chaîne » de ces virements ; la notification des détails d'identification permettant de surveiller d'éventuelles transactions suspectes, et évitant l'opacité due aux virements électroniques.
- VIII. Organismes à but non lucratif : cette recommandation vise à ce que les législations nationales permettent, par une plus grande surveillance, d'éviter que les organismes à but non lucratif ne soient utilisés pour faire transiter des fonds à destination d'organisations terroristes.
- IX. Les passeurs de fonds (ajoutée en 2004) : recommande la mise en œuvre de législations permettant de vérifier les transits de fonds en liquide effectués par des personnes physiques, par le biais notamment d'une obligation de déclaration, et de saisie-confiscation ainsi que de l'imposition de sanctions appropriées en cas de non-respect de cette obligation.

L'on voit, à cette lecture, que les Recommandations du GAFI adressent clairement les principaux vecteurs du financement du terrorisme. La principale difficulté tient d'une part dans la mise en œuvre, au niveau des droits nationaux, de ces Recommandations et d'autre part, dans le rôle primordial qui doit être joué par les institutions financières du secteur privé dans cette lutte contre le financement du terrorisme (rôle qu'elles avaient déjà à jouer par ailleurs dans la lutte contre le blanchiment de capitaux).

Un réseau international du renseignement financier au service de la lutte contre le financement du terrorisme : le Groupe Egmont, l'UNODC, le FMI, la Banque Mondiale et le GAFI

En application des recommandations du GAFI concernant la lutte contre le blanchiment de capitaux, des Cellules de renseignement financier (CRF), chargées de recueillir et de traiter les déclarations de soupçon des institutions financières et de certaines professions, ont été constituées dans la plupart des pays dotés d'une législation en ce domaine. Ces cellules ont soit une forme administrative (TRACFIN en France), soit une forme judiciaire, ou elles peuvent encore avoir une forme hybride.

En juin 1995 est né à Bruxelles le Groupe Egmont, issu de cette volonté des CRF de disposer d'un forum de rencontre et d'échange d'informations dans un cadre spécifique, indépendant des dispositifs policiers, judiciaires ou diplomatiques.

Le groupe, qui compte désormais 116 CRF sans pour autant être doté d'une personnalité juridique internationale quelconque, concentre ses travaux sur les moyens concrets d'améliorer la coopération

internationale dans la lutte contre le blanchiment ainsi que la lutte contre le financement du terrorisme et notamment l'échange de renseignements opérationnels.

Plus encore, le Groupe Egmont fait pleinement partie du dispositif international de lutte contre le financement du terrorisme puisqu'il travaille en collaboration étroite avec l'ONUUDC qui fournit notamment aux CRF l'accès à un système de logiciels appelé « go family », composé de 5 sous-programmes permettant notamment la collecte, l'échange ainsi que la comparaison de données sur les rapports de conformité des pays concernant la mise en œuvre des Recommandations GAFI ; ces logiciels permettant l'échange d'informations entre les CRF, l'ONUUDC, le FMI, et la Banque Mondiale.

C'est donc un « arsenal » de moyens qui a été mis en œuvre au niveau mondial pour lutter contre le financement du terrorisme ; toutefois, en plus de l'opacité des systèmes informels de transfert de fonds, une autre difficulté surgit au sein même du système formel financier, il s'agit du respect des recommandations du GAFI et de la mise en œuvre des mesures de gel des avoirs imposée par le Conseil de sécurité au niveau du droit régional, du droit national et, en dernier lieu, du secteur privé.

B. La transposition des règles internationales de lutte contre le financement du terrorisme en droit régional et national : vers une superposition de règles multiples et non similaires entraînant un manque de clarté flagrant du système normatif ainsi créé

Si la mise en œuvre des Recommandations du GAFI concernant la surveillance du système financier pose assez peu de problèmes juridiques, elle demande toutefois la création de structures et de réseaux d'échanges d'informations entre ces structures et les institutions internationales (qu'il s'agisse des institutions financières du Groupe Banque Mondiale ou de l'ONU) ainsi que la mise en conformité des droits nationaux avec les obligations de surveillance et d'identification mises à la charge des secteurs bancaires et financiers (ainsi que plus récemment certains secteurs non financiers mais par lesquels des sommes importantes sont amenées à transiter, comme les secteurs du jeu ou de l'immobilier).

En revanche, le système de Liste mis en place par l'ONU et repris tant au niveau régional que national et auquel se sont ajoutées des listes différentes à ces deux derniers niveaux pose de nombreux problèmes juridiques touchant au respect des droits de l'homme, en plus de problèmes d'application renforcés par la multiplication du nombre de Listes.

1. La transposition du corpus normatif foisonnant de lutte contre le financement du terrorisme en droit régional et national et l'ajout de listes supplémentaires : entre désordre et confusion

Dans le cadre de l'Union Européenne, divers instruments juridiques ont été adoptés pour transposer les résolutions du Conseil de sécurité, parallèlement aux instruments destinés à transposer les 40 + 9 Recommandations du GAFI concernant la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Deux Règlements européens différents (issus de deux positions communes PESC) visent le gel des avoirs destinés au financement d'activités terroristes, créant ainsi deux Listes, une Liste européenne et une Liste transposant celle de l'ONU.

Le Règlement CE n°2580/2001 du 27 décembre 2001

Le Règlement (CE) n° 2580/2001 du Conseil, du 27 décembre 2001 complète les procédures administratives et judiciaires relatives aux organisations terroristes dans l'Union européenne (UE) et les pays tiers. Cependant, les personnes et groupes couverts par les résolutions 1267 (1999) et 1390(2002) du Conseil de sécurité des Nations-Unies, mises en œuvre par le règlement (CE) n° 881/2002 gelant les fonds de certaines personnes et entités liées au réseau Al Qaeda ne sont pas visés. Ce règlement définit les actes terroristes dont le financement est réprimé comme des actes intentionnels qui peuvent nuire par leur nature ou leur contexte à un pays, lorsqu'ils sont commis dans le but de gravement intimider la population, déstabiliser le pays.

L'Union européenne a donc commencé par mettre en œuvre la résolution 1373 du Conseil de sécurité en adoptant ce Règlement, et en transposant l'obligation qui est faite dans la résolution de geler les avoirs « terroristes » sous la forme d'une Liste distincte de celle de la résolution 1267.

Dans son article premier, le règlement énumère les avoirs financiers qui sont visés dans un sens large. Ces avoirs financiers ne doivent pas être mis directement ou indirectement à la disposition ni utilisés au bénéfice de certaines personnes, physiques ou morales, qui sont inscrites sur une liste. La liste est établie par le Conseil à l'unanimité sur la base de la position commune 2001/931/PESC. A l'instar des positions communes, les décisions du Conseil constituent toujours une liste consolidée et ne présentent pas que les amendements de la liste précédente. Les banques et autres institutions financières, ainsi que tous les autres ressortissants et personnes morales des Etats membres, sont tenus de fournir immédiatement les informations nécessaires pour faciliter l'observation du règlement du 27 décembre 2001, sous réserve de la confidentialité et du secret professionnel.

Les articles 5 et 6 prévoient des dérogations au présent règlement qui ne s'appliquent pas au versement des intérêts sur les comptes gelés. Les autorités des États membres peuvent autoriser l'utilisation de fonds gelés pour la couverture des besoins humanitaires essentiels auxquels doit faire face, dans la Communauté, une personne physique incluse sur la liste mentionnée en référence ou un membre de sa famille. Le règlement s'applique non seulement sur le territoire de la Communauté, mais également à bord de tout aéronef ou tout navire relevant de la juridiction d'un État membre, à tout ressortissant d'un Etat membre, à toute personne morale ou toute entité qui est établie ou constituée selon la législation d'un État membre ou qui entretient des relations commerciales dans la Communauté.

Si le texte du règlement de 2001 définit le Conseil comme seul détenteur des pouvoirs de mise en œuvre, un manque de clarté entoure le mode de constitution de la liste communautaire. Des informations que nous avons pu réunir très difficilement, il semble bien qu'il y ait, au niveau européen une position commune prévoyant l'application d'une grille de critères, mais cette dernière demeure très formelle. Les négociations en vue d'établir et d'amender la liste européenne s'effectuent au sein d'une « non-existent clearing house » appelé groupe de travail, un groupe informel dont les contours imprécis sont justifiés par la confidentialité, qui comprend notamment des services de renseignements et des attachés des différents Ministères des Affaires étrangères. Si l'inscription des individus et organisations clandestines sur la liste n'est pas formellement effectuée par ce groupe, c'est principalement en son sein qu'elle trouve son origine, le groupe proposant une réactualisation de la liste (au moins tous les six mois) au COREPER, qui l'adopte.

La liste figurant à l'annexe de la position commune contient les noms d'entités telles que l'ETA (Pays basque et liberté), l'IRA (armée républicaine irlandaise), le GRAPO (groupe de résistance antifasciste du premier octobre), la branche terroriste du Hamas, le Jihad islamique palestinien et d'autres groupes révolutionnaires activistes, ainsi que les noms des personnes en faisant partie.

Le Règlement (CE) n°881/2002 du Conseil instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaeda et aux Talibans

Ce règlement transpose quant à lui la résolution 1267 du Conseil de sécurité. Il est à noter toutefois qu'il a subi, de son adoption à la fin de 2009, 114 modifications.

Ce nombre est un indice des difficultés qui ont très rapidement surgi au sein de l'Union européenne s'agissant de la conformité des procédures de désignation et de gel des avoirs avec les droits fondamentaux de la personne et principalement le droit à un procès équitable, les droits de la défense, le droit humanitaire, tels qu'issus de la Convention européenne pour la Sauvegarde des Droits de l'Homme. Ce hiatus entre la méthode mise en œuvre pour la lutte contre le financement du terrorisme et le respect des droits de l'homme a donné naissance à une jurisprudence européenne, qui la mène progressivement à s'écarter d'une duplication pure et simple du système onusien de lutte contre le financement du terrorisme. Si l'on ne peut que se féliciter de cette volonté de respecter les droits de l'homme, cette distanciation (qui demeure toutefois très relative) devient source de confusion dans le corpus normatif mis en place au niveau mondial et rend sa lisibilité de plus en plus obscure, d'autant qu'au niveau inférieur, nombre d'Etats ont ajouté dans leur législations nationales des Listes nationales, qui viennent augmenter le manque de clarté du système.

2. La transposition des normes de surveillance du système financier international : la multiplication des Listes au niveau national et le rôle du secteur privé.

On peut distinguer deux volets à la transposition des normes internationales de lutte contre le financement du terrorisme au niveau national : le volet « gel des avoirs » et le volet « dispositif de surveillance et d'identification des flux financiers », étant entendu que les Etats doivent préalablement avoir criminalisé l'acte de financement du terrorisme dans les droits pénaux.

Le volet « gel des avoirs » et la multiplication des listes

En plus de la Liste récapitulative du Comité 1267 transposée au niveau européen, nous avons vu que l'Union européenne dresse sa propre liste sous l'égide du Règlement n°2580/2001. Les Etats membres de l'Union européenne ont donc l'obligation de geler sans délai les avoirs financiers des personnes et entités inscrites sur ces deux listes.

Mais la plupart des Etats (et pas seulement membres de l'Union européenne) ont mis en œuvre dans leurs ordres internes des mécanismes similaires de listes, dont le contenu est déterminé au niveau national.

Dans certains pays, la désignation sur une telle liste est soumise à une limite temporelle (2 ans renouvelables pour l'Australie, six mois renouvelables pour la France). En revanche, dans d'autres Etats l'inscription sur une telle liste est permanente : c'est le cas en Grande-Bretagne et au Canada.

Toutefois, dans ces deux Etats il y a révision possible de l'inscription à la demande des personnes inscrites qui peuvent faire appel d'une décision négative devant les tribunaux (au Canada, la révision est effectuée par un médiateur indépendant ; elle est effectuée par le Ministre compétent en Grande-Bretagne).

Dans certains Etats, la décision d'inscription sur une liste est prise exclusivement par un organe de l'exécutif (en France, c'est le Ministre des Finances) ; dans d'autres, la décision est prise conjointement par l'exécutif et le législatif (la Grande-Bretagne, les Etats-Unis et l'Australie imposent l'approbation par le Parlement d'une décision ou réglementation faisant état du listing d'entités suspectes) ; les parlements du Canada, de l'Inde et de la Tanzanie ont donné un pouvoir unilatéral à leurs gouvernements respectifs aux fins d'inscription de personnes ou entités sur une liste de suspicion d'activités terroristes.

Le problème flagrant est celui du manque de clarté, voire d'opacité sur le mode de désignation et les critères d'inscription sur ces listes, ainsi que l'absence fréquente de procédures claires d'appel de ces décisions à disposition des personnes qui font l'objet d'une inscription et du gel de leurs avoirs en découlant.

Un pays comme la France doit donc geler sans délai les avoirs des personnes et entités inscrites sur la Liste du Comité ONU 1267, telle qu'amendée par l'Union européenne, ceux des personnes inscrites sur la liste européenne (sachant que les avoirs visés par la liste européenne ne sont pas exactement les mêmes que ceux originairement visés par la liste du Comité 1267) en plus des noms de personnes dont le Ministre des Finances décide qu'il est nécessaire de geler les fonds (conformément à l'art.L.562-1 du Code Monétaire et financier).

Or pour geler ces fonds, ainsi que pour appliquer les réglementations permettant d'identifier et de surveiller les flux financiers, la participation active du secteur privé du système bancaire et financier est indispensable.

Le rôle central des professionnels de la banque et de la finance dans le dispositif de lutte contre le financement du terrorisme

La lutte contre le financement du terrorisme passe donc par la surveillance, l'identification, la localisation des flux financiers au sein du système financier international, en plus des mesures de gels des avoirs des personnes suspectées d'activités terroristes ou suspectées de financer des activités terroristes. Les fonds dont il est question dans ces deux cas sont ceux qui transitent dans le système financier formel ; ce sont donc les professionnels de ce système financier qui ont pour mission de détecter les transactions suspectes et de vérifier qu'aucun des noms inscrits sur les différentes listes ne fait partie de leur clientèle, pour, soit en faire état aux autorités compétentes (les CRF dans les pays où les recommandations GAFI sont mise en œuvre, et plus particulièrement TRACFIN pour la France) en cas de transactions suspectes, soit geler immédiatement les fonds de leurs clients s'il s'avère que ces derniers sont inscrits sur une des listes.

Il est donc absolument nécessaire que ces professionnels soient informés très régulièrement des modifications opérées sur ces listes ainsi que des modifications législatives mettant à leur charge de nouvelles obligations de surveillance.

Or la multiplication des listes, leurs modifications régulières, les aménagements législatifs répétés qui sont opérés, rendent leur mission des plus complexes. Pour exemple récent, l'ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009 est venue modifier près d'une centaine d'articles du Code Monétaire

et financier concernant la lutte contre le financement du terrorisme et s'appliquant directement aux établissements bancaires et financiers (ainsi qu'aux professions du jeu, des loteries ou encore à l'interdiction du paiement en espèces de certaines créances, l'obligation de déclaration de sommes liquides au passage des frontières de l'Union européenne...).

D'autre part, le flou qui entoure malheureusement encore l'identification des personnes inscrites sur ces listes est source de grande confusion pour ces professionnels de la banque et multiplie d'autant les risques de sanctions à l'encontre de personnes tout à fait innocentes dont le nom est le même qu'une autre inscrite sur les listes.

Les quelques sessions de formation dispensées dans les établissements financiers semblent tout à fait dérisoires par rapport à l'inflation réglementaire et législative qui met de nouvelles obligations de vigilance toujours plus accrues à leur charge. Et si la majorité de ces établissements est aujourd'hui dotée de services internes spéciaux consacrés à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, ceux-ci ne représentent que quelques personnes informées au sein d'établissements comprenant des milliers (millions) de professionnels qui sont ceux, qui finalement, peuvent détecter les transactions ou les personnes et entités suspectes dans leurs activités journalières.

On peut noter dans ce domaine l'existence d'initiatives privées, comme notamment la création du Groupe Wolfsberg qui rassemble un grand nombre de grandes banques internationales et organise des sessions de travail et de formations entre ces banques pour lutter contre le blanchiment des capitaux ainsi que contre le financement du terrorisme. Le Groupe Wolfsberg a d'ailleurs adopté une Déclaration sur la répression du financement du terrorisme, reprenant les points importants à respecter pour les professionnels de la banque et de la finance.

En conclusion, force est de constater que la production foisonnante et parfois erratique de normes internationales, régionales et nationales en vue de lutter contre le financement du terrorisme a multiplié le risque d'erreurs, tout en ne garantissant que très mollement les droits fondamentaux de la personne. Or, si la lutte contre le terrorisme est une nécessité que nous ne contestons en aucun cas, il nous semble que de la mener sans respecter scrupuleusement les droits de l'homme, qui sont la base du système juridique international, est particulièrement contre-productif. En effet, ce régime « spécial » nous semble stigmatiser une situation de « conflit larvé » engendré par une forme de discrimination involontaire, conséquence malheureuse du manque de sécurité juridique entourant les normes de lutte contre le financement du terrorisme.

PARTIE III : RECOMMANDATIONS

A la lumière des recherches et informations récoltées au cours des trois dernières années et qui ont mené à la rédaction de ce rapport, nous soumettons donc les recommandations suivantes :

Trouver en urgence un consensus international sur la définition du terrorisme : cette lacune prive tout le système normatif de lutte contre le financement du terrorisme de base légale et ouvre la voie à la possibilité, entre autres, pour certains gouvernements, de poursuivre des opposants politiques au titre de cette lutte;

Réduire drastiquement le nombre des personnes et entités inscrites sur la liste du Comité des sanctions 1267 aux seules personnes et entités dont il est suffisamment prouvé qu'ils participent et/ou financent et/ou tentent de financer des activités terroristes. Les erreurs survenues ces dix

dernières années sont inadmissibles, d'autant qu'elles touchent principalement une seule catégorie de la population mondiale : il y a dans ces erreurs une forme de discrimination, certes involontaire, mais dont la répétition devient particulièrement inquiétante et risque de mener à une stigmatisation et au durcissement des discours « terroristes », tout en augmentant leur portée et leur capacité à convaincre au sein de cette partie de la population ;

Garantir et protéger pleinement le respect des droits fondamentaux de la personne au niveau onusien. On peut envisager une nouvelle résolution du Conseil de sécurité qui imposerait de façon claire et détaillée l'obligation pour tous les Etats Membres de mettre en œuvre, dans leurs législations nationales, des mécanismes effectifs de protection des droits fondamentaux, et notamment des droits de la défense, pour les personnes frappées par ces sanctions. Les Etats devraient alors faire état clairement d'une procédure d'appel des décisions de sanctions, avec notification aux personnes sanctionnées des modalités et procédures à suivre pour demander leur radiation de la liste ou des dérogations humanitaires ; sachant que ces deux procédures devraient être simplifiées et clarifiées. Le Comité contre le Terrorisme pourrait être investi de la mission de vérifier que les Etats remplissent effectivement cette obligation, au même titre que leurs obligations de sanction.

Appliquer les mêmes critères de protection et de garantie au niveau européen ; et réduire de la même façon le nombre d'inscrits sur la Liste européenne. D'autre part, le fait que l'inscription sur la liste européenne puisse être initiée par des rapports d'Etats tiers à l'Union nous semble tout à fait contestable. Ces Etats non membres de l'UE devraient proposer l'inscription de ces noms sur la Liste ONU et non sur celle de l'UE.

Intensifier la mise en conformité des législations nationales avec les Recommandations spéciales du GAFI III à IX (les deux premières concernant la transposition des résolutions du Conseil de sécurité et de la Convention internationale, et ne garantissant pas le respect des droits de l'homme). Il nous semble que les méthodes de lutte contre le financement basées sur l'identification, la surveillance et le suivi des flux financiers sont plus respectueuses des droits fondamentaux, et sans doute plus efficaces, dans la mesure où elles se fondent sur des faits matériels vérifiables, le risque de « dénonciation » pour motifs politiques étant alors quasi-inexistant.

Faciliter la formation « continue » des professionnels du secteur financier pour leur permettre de remplir leur mission correctement et en connaissance de cause.

Simplifier en urgence le cadre normatif de lutte contre le financement du terrorisme : cette complexité rend sa lecture et sa compréhension difficiles et ouvre la voie à un plus grand nombre d'erreurs. De plus, la multiplication de listes concurrentes et leurs modifications très fréquentes dans les différents ordres juridiques rend la mission des établissements financiers presque impossible.

Enfin, il nous semble nécessaire de **ne pas perpétuer le mécanisme du « gel des avoirs » à titre préventif** : rien, selon nous, ne peut justifier de sacrifier le principe de présomption d'innocence.

Synthèse des instruments juridiques à force obligatoire en matière de lutte contre le financement du terrorisme

<p>ONU</p>	<p>Convention Internationale pour la répression du financement du terrorisme : signée en 1999, entrée en vigueur le 10 avril 2002.</p> <p>Résolutions du Conseil de Sécurité sur la lutte contre le financement du terrorisme :</p> <p>Résolution 1267 (1999) : Comité des sanctions contre Al Qaeda et les Taliban ; mesures de sanctions (gel des avoirs, interdiction de voyager et embargo sur les armes), étendu au-delà du territoire afghan à partir de janvier 2002 ; modifiée par les résolutions 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004) portant création de l'Equipe d'appui analytique et de surveillance, 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008) et 1904 (2009).</p> <p>Résolution 1373 (2001) : Comité contre le Terrorisme, en charge notamment de suivre l'application de la résolution par tous les Etats membres, résolution 1535 (2004) portant création de la Direction exécutive du Comité, résolution 1805 (2008) qui proroge le mandat de la Direction exécutive jusqu'au 31 décembre 2010.</p> <p>Résolution 1624 (2005) : sur l'interdiction de l'incitation à commettre des actes terroristes.</p> <p>Résolution 1540 (2004) : prévention des actes de terrorisme nucléaire.</p>
<p>Union européenne</p>	<p>Règlement (CE) n° 2560/2001 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2001 concernant les paiements transfrontaliers en euros.</p> <p>Règlement (CE) n° 2580/2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (autres que ceux listés par la résolution 1267 du Conseil de Sécurité de l'ONU), mettant en place une Liste européenne.</p> <p>Règlement (CE) n°881/2002 mettant en œuvre les sanctions de la résolution 1267 du Conseil de Sécurité de l'ONU à l'encontre d'Al Qaeda et des Taliban, ayant fait l'objet de 114 amendements.</p> <p>Directive 2005/60/CE : troisième directive relative à la prévention du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ; couvrant la plupart des 40 recommandations du GAFI et quelques unes des 9 recommandations spéciales.</p> <p>Règlement (CE) n° 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté européenne (recommandation spéciale IX du GAFI) ;</p> <p>Règlement (CE) n°1781/2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds (recommandation spéciale VII du GAFI).</p> <p>Directive 2007/64/CE sur les services de paiement dans le marché intérieur (recommandation spéciale VI du GAFI)</p>
<p>France</p>	<p>Textes relatifs à la déclaration de transferts de sommes, titres ou valeurs, vers ou en provenance de l'étranger :</p> <p>Articles L.152-1, L.152-4, R.152-6 à R.152-8 du code monétaire et financier ;</p> <p>Articles 464 et 465 du code des douanes ;</p>

	<p>Décret n° 2007–1638 du 19 novembre 2007 pris pour l'application du règlement (CE) n° 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant et sortant de la Communauté et de l'article L. 152-1 du code monétaire et financier ;</p> <p>Arrêté du 29 février 2008 portant application de l'article R. 152-7 du code monétaire et financier.</p> <p>La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers : décret d'application du 11 avril 2007</p> <p>Obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme du Code Monétaire et Financier, tel que modifié par l'ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009 :</p> <p>Article L.112-6 à 8 : interdiction du paiement en espèces de certaines créances.</p> <p>Article L.524-1 à L.524-5 : obligations à la charge des changeurs manuels</p> <p>Article L.561-1 : personnes (autres que les professionnels) soumises à une obligation de déclaration au procureur de la République ;</p> <p>Article L.561-2 et suivants : personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, parmi lesquels on trouve notamment les établissements financiers au sens large, les établissements de crédit, les changeurs manuels, les représentants de casino, de sociétés de jeux de hasards, les personnes se livrant habituellement au commerce de pierres précieuses, œuvres d'art, antiquités et aussi aux transactions immobilières ;</p> <p>Article L.561-5 et suivants : obligations de vigilance à l'égard de la clientèle ;</p> <p>Article L.561-15 et suivants : obligation de déclaration des transactions suspectes auprès de la Cellule de Renseignement Financier ;</p> <p>Article L.561-23 et suivants : Les attributions et missions de la Cellule de Renseignement Financier ;</p> <p>Article L.561-32 et suivants : obligations de mise en place de procédures et de contrôle interne par les personnes relevant de l'article L.561-2.</p> <p>Article L.561-36 et suivants : autorités de contrôle et sanctions administratives (Commission Bancaire, Autorité des Marchés financiers, Autorité de Contrôle des Assurances et mutuelles ; Conseil de l'Ordre du Barreau, Chambre des Notaires...)</p> <p>Article L.561-45 : droit d'accès indirect aux données électroniques et informatiques auprès de la CNIL.</p> <p>Mesures de gel des avoirs terroristes autres que celles imposées par les Règlements CE :</p> <p>Article L.564-2 à L.564-6 : possibilité pour le Ministre des Finances de décider du gel des avoirs pour un période de 6 mois renouvelable</p>
--	--

Bibliographie

Rapports et Documents de l'ONU [<http://www.onu.org/french/terrorism/index.shtml>]:

Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte antiterroriste, Martin Scheinin, ONU, Conseil Economique et Social, 28 décembre 2005, E/CN.4/2006/98 ;

S'unir contre le terrorisme. Recommandation pour une stratégie antiterroriste mondiale, Rapport du Secrétaire Général, 27 avril 2006, A/60/825 ;

Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ONU, Assemblée Générale, 6 août 2008 (A/63/223) ;

Expert Workshop on Human Rights and International Co-operation in Counter-Terrorism, 15-17 nov. 2006, Triesenberg, Liechtenstein, Final Report, février 2007, OSCE/ONU (ODIHR.GAL/14/07);

Les mesures de lutte contre le financement du terrorisme, Rapport du Groupe de travail de l'Equipe spéciale de lutte contre le terrorisme, ONUDC, mars 2009, [www.un.org/terrorism/cttaskforce] ;

Rapports de l'Equipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions remis au Conseil de sécurité, [www.onu.org] ;

Informal Money Transfer Systems : Opportunities and Challenges for Development Finance, Leonid Buencamino and Sergei Gorbunov, DESA Discussion Paper n°26, UN, Economic and Social Affairs, novembre 2002, ST/ESA/2002/DP/26.

Rapports et documents de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe :

Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, Les lignes directrices du Conseil de l'Europe, Direction Générale des Droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Mars 2005 ;

UN Security Council black lists, Rapporteur : Mr. Dick Marty, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, 19 mars 2007 ((AS/JUR(2007)14), document déclassifié le 19 avril 2007), [<http://www.assembly.coe.int>] ;

Rapports de Réunion du Comité d'Experts sur le Terrorisme (CODEXTER), [<http://www.coe.int/gmt>] ;

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, et au Comité Economique et Social européen - Prévenir et combattre le financement du terrorisme par une meilleure coordination au niveau national et une plus grande transparence des organismes à but non lucratif, Commission européenne, 29 novembre 2005 (COM (2005)620FINAL).

Rapports d'ONG et d'Universités :

Renforcer les sanctions ciblées grâce à des procédures équitables et transparentes, Livre Blanc rédigé par le projet relatif aux sanctions ciblées du Watson Institute, Université Brown, 30 mars 2006, [www.watsoninstitute.org] ;

Assessing Damage, Urging Action, Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, International Commission of Jurists, 2009, [www.icj.org] ;

L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité, Rapport d'analyse, FIDH, octobre 2005, [www.fidh.org] ;

Targeted Sanctions and Due Process, The responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter, Bardo Fassbender, Associate Professor of Law Institute of International and European Law Humboldt University Berlin, Study commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs, 2006.

Ouvrages et articles de doctrine :

SOREL (J.-M.) (dir.), *La lutte contre le financement du terrorisme : Perspective Transatlantique*, Paris, Pedone, Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne, 2009, 214 p.

DRUMBL (M. A.), « Transnational Terrorist Financing : Criminal and Civil Perspectives », *German Law Journal*, 2008, vol.09, n°7, pp. 933-944;

FEINÄUGLE (C. A.), « The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee : Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals? », *German Law Journal*, 2008, vol. 9, n° 11, pp. 1513-1539;

ROSAND (E.), « The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions », *A.J.I.L.*, vol. 98, 2004, pp. 745-763.

Les rapports du GAFI :

Terrorist Financing, FATF/OECD, 29 February 2008 ;

FAFT Annual Report 2007-2008, FATF/OECD, 30 June 2008;

Tous les rapports sont disponibles à l'adresse suivante : www.fatf-gafi.org

Autres sites utiles :

[www.egmontgroup.org]

[www.wolsberg-principles.com]

[www.banquemondiale.org]

[www.imf.org]

LA DETENTION DES PERSONNES SUSPECTEES D'ACTES TERRORISTES

ATHANASIA PETROPOULOU¹

Résumé

La question de la détention des individus suspectés d'actes terroristes revêt un intérêt particulier au regard des garanties procédurales ainsi que des conditions d'application des mesures privatives de liberté. L'objectif du présent rapport est d'examiner les dispositions relatives à la garde à vue et la détention provisoire sous l'angle spécifique de leur compatibilité avec les droits fondamentaux et de formuler des propositions visant à une amélioration du régime existant. Dans ce cadre, la mesure restrictive de l'assignation à résidence, qui pourrait être équivalente à une privation de liberté, sera également examinée. Eu égard au fait que le statut juridique d'anciens détenus de Guantanamo, qui pourraient être transférées en France, constitue un sujet d'actualité et peut poser de questions relatives à notre sujet, des recommandations y afférentes seront également présentées. L'analyse conclut que le régime de détention des suspects terroristes, ainsi que la pratique des autorités françaises, sont loin de s'aligner sur les standards européens de protection des droits des personnes concernées. Il est nécessaire que de modifications substantielles du dispositif légal soient adoptées et mises en place effectivement.

La question de la détention des individus suspectés d'actes terroristes revêt un intérêt particulier en ce qui concerne les garanties procédurales ainsi que les conditions sous lesquelles de telles mesures privatives de liberté peuvent se voir appliquer. Dans le cas de la France, comme dans le cas d'une série d'Etats européens, le régime de détention des personnes soupçonnées d'infractions liées au terrorisme présente un caractère exceptionnel par rapport au régime de détention des personnes accusées de crimes ordinaires, eu égard aux périodes prolongées de détention et à l'affaiblissement des droits de la défense des personnes détenues.

Le poids accru accordé à l'investigation en matière d'affaires relatives aux crimes terroristes² a placé irréversiblement l'accent sur la figure du « suspect ». Ce déplacement de l'intérêt concernant la procédure pénale dans son ensemble à son stade préliminaire a été accompagné d'une restriction significative des garanties procédurales accordées aux personnes concernées. L'instauration des régimes d'exception en matière du terrorisme a eu des répercussions importantes sur l'ensemble du procès³.

¹ Doctorante en droit international, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

² Voir sur cette question, D. FRANSEN, D. VANDERMEERSCH, « Les mesures d'investigation et les droits de l'homme », in L. HENNEBEL, D. VANDERMEERSCH (dir), *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruxelles, Bryulant, collection Magna Carta, 2009, p. 351-403.

³ Voir les témoignages de Ch. MARCHAND et J. FREMON, au colloque « Judging terrorism and the rule of law-reflections and discussions on the EU-US relationships in the fight against terrorism », Bruxelles, le 2-3/12/2008. Selon eux de « pratiques dérogatoires » sont instituées dans les affaires relatives au terrorisme, et il y a un climat de suspicion envers les avocats des accusés terroristes, au moins en ce qui concerne la Belgique.

Ce sujet devient également un sujet d'actualité en France. Le Ministère de la Justice envisage certaines modifications qui touchent aussi la phase préparatoire du procès pénal en vue de simplifier la phase de l'instruction et de renforcer les droits des détenus et des victimes dans la phase de garde à vue et de détention provisoire⁴.

L'objectif du présent rapport est d'examiner les dispositions françaises relatives à la garde à vue et à la détention provisoire en matière de terrorisme, sous l'angle spécifique de leur compatibilité avec les droits fondamentaux, et de formuler des propositions permettant une amélioration du régime existant. La mesure restrictive de l'assignation à résidence sera également examinée, car elle constitue une mesure potentiellement équivalente à une privation de liberté et alternative à la mesure d'expulsion des étrangers suspects d'activités terroristes. A la fin du rapport sont présentées certaines recommandations, qui portent non seulement sur la législation antiterroriste nationale, mais aussi sur la question du régime juridique des personnes détenues dans le centre de détention de Guantanamo qui seront transférées en France.

La recherche comparative a un intérêt certain mais revêt aussi des difficultés majeures, notamment eu égard à l'existence de différents ordres juridiques. La question des détentions et des garanties y afférentes devrait ainsi être envisagée sous la lumière de la diversité des conceptions entourant la justice pénale dans chaque ordre national. De plus, l'exposé d'une vision comparatiste est d'autant plus complexe qu'une véritable comparaison des mesures examinées ne peut être facilement établie. En France, le régime de la garde à vue présente d'ailleurs un caractère unique par rapport aux mesures similaires prises dans d'autres pays de l'Union européenne. De surcroît, il est clair qu'on ne peut pas évaluer les systèmes de la garde à vue et de la détention provisoire en France sans avoir une vue d'ensemble de tout l'appareil antiterroriste français, tant au niveau procédural qu'aux niveaux opérationnel et institutionnel.

Méthodologie

Pour les besoins de ce rapport, un questionnaire relatif au régime applicable aux personnes suspectées de crimes terroristes, ainsi qu'aux conditions générales de leur détention prévues par la législation nationale en vigueur a été envoyé aux autorités compétentes de tous les pays de l'Union européenne, notamment aux Ministères de l'Intérieur ou Ministères de la Justice. En outre, des questionnaires adaptés en fonction de leur destinataire ont été envoyés à un certain nombre d'organisations intergouvernementales européennes et internationales, ainsi qu'à certaines organisations non gouvernementales. On regrette le fait que dans tous les cas les réponses fournies étaient très limitées ou presque inexistantes. Ainsi, sur un total de 27 pays, seuls 6⁵ nous ont fait parvenir leurs réponses.

Dans le cas de la Grèce un entretien a été effectué avec un officier de police du département antiterroriste de la direction générale de la police à Athènes. Nous avons également reçu les réponses de représentants de Human Rights Watch, de l'ONG Redress et du Conseil de l'Europe.

⁴ Comité de réflexion sur la justice pénale, rapport final déposé le 1/9/2009, Avant-projet du futur code de procédure pénale soumis à concertation le 1/3/2010.

⁵ Chypre, Malte, Slovaquie, Hongrie, Grèce, Portugal.

Enfin, afin de compléter ces réponses, l'auteur de ce rapport s'est entretenu à Londres avec un conseiller juridique de l'ONG Redress.

En dehors de ces sources limitées, on a également eu recours aux études réalisées avec le soutien de la Commission européenne, présentant un caractère comparatif, dans le cadre d'initiatives visant à la reconnaissance d'une série de principes et de garanties procédurales pour les personnes mises en cause lors de procédures pénales. Enfin, des documents officiels et des rapports relatifs à la législation française ainsi que des rapports d'ONG ont été consultés.

PARTIE I : LA DETENTION DES INDIVIDUS SUSPECTES D'ACTES TERRORISTES EN FRANCE : UN ETAT DES LIEUX

A. La garde à vue, une mesure contrastée

Selon le code de procédure pénale (art. 63), « l'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République »⁶. Au titre de la même disposition, la durée initiale de la garde à vue ne peut être que de vingt-quatre heures renouvelable une seule fois pour un nouveau délai de vingt-quatre heures, après autorisation écrite du procureur de la République⁷. Le régime spécifique appliqué en matière de terrorisme et surtout les conditions de son application s'avèrent peu respectueux des droits des personnes détenues.

Depuis la loi du 23 janvier 2006, la garde à vue des suspects terroristes peut durer 6 jours, en totalité. Selon la loi « si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relatives [...] l'exigent, la garde à vue peut, à titre exceptionnel faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune »⁸. Dans le cas des infractions terroristes, une dérogation supplémentaire s'institue. Au titre de la loi : « s'il ressort des premiers éléments de l'enquête ou de la garde à vue elle-même qu'il existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ou que les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement, le juge des libertés peut, à titre exceptionnel et selon les modalités prévues, décider que la garde à vue [...] fera l'objet d'une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois ». Les raisons de ce dernier renouvellement semblent être extrêmement larges et ambiguës. En outre la police dispose de 20 heures supplémentaires à compter de la fin officielle de la garde à vue pour amener le détenu devant un juge d'instruction, durant lesquelles elle n'a pas le droit d'interroger le détenu.

La garde à vue est considérée comme un dispositif très important de l'arsenal juridique français, qui en matière de terrorisme fait preuve d'une très grande efficacité. La forte centralisation du système articulé sur la coopération étroite entre les juges d'instruction, les responsables principaux de l'enquête et des services de renseignement français⁹ permet la valorisation des informations des services de renseignement dans le cadre de l'enquête judiciaire. Dans un tel cadre de coopération étroite entre services de renseignement et juge d'instruction, les personnes concernées sont placées

⁶ Article 63 du code de procédure pénale modifié par la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002.

⁷ Article 63 §2.

⁸ Article 706-88 du code de procédure pénale modifiée par la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006.

⁹ Surtout la Direction de la surveillance du Territoire et les Renseignements Généraux.

sous un régime attentatoire à la liberté individuelle sur la base des informations fournies par les services de renseignements, très souvent à cause des simples contacts au sein d'un groupe de personnes¹⁰.

En général, c'est l'incrimination de l'infraction « d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste », une infraction qui ne peut se définir que très vaguement, qui fournit la base juridique de l'application de la mesure de la garde à vue pour les infractions liées au terrorisme. Cet article a été inclus dans le code pénal par la loi du 22 juillet 1996 et désigne comme acte de terrorisme « le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés dans les articles précédents »¹¹. Il est important de noter ici que l'introduction d'une telle infraction effectue une dissociation du comportement visé avec la commission d'une certaine infraction terroriste et une quelconque participation matérielle à celle-ci¹². Une telle incrimination s'éloigne d'ailleurs de grands principes de droit pénal, selon lesquels l'acte criminel accompli doit être au cœur de la criminalisation. Ces dernières années, l'application de la garde à vue sur la base de l'article relatif à l'association de malfaiteurs et la faiblesse des garanties procédurales accordées aux personnes gardées à vue ont permis l'instrumentalisation de cette mesure à des fins d'interrogatoires et de renseignement¹³.

La dimension institutionnelle de la mesure de la garde à vue, dont le contrôle est confié au juge d'instruction et dont la prolongation peut être autorisée à la demande du procureur de la République¹⁴, dans la période initiale de la mesure, pose encore des difficultés importantes en ce qui concerne les implications que pourrait avoir le statut de ces deux organes judiciaires sur le respect des garanties procédurales de la personne détenue. L'appartenance du Procureur de la République à la formation hiérarchique du Ministère de l'Intérieur mine l'indépendance institutionnelle de cette instance à l'égard de l'exécutif en affaiblissant le caractère judiciaire de sa fonction. Il est important ici de noter que très récemment la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), dans une formation de chambre, a affirmé, lors d'un obiter dictum, auquel a souscrit en substance la Grande Chambre, que « le Procureur de la République n'est pas une 'autorité judiciaire' au sens que la jurisprudence de la Cour¹⁵ a donné à cette notion : comme le soulignent les requérants, il lui manque

¹⁰ Voir le rapport de Human Rights Watch, *La justice court-circuité, Les lois et procédures antiterroristes en France*, juillet 2008, p. 24.

¹¹ Code Pénal, art. 421-2-1.

¹² Voir aussi le rapport de la Fédération internationale pour les droits de l'homme de 1999, pour la France, *Les portes ouvertes à l'arbitraire*.

¹³ Le rapport de Human Rights Watch, *op.cit.*, p. 27-28 et Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Examen des rapports soumis par les Etats parties conformément à l'art. 40 du Pacte, observations sur la France, CCPR/C/FRA/CO/14, de 31/7/08, §14.

¹⁴ Selon l'article 706-88 al.2, les prolongations sont autorisées soit à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction. Si la durée prévisible des investigations restant à réaliser à l'issue des premières quarante-huit heures de garde à vue le justifie, le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction peuvent décider que la garde à vue fera l'objet d'une seule prolongation supplémentaire de quarante-huit heures (article 706-88, al. 5).

¹⁵ Dans son arrêt *Schiesser c. Suisse*, 4/12/1979, la Cour avait admis qu'un magistrat du parquet pouvait répondre à la qualité de « juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires », selon l'article 5§3, sous la condition « de prendre ses décisions en pleine indépendance et d'accorder à la personne détenue les garanties de procédure et d'être habilité à se prononcer sur les raisons justifiant la détention » (§27-38).

en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié »¹⁶. Une telle mise en cause de l'indépendance du Procureur de la République peut menacer la légitimité de la procédure pénale française, surtout la légitimité de la garde à vue par rapport aux garanties judiciaires.

Cet arrêt, comme d'ailleurs la jurisprudence de la Cour européenne, semble ne pas être pris en considération par le Comité de réflexion sur la réforme du droit pénal. Ce dernier proposa le renforcement du rôle du Procureur de la République dans la phase préliminaire de l'enquête, en simplifiant le régime et en lui attribuant la responsabilité des enquêtes. Cette proposition fut endossée en outre par l'avant-projet du futur code de procédure pénale soumis à concertation le 1 mars 2010¹⁷. Partant, aucune considération n'est faite en vue d'une modification de son statut afin de renforcer son indépendance, car « la majorité du Comité s'est exprimée contre une rupture du lien entre le parquet et le pouvoir exécutif ». Une telle proposition pourtant, qui vise à affermir la maîtrise de la procédure par l'exécutif, ne peut être qu'en contradiction avec les standards internationaux de sauvegarde des garanties procédurales judiciaires des mesures privatives de liberté.

Dans ce cadre on considère que la suppression du juge d'instruction et l'instauration du juge de l'enquête et des libertés investi exclusivement de fonctions juridictionnelles, proposée par le Comité Léger¹⁸, pourrait constituer une garantie très importante pour la légalité et la légitimité de la procédure. Pourtant, l'avant - projet de loi concrétise les propositions du Comité, mais reste en retrait des exigences en matière de protection des droits des personnes concernées. Les conditions entourant le placement en garde à vue demeurent les mêmes, comme d'ailleurs le rôle du Procureur de la République¹⁹, malgré les faiblesses dénoncées du régime existant. Le juge de l'enquête et des libertés n'intervient que pour les prolongations autorisées en matière de la criminalité organisée, ainsi que du terroriste, agissant à la requête du Procureur de la République²⁰.

Il est clair que l'avant projet du Ministère de la justice en ce qui concerne l'emprise de l'exécutif sur la garde à vue se cadre mal avec l'indépendance de l'autorité judiciaire requise par la Cour de Strasbourg. Le maintien du rôle central du Procureur de la République doit aller de pair avec une véritable « indépendance d'esprit » du juge de l'enquête et des libertés face au Procureur, que la pratique actuelle a du mal à démontrer²¹. Sous cet angle il reste indispensable de renforcer l'indépendance du Procureur²² vis-à-vis de l'exécutif, ainsi que de déterminer plus clairement le statut et le rôle du juge de l'enquête et des libertés. En outre, il semble qu'on se trouve loin de l'instauration d'un vrai débat contradictoire dès l'origine de la procédure pénale et de la

¹⁶ Arrêt *Medvedyev c. France*, 10/7/2008, req. N°3394/03, §61, et Cour EDH, Gr Ch, 29/3/2010, §128: « (les juges d'instruction), qui sont assurément susceptibles d'être qualifiés de "juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" au sens de l'article 5§3 de la Convention ».

¹⁷ Disponible sur le site [http://www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf]

¹⁸ Selon les propositions du Comité Léger, ce juge doit être compétent pour décider de mesures attentatoires aux libertés individuelles. Voir rapport du Comité Léger, op.cit, p. 12 -14.

¹⁹ Article 327-8.

²⁰ Articles 327-24, 327-29.

²¹ Selon un rapport de l'Assemblée nationale du 6/6/2006, rapport n° 3125, p. 223, en 2004, dans 89,7% des cas le juge de libertés et de la détention a suivi les recommandations du juge d'instruction, favorisant la détention.

²² Selon le rapport des réflexions du groupe de travail du Conseil National des Barreaux (CNB)- Union Syndicale des Magistrats (USM) sur l'enquête pénale, du 15/4/2010, p. 3 « une refonte du statut du Ministère Public, qui garantisse à ses magistrats une autonomie de fonction et une véritable indépendance » est nécessaire.

consécration d'un « habeas corpus à la française », impliquant des prérogatives très importantes pour la défense.

En droit français, le régime de la garde à vue en matière du terrorisme obéit à une logique d'exception. L'instauration de dispositions dérogatoires à celles relatives aux crimes ordinaires fonctionne au détriment des droits de la défense et de la personne concernée. Dans cette partie on tente d'évaluer la mesure de la garde à vue à l'aune des garanties fondamentales, qui devraient y être consacrées.

La durée de la garde à vue

En l'état actuel, la durée de la garde à vue est une des plus longues parmi les Etats de l'Union européenne²³. Dans son rapport de réflexion sur le droit pénal et la procédure préliminaire au procès pénal, le Comité Léger s'est penché sur le sujet du régime de la garde à vue, avec l'intention de renforcer les droits de la personne gardée à vue, de restreindre les cas de placement, et de créer une mesure coercitive d'une durée plus limitée que celle de la garde à vue. Cependant, l'avant-projet de loi se différencie des propositions du Comité sur ce point et prévoit la garde à vue pour tous les délits punis d'une peine d'emprisonnement, indépendamment de durée. Ainsi, le régime exceptionnel appliqué aux infractions relatives au terrorisme reste inchangé. La possibilité d'appliquer la garde à vue pour une période égale à 6 jours est difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour EDH, qui avait jugé incompatible avec l'article 5 § 3 la détention de suspects pour infractions terroristes au Royaume-Uni, d'une durée de quatre jours et six heures avant la comparution de la personne devant un juge²⁴.

Le recours excessif²⁵ des autorités policières françaises à la mesure de la garde à vue en matière de terrorisme et le régime dérogatoire appliqué ont été dénoncés, très récemment, par le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU²⁶. Seulement dans un nombre limité de cas, ces arrestations « massives » conduisent à des instructions officielles ou encore plus rarement à des condamnations²⁷. Il est clair qu'un certain nombre de personnes sont privées de leur liberté et sont soumises aux méthodes d'interrogatoire souvent abusives pour une durée de plus de 4 jours aux fins de collecte de renseignement. Une telle constatation remet en question l'efficacité réelle d'une assez longue période de garde à vue et pose le problème de la proportionnalité de cette mesure par rapport aux atteintes à la liberté personnelle.

²³ En Italie, le délai est de 5 jours, au Danemark et Norvège de 3 jours. L'Espagne a consacré aussi une longue période de détention même au secret pour les suspects terroristes, qui peut être étendue jusqu'à 13 jours. Au Royaume-Uni le *Terrorism Act 2006* prévoit un délai total de 28 jours. Voir aussi le rapport de Justice, Pre-trial Detention, a publication of the Open Society Justice Initiative, Spring 2008, aussi Commission of the European Communities, Brussels, 19/2/09, SEC (2009) 225 final, Commission staff working document, Synthesis of the replies from the member States to the questionnaire on criminal law, administrative law/procedural law and fundamental rights in the fight against terrorism.

²⁴ Arrêt *Brogan c/ Royaume-Uni* du 29/11/1988, §58.

²⁵ Le rapport des réflexions du groupe de travail CNB -USM du 15/4/2010 estime le nombre des gardes à vue pour le 2009 vers 800.000.

²⁶ Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Examen des rapports soumis par les Etats parties conformément à l'art. 40 du Pacte, observations sur la France, CCPR/C/FRA/CO/14, de 31/7/08, §14.

²⁷ Voir rapport de Human Rights, Watch, op. cit, p. 25-29.

En outre, une majorité très importante des pays de l'Union européenne²⁸ n'applique aucun délai exceptionnel de détention avant la comparution devant l'autorité judiciaire compétente en matière de terrorisme. La durée prévue est pareille aux autres infractions et ne peut dépasser le plus souvent les 48 heures. Une réflexion plus approfondie sur l'efficacité de la mesure est donc exigée, qui devrait s'accompagner d'une réduction des délais de détention dans le cadre du terrorisme. L'ancien Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Alvaro Gil Robles, a aussi insisté sur les dangers de la longueur de la mesure de la garde à vue²⁹. Des observations sur la longueur de la garde à vue en France ont en outre été faites dans plusieurs rapports du Comité des droits de l'homme³⁰. Selon le Comité des droits de l'homme, dans son dernier rapport concernant la France, l'Etat partie doit veiller à ce que toute personne arrêtée pour une infraction pénale, y compris les personnes soupçonnées de terrorisme, soit déférée dans le plus court délai devant un juge, conformément aux dispositions de l'article 9 du Pacte.

Droits de la défense, accès à un avocat pendant la garde à vue

Dans le système de la procédure pénale française, le droit d'accès à un avocat pendant la garde à vue se voit sévèrement limité dans le cadre d'enquêtes judiciaires en matière de terrorisme. Ce fait ne traduit en réalité qu'une méfiance accrue envers l'avocat d'un présumé terroriste. Imposées par la nécessité de l'efficacité de l'enquête ou par une attitude hostile aux avocats des terroristes héritée des expériences douloureuses des investigations et des procès terroristes, des limitations au droit de la défense des personnes concernées sont instituées aussi par certains pays³¹. Dans l'ordre juridique français, le droit à un avocat n'a été reconnu que tardivement, en 1993³². Le Barreau de Paris a une liste d'avocats pénalistes volontaires pour être « de service » et assister pendant la durée de leur garde à vue les personnes arrêtées qui n'ont pas engagé un avocat privé.

En France, la personne présumée terroriste et gardée à vue n'a le droit à un avocat qu'à partir de la 72ème heure et cela seulement pour 30 minutes. Le Comité des droits de l'homme avait déjà déclaré que la détention pour 48 heures sans la communication avec un avocat était d'une « compatibilité avec les articles 9 et 14 du Pacte [...] sujette à caution »³³. Le Comité contre la torture

²⁸ Selon la synthèse de réponses au questionnaire sur les procédures pénales et administratives relatives au terrorisme dans les pays de l'Union européenne, SEC (2009)225, du 19/2/09, seulement la France, l'Allemagne, l'Irlande, le Portugal, l'Espagne, l'Italie, le Royaume-Uni et la Suède appliquent des régimes de détention dérogatoires en matière de crimes terroristes.

²⁹ Bureau du Commissaire aux droits de l'homme, Strasbourg, le 15/2/06, Comm DH (2006) 2, Rapport de M. Alvaro Gil Robles, Commissaire aux droits de l'homme, sur le respect effectif des droits de l'homme en France suite à sa visite du 5-21.6.2005, à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée Parlementaire, p. 66-67.

³⁰ Observations finales du Comité des droits de l'homme, France, CCPR/C/79/Add.80, du 4/8/1997, §23. Voir aussi le dernier rapport, CCPR/C/FRA/CO/4, 22/7/08.

³¹ Voir dans ce cadre, le cas de l'Espagne et de l'Allemagne. En Espagne, la méfiance du législateur envers le droit de la personne mise en examen d'être représentée par l'avocat de son choix s'est instaurée avec l'expérience des avocats du groupe d'ETA. Voir sur ce point le rapport de Human Rights Watch, « Setting an exemple ? Counter-terrorism measures in Spain », janvier 2005, vol. 17, n°1. En Allemagne, des restrictions très importantes à la communication entre avocat et suspect terroriste sont introduites. En Belgique s'applique également l'enregistrement en vidéo de la communication entre détenus et avocats ; en Pologne, le détenu communique avec son avocat en présence d'un policier. Voir sur cette question Freedom, security and justice, Procedural rights in criminal proceedings: existing level of safeguards in the European Union, Spronken Taru, Marelle Attinger, 12/2005, European Commission.

³² Loi n°1993-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale et loi n°1993-1013 du 24/8/1993 modifiant la loi n° 1993-2 du 4 janvier 1993.

³³ CCPR/CO/73/UK, §19 (2001).

des Nations Unies a aussi critiqué cette disposition³⁴. Il fut constaté que les gardés à vue sont souvent soumis à des interrogatoires, qui ne connaissent pratiquement aucune limite temporelle³⁵. Les trente minutes de discussion avec un avocat ne sont suffisantes que pour que celui-ci puisse constater que la personne n'est pas maltraitée³⁶.

Dans le cadre de la garde à vue en France, le rôle de l'avocat se voit réduit essentiellement à celui d'un témoin silencieux. Le droit à l'assistance d'un avocat se voit encore plus affaibli dans la mesure où l'avocat qui participe à ce stade ne peut pas être informé de l'intégralité du dossier de l'affaire. Le fait en outre, que l'aveu de la personne lors de l'interrogatoire constitue un élément de preuve librement évalué par le juge durant le procès, rend incontournable la nécessité de l'assistance d'un avocat lors des interrogatoires. A défaut d'une reconnaissance explicite d'un tel droit, la procédure existante pourrait nuire gravement au droit à l'égalité des armes et au-delà mettre en question le caractère équitable de la procédure dans son ensemble.

La Cour EDH reconnaît le droit à un avocat comme faisant partie intégrante de la notion d'équité consacré par l'article 6 de la Convention³⁷. Selon sa jurisprudence, l'absence d'aide juridique pendant les quarante-huit heures d'interrogatoire est incompatible avec cet article³⁸. Au niveau de l'ONU, les principes relatifs au rôle du barreau exigent que « toute personne arrêtée ou détenue ou emprisonnée doit pouvoir recevoir la visite d'un avocat [...] »³⁹. Une telle affirmation rend les dispositions françaises difficilement compatibles avec les garanties procédurales exigées par les textes internationaux. Le Comité européen pour la prévention de la torture du Conseil de l'Europe a d'ailleurs dénoncé à maintes reprises la France pour la méconnaissance de ce droit lors des stades préliminaires de l'enquête policière, en matière de terrorisme⁴⁰.

De sa part, la Cour EDH a conclu que l'article 6 § 3 ne reconnaît pas toujours la présence physique d'un avocat lors des interrogatoires⁴¹. Pourtant, dans une affaire récente, la Cour de Strasbourg a mis l'accent sur l'importance de la consultation d'un avocat à la phase préliminaire de la procédure pénale et a conclu à la violation des droits de la défense en raison de l'absence de l'aide d'un avocat lors de l'interrogatoire⁴². Elle avait déjà jugé en novembre 2008 dans son arrêt *Salduz c. Turquie*, qu'un tribunal violait l'article 6 de la Convention s'il fondait sa condamnation sur les déclarations incriminantes faites en garde à vue sans l'assistance d'un avocat⁴³. Il est clair que le régime de garde

³⁴ CAT/C/FRA/CO/3, §16 : « Ces dispositions seraient de nature à entraîner des violations aux dispositions de l'article 11 de la Convention, dans la mesure où c'est pendant les premières heures de l'arrestation, et en particulier pendant la période de détention au secret, que le risque de torture est le plus grand ».

³⁵ Selon le rapport de Human Rights Watch, op.cit, p. 71-80.

³⁶ Voir témoignage des avocats à Human Rights Watch, rapport, op.cit, p. 66-67.

³⁷ Aussi la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit dans son article 48 le respect des droits de la défense de toute personne accusée.

³⁸ Arrêt *Murray c/ Royaume-Uni*, 8/2/1996, §66.

³⁹ Principes de base relatifs au rôle du barreau, Havane, du 27/8/1990, UN Doc A/CONF.144/28/Rev. 1, adoptés par la résolution 45/121 de l'Assemblée générale, §118, n°8.

⁴⁰ Dans ses rapports des années 1996, 2000, 2003 et 2006, le Comité est très critique envers les autorités françaises sur cette question. Voir les rapports sur le site du Comité, [<http://www.cpt.coe.int/fr/etats/fra.htm>].

⁴¹ Selon la jurisprudence de la CEDH, le droit d'avoir accès à un avocat durant les interrogatoires policiers ne peut pas être toujours dérivé de l'article 6§3, mais dans certains cas la présence d'un avocat s'avère nécessaire pour éviter les abus de la police pendant l'interrogatoire. Voir arrêts *Brennan c. Royaume-Uni*, 16/10/2001, *Magee c. Royaume-Uni*, 6/6/2000, *Condron c. Royaume-Uni*, 2/5/2000.

⁴² Arrêt *Panovits c. Chypre*, 11/12/2008, §66.

⁴³ Arrêt *Salduz c/ Turquie*, 27/11/2008.

à vue en France en matière de terrorisme cadre mal avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui n'a pas manqué d'affirmer que l'équité de la procédure requiert que l'accusé, dès qu'il est privé de sa liberté, puisse obtenir toutes les interventions propres au conseil⁴⁴. Comme l'admet la Cour dans sa jurisprudence récente « une telle restriction systématique sur la base des dispositions légales pertinentes, suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention »⁴⁵.

De son côté, le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans ses observations finales sur la France a souligné que « le droit de communiquer avec un avocat constitue également une garantie fondamentale contre les mauvais traitements et l'Etat partie devrait faire en sorte que les personnes en garde à vue soupçonnées de terrorisme bénéficient sans délai de l'assistance d'un avocat »⁴⁶.

La consécration d'un droit à l'aide juridique d'une personne détenue pendant la phase préliminaire de la procédure pénale et le principe de la participation active de l'avocat lors des interrogatoires sont reconnus par de nombreux textes internationaux relatifs à la protection des droits de la personne⁴⁷. De tels principes s'alignent sur de récentes initiatives prises au niveau de l'Union européenne par une décision-cadre relative aux droits de la personne mise en cause lors de la procédure pénale. Le Livre vert de la Commission du 19 février 2003 sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales affirme que le droit à la représentation en justice « naît dès l'instant où une personne est mise en état d'arrestation » et que le suspect a le droit de se faire assister d'un avocat « pendant tout le déroulement des interrogatoires »⁴⁸. En France, cette proposition de la Commission a suscité des préoccupations sur sa compatibilité avec les dispositions y afférentes du droit français⁴⁹.

Pour assurer un renforcement des droits de la défense, le Comité Léger fait dans son rapport une série de propositions visant la mesure de garde à vue. Pourtant, ce régime reste inchangé pour les présumés terroristes « sous peine de rendre la justice dangereusement impuissante pour le traitement de cette forme grave de délinquance »⁵⁰. L'avant-projet de code soumis à concertation s'inscrit dans la droite ligne de ces propositions.

⁴⁴ Arrêt *Dayanan c/ Turquie*, 13/10/2009, §32: "Comme le souligne les normes internationales généralement reconnues, que la Cour accepte et qui encadrent sa jurisprudence, un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit...En effet, l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer ».

⁴⁵ Arrêt *Dayanan c/Turquie*, op.cit, §33.

⁴⁶ Voir, CCPR/C/FRA/CO/4 du 31 juillet 2008, observations finales sur la France, § 14. Aussi sur le Royaume-Uni, CCPR/C/GBR/CO/R du 30 juillet 2008, observations finales, § 19.

⁴⁷ Voir l'article 14 du PIDCP et l'article 11 de la DUDH.

⁴⁸ Commission européenne, Livre vert de la Commission, Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2003) 75, 19 février 2003.

⁴⁹ Voir la communication de Pierre Faucon, du 11/5/2005 au Sénat, Justice et affaires intérieures, « Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne ». En 8/3/2007, la Commission des lois du Sénat a approuvé l'harmonisation des droits procéduraux reconnus aux suspects définissant des principes généraux et contraignants sous réserve que soient prises en compte les régimes procéduraux particuliers retenus par les législations nationales pour les infractions de terrorisme et de crime organisé.

⁵⁰ Rapport du Comité Léger, p. 2.

Il est clair que les obligations internationales de la France impliquent des modifications du statut de l'avocat durant la garde à vue⁵¹. En outre, les juridictions françaises ont commencé à contester la légalité des déclarations faites en garde à vue sans la présence d'un avocat⁵². Il est nécessaire que le rôle et la place de l'avocat lors de l'enquête soient renforcés et que les déclarations faites en l'absence d'un avocat ne soient pas utilisées pour fonder une condamnation. Sa participation active lors des interrogatoires en matière de terrorisme doit être établie.

Le droit de garder le silence

La Cour EDH établit un lien entre le droit de ne pas s'incriminer et celui de bénéficier de l'assistance d'un avocat⁵³. Partant, le droit au silence devrait être notifié à l'accusé⁵⁴. En France, le droit de garder le silence n'est expressément garanti ni dans le code de procédure pénale ni dans la Constitution française. Ce droit a été introduit pour la première fois en 2000. Cependant, en 2003 la disposition sur ce droit a été supprimée⁵⁵. Le Comité des droits de l'homme de l'ONU, lors de son dernier rapport sur la France, se montre particulièrement inquiet et souligne la nécessité de conformité de la législation antiterroriste française à l'article 14 du Pacte⁵⁶.

La Cour EDH a aussi jugé que la personne en détention doit bénéficier de l'assistance d'un avocat durant l'interrogatoire de la police afin que cette dernière décide si elle va garder le silence ou répondre aux questions⁵⁷. Dans le cadre de l'Union européenne, les propositions de la Commission européenne visent, entre autres, à l'instauration d'une déclaration des droits fournie à chaque personne détenue⁵⁸. Cette déclaration devrait aussi inclure le droit de garder le silence⁵⁹, auquel la Commission accorde une importance primordiale⁶⁰.

Le régime de la garde à vue en France à l'heure actuelle affaiblit considérablement les droits des personnes concernées, puisque ces dernières ne sont pas informées de leur droit de garder le silence, et tout ce qu'elles disent peut être utilisé contre elles lors du procès⁶¹.

⁵¹ Voir rapport d'Alvaro Gil Robles, §45 et suivants.

⁵² Le 20/1/2010 la Cour d'Appel de Nancy a écarté les déclarations faites en garde à vue de deux suspects de trafic de drogue, estimant que le manque d'accès à un avocat pendant les 72 heures de leur garde à vue était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Le Tribunal correctionnel de Paris a récemment annulé les gardes à vue de cinq individus sur des raisonnements similaires. Voir le rapport de Human Rights Watch, France : l'avant - projet de réforme de la justice ne va pas assez loin, 2/3/2010.

⁵³ Arrêt *Condron c/Royaume-Uni*, 2 mai 2000, §60.

⁵⁴ Arrêt *Funke c/France*, 25/2/1993.

⁵⁵ L'article 63-1 du Code de procédure pénale qui prévoyait également que toute personne placée en garde à vue doit être immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées a été reformulé par la loi 2002-307 du 4 mars 2002. La loi n°2003-495, de 18 mars 2003 a abrogé cette disposition. L'ancien Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a critiqué la France dans son rapport du 15/2/2006, §44, pour cette suppression. « Sur le respect effectif des droits de l'homme en France suite à sa visite du 5 au 21/9/2005 », CommDH (2006), 15/2/2006.

⁵⁶ CCPR/C/FRA/CO/4, de 22/7/08, § 14 : « Toute personne arrêtée du chef d'une infraction pénale devrait être informée qu'elle a le droit de garder le silence pendant l'interrogatoire de police », conformément au §3 g) de l'article 14 du Pacte.

⁵⁷ *Averill c/ Royaume-Uni*, du 6/6/2000, §59, *Panovits c/ Chypre*, op.cit. Sur la jurisprudence pertinente voir aussi.

⁵⁸ Commission des Communautés européennes, 28/4/2004, COM (2004) 328 final, 2004/0113, Décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'UE, art. 14.

⁵⁹ Voir aussi, le livre vert sur les garanties procédurales de la Commission européenne, qui prévoit dans son §4.3 (b) que le suspect « doit être informé de son droit [...] de garder le silence [...] des conséquences d'éventuels aveux et de l'importance accordée à ses réponses au cours de procédures ultérieures ».

⁶⁰ Voir COM (2006)174 final, Livre vert sur la présomption d'innocence, Commission, Bruxelles, 26/4/06.

⁶¹ Voir le rapport de Human Rights Watch, op.cit. le Conseil National des Barreaux a toujours été favorable à la notification du droit au gardé à vue, voir « La garde à vue dans tous ses états », Cahier du Conseil National des Barreaux, p. 122-123.

Droit d'être informé sur les raisons de l'arrestation et accès au dossier.

Le droit d'être informé sur les raisons de l'arrestation est une garantie très importante pour la sauvegarde des droits de la défense. Selon l'article 5 § 2 de la Convention EDH, « toute personne arrêtée (doit) être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ».

Dans la pratique, en France, l'avocat n'a aucun accès au dossier, il peut y accéder seulement trois ou quatre heures avant l'audience ou devant le juge d'instruction⁶². Les interrogatoires se déroulent en outre en dehors de la présence de l'avocat.

Dans l'arrêt *Ocalan c/Turquie*⁶³, la Cour de Strasbourg a admis que le droit à l'assistance d'un avocat et à l'accès au dossier est essentiel pour l'exercice effectif d'un recours contre la légalité de la détention et l'équité du procès dans son ensemble. Le contenu de l'information est encore un facteur très important dont il doit être tenu compte pour la mise en œuvre effective de ce droit. La notification de l'accusation à l'intéressé peut avoir aussi une importance accrue pour l'équité de la procédure dans son ensemble⁶⁴.

La Cour EDH a beaucoup insisté sur la divulgation à la personne concernée des raisons de son arrestation au titre de l'article 5 § 2 de la Convention européenne⁶⁵. Pourtant, les particularités de l'investigation des crimes terroristes ont amené la Cour à conclure à la non violation de la disposition, quand une arrestation s'effectue sur l'invocation générale de la législation antiterroriste. Dans ce cas, elle a considéré que l'interrogatoire des requérants quelques heures après leur arrestation leur a permis de s'informer sur la base juridique de leur arrestation⁶⁶. L'information de la personne concernée de l'accusation et l'accès au dossier lors des premières phases de l'enquête sont des conditions essentielles de l'équité de la procédure⁶⁷ et de l'exercice efficace des droits de la défense.

Pourtant, les propositions du Comité Léger, qui sont aussi contenues dans l'avant-projet de code de procédure pénale ne semblent pas se conformer aux standards européens des garanties procédurales consacrés. Ainsi, l'avant-projet ne prévoit pas d'accès au dossier lors de la garde à vue, mais seulement la communication à l'avocat des procès verbaux des auditions de la personne gardée à vue, qui ont déjà été réalisées⁶⁸. Par conséquent, il ne se conforme pas aux garanties requises, puisque la non communication du dossier ne permet pas à l'avocat d'exercer la « vaste gamme

⁶² Voir le rapport de Human Rights Watch, *La justice court-circuitée*, op.cit, p. 70.

⁶³ Arrêt *Ocalan c/Turquie*, 12/3/2003, §69, 71-72.

⁶⁴ Arrêt *Miroux c/ France*, 26/9/2006.

⁶⁵ Voir affaire *Van der Leer c/Pays-Bas*, arrêt du 21/2/1990 §28.

⁶⁶ Arrêt *Fox, Campbell, Hartley c/ Royaume-Uni*, 30/8/1990, §41. Dans l'affaire *Dikme c/ Turquie*, 1/7/2000, §51-57 le requérant était interrogé sur sa participation à une organisation illégale. Selon le raisonnement de la Cour, §56 : « Eu égard au caractère illégal de l'organisation mentionnée et aux raisons qui ont pu pousser le requérant à dissimuler son identité et à craindre la police...la Cour considère que M.Dikme aurait dû ou pu se rendre compte, déjà à ce stade, qu'on le soupçonnait d'être mêlé à des activités prohibées telles celles de Dev-Sol ».

⁶⁷ Arrêt *Pelissier et Sassi c. France*, 25/3/1999, §52.

⁶⁸ Article 327-17.

d'interventions, qui sont propres au conseil », selon les exigences de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁶⁹.

Interrogatoire et mauvais traitements – torture lors de la garde à vue

Les allégations de torture ou de mauvais traitements lors des interrogatoires pendant la garde à vue des suspects terroristes est une réalité qui doit être envisagée dans le cadre général des conditions et des abus commis dans des prisons françaises. Une réalité, qui a été dénoncée d'ailleurs à maintes reprises par des organes internationaux⁷⁰ et des experts du Conseil de l'Europe⁷¹, ainsi que par les organisations non gouvernementales⁷². La Cour EDH a condamné la France pour violation de l'article 3, également durant la garde à vue⁷³. En outre, la nécessité pour les Etats de prendre des mesures pour garantir le respect de la santé des personnes en détention, et plus particulièrement pour s'assurer que les droits des personnes détenues ne sont pas violés, que les périodes de détention ne sont pas disproportionnées longues et que les raisons de détention sont révisées régulièrement, a été également mis en exergue par le Parlement européen⁷⁴.

Au titre de la loi, toute personne placée en garde à vue peut demander un examen médical et les représentants du pouvoir judiciaire peuvent également en ordonner un de leur propre chef. Si la détention est prolongée au-delà de 96 heures l'examen médical devient obligatoire et automatique⁷⁵. L'avant-projet réaffirme le caractère automatique et obligatoire de l'examen médical par un médecin désigné par le procureur de la République dès le début de deux prolongations supplémentaires, en précisant aussi que le juge de l'enquête et des libertés pourrait désormais exercer cet examen. Il prévoit aussi que le médecin doit se prononcer sur la compatibilité de la prolongation de la mesure avec l'état de santé de l'intéressé⁷⁶.

La police a l'obligation de rédiger un rapport final, qui doit mentionner la durée de tous les interrogatoires. Pourtant, il n'existe aucune règle fixant une limite de temps pour ces interrogatoires ni le temps de repos pour un détenu entre les interrogatoires.

Il est important pourtant de noter qu'une loi de 2007 a institué l'enregistrement audiovisuel de tous les interrogatoires de police, ainsi que l'enregistrement audiovisuel de la première comparution devant le juge d'instruction dans les enquêtes criminelles. Pourtant, cette loi a exclu expressément

⁶⁹ *Dayanan c/Turquie*, op.cit, §32.

⁷⁰ Voir le rapport du Comité contre la torture des Nations Unies, CAT/C/FRA/CO/3, du 3/4/06, §16. Les conditions de détention ont été dénoncées par le Comité des droits de l'homme de l'ONU, dans son dernier rapport pour la France, op.cit, §17.

⁷¹ Voir CommDH (2008)34, Strasbourg 20/11/2008, Memorandum by Thomas Hammamberg, Council of Europe, Commissioner for human rights, following his visit to France from 21/5-23/5/2008, II.

⁷² Rapport de Human Rights Watch, op.cit. Aussi la communication de Amnesty international au Comité des droits de l'homme sur la France, AI EUR du 21/005/2008.

⁷³ Arrêt *Tomasi c/ France*, 27/8/1992, *Selmouni c/ France*, 28/7/1999, aussi pour violation de l'article 2 : arrêt *Tais c/ France*, 1/6/2006, *Saoud c/ France*, 9/10/2007.

⁷⁴ Parlement européen, 4/9/2003, P5_TA (2003)0376, rapporteur F. Sylla (A5-0281/2003). Aussi Recommandation du Parlement européen au Conseil sur les droits des prisonniers à l'Union européenne (20032188 INI*) OJ C 102 E, 28/4/2004. Voir aussi les règles pénitentiaires européennes, Rec (2006)2 du Comité des ministres aux Etats membres. Aussi, la Rec (2006)13 du 27/9/2006 concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place des garanties contre les abus.

⁷⁵ CPP, art.63-3.

⁷⁶ Article 327-29.

les affaires de terrorisme, de trafic de drogue et de crime organisé⁷⁷. La proposition du comité Léger visant l'enregistrement de toutes les gardes à vue, en endossant des pratiques déjà appliquées dans d'autres pays⁷⁸ était très positive. Or, l'avant-projet de loi ignore cette recommandation du Comité Léger, en optant implicitement pour le maintien des dispositions existantes.

En vue du renforcement du contrôle contre les abus, une loi adoptée le 30 octobre 2007 a institué un organe de supervision indépendant pour tous les lieux de détention en France : le contrôleur général des lieux de privation de liberté. Cet organe est conforme aux exigences du Protocole facultatif à la Convention contre la torture, que la France a signé. Cet organe aura le pouvoir de visiter entre autres lieux de détention, toutes les infrastructures utilisées pour la garde à vue, et de réaliser des entretiens en privé avec n'importe quel détenu. L'accès ne peut lui être refusé que pour des motifs graves liés à la défense nationale, à la sécurité publique ou à des « troubles sérieux » dans le lieu de privation de liberté visité.

Pourtant, l'absence de conformité aux exigences de la loi est claire dans la pratique quotidienne des lieux de détention. Les rapports des organisations non gouvernementales font état des violences subies par les personnes détenues durant la garde à vue et de leur impossibilité de faire prévenir leurs proches⁷⁹. Les personnes gardées à vue dans le cadre d'une enquête terroriste seraient soumises plus souvent à des interrogatoires agressifs.

En outre, les policiers ont l'obligation de tenir un procès verbal d'audition contenant des informations sur les conditions de la garde à vue, qui n'est pas le plus souvent exhaustif et que les personnes concernées signent sans vraiment l'avoir lu. Malgré le fait qu'une visite médicale est rendue obligatoire et automatique au-delà de la 72^{ème} heure de détention, Human Rights Watch souligne que cette disposition souffre d'une application lacunaire ou inexistante⁸⁰. De plus, un sujet de forte inquiétude est également constitué par les allégations d'utilisation par les tribunaux français de preuves obtenues de la part de pays tiers ayant recours à la torture ou aux traitements inhumains⁸¹.

B. Détention provisoire en matière de terrorisme.

Aux termes du droit français⁸², la détention provisoire peut être ordonnée et prolongée si la privation de liberté est considérée comme l'unique moyen de conserver les preuves matérielles, d'empêcher une pression sur les témoins ou les victimes, d'empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses complices, de protéger la personne mise en examen ; de garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice, ou de mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement.

⁷⁷ Loi n°2007-291 du 5 mars 2007, art. 14 et 15.

⁷⁸ La majorité des Etats européens prévoient la possibilité ou l'enregistrement régulier des interrogatoires de police, voir les réponses fournies au questionnaire dans le rapport de Spronken, Université de Maastricht, op.cit, p. 17 et suivants.

⁷⁹ Voir les rapports précités de Human Rights Watch et d'Amnesty International sur la France, p. 7.

⁸⁰ Rapport, op.cit, p. 71 et suivants.

⁸¹ Voir le rapport de Human Rights Watch, p. 35.

⁸² Loi n° 2000-516, 15/6/2000, article 144.

En matière correctionnelle, la durée totale de la détention provisoire peut aller jusqu'à trois ans dans les affaires de terrorisme. La chambre d'instruction peut, à titre exceptionnel, prolonger la détention provisoire de quatre mois au-delà du délai de trois ans⁸³. En matière criminelle, lorsque le crime commis est passible d'une peine supérieure à 10 ans de réclusion, la détention provisoire est imposée initialement pour une période d'un an, renouvelable par périodes de six mois, la durée de détention maximale allant jusqu'à quatre ans dans les affaires de terrorisme (la chambre de l'instruction peut, à titre exceptionnel, prolonger la détention provisoire de deux fois quatre mois au-delà du délai de quatre ans)⁸⁴.

Au moment de prendre une décision initiale sur le placement en détention provisoire, et chaque fois que la détention doit être renouvelée, le juge des libertés et de la détention doit tenir une audience où il entend la personne mise en examen et le ministère public. La première audience tenue pour statuer sur le placement en détention provisoire doit avoir lieu à condition que la personne mise en examen soit représentée par un avocat. Toutefois, pendant les audiences ultérieures visant à déterminer la prolongation de la détention provisoire, l'avocat de la personne peut être présent ou non. Néanmoins, l'avocat doit être dûment informé des audiences prévues dans un délai raisonnable.

L'institution du juge des libertés et de la détention n'a pas pu empêcher considérablement⁸⁵ le recours abusif à la détention provisoire, qui constitue presque la règle pour les affaires relatives au terrorisme. Dans son rapport sur la France, le Comité des droits de l'homme fait état d'une « pratique institutionnalisée d'une détention prolongée aux fins d'enquête, avant la mise en accusation définitive et le procès pénal, (qui) est difficilement conciliable avec le droit garanti dans le Pacte d'être jugé dans un délai raisonnable (art. 9 et 14) »⁸⁶. La centralisation des affaires de terrorisme à Paris signifie aussi que seulement 7 juges spécialisés sont habilités à décider du prolongement de la détention, dans des affaires comportant très souvent des dossiers de milliers de pages⁸⁷. Des dossiers très volumineux rendent en outre difficile le travail du conseil, qui n'a souvent à sa disposition ni les sources matérielles ni le temps pour préparer une défense effective durant la phase d'instruction et lors du procès⁸⁸. De telles conditions sont d'ailleurs en contradiction avec les exigences de la Cour de Strasbourg par rapport au principe de l'égalité des armes, inhérent à la notion de procès équitable⁸⁹. L'impartialité du juge des libertés et de la détention est encore sujette à caution. Plusieurs juges ont maintenu que dans la pratique il existe une présomption en faveur de la mise en détention provisoire ainsi que de pressions en vue de l'efficacité de l'enquête⁹⁰.

Dans son rapport, le Comité Léger évoquait la nécessité d'un « changement culturel quant à la pratique de la détention provisoire »⁹¹. Dans ce cadre, il proposa l'instauration de délais butoirs.

⁸³ Article 706-24-3, conjointement à l'article 145-1.

⁸⁴ Art. 145-2.

⁸⁵ Un rapport parlementaire de 2006 a montré qu'en 2004, les juges de liberté et de détention avaient adopté l'avis du juge d'instruction dans 89,7% des cas. Rapport n°3125, Assemblée nationale du 6 juin 2006, p. 223.

⁸⁶ Il se montre en outre inquiet sur la longueur de la détention provisoire, voir rapport précité, §15.

⁸⁷ Rapport Human Rights Watch, p. 30.

⁸⁸ Voir rapport Human Rights Watch, p. 15-17.

⁸⁹ Dans l'arrêt *Ocalan c/ Turquie* du 12/5/2005, §138, la Cour a jugé que les difficultés faites au requérant et à ses avocats pour consulter le dossier ont porté atteinte aux droits de la défense et au principe de l'équité du procès.

⁹⁰ Voir les témoignages donnés à Human Rights Watch, op. cit., p. 33-34.

⁹¹ Rapport du Comité de réflexion sur la procédure pénale, op. cit., p. 22.

Dans le cas du terrorisme, le délai proposé fut pourtant assez long, de trois ans. Le Comité recommanda encore l'instauration d'une collégialité facultative compétente pour décider du placement en détention, dont le juge de l'enquête et des libertés sera membre. Rien d'autre n'était précisé sur le statut de ses membres. Malgré le fait que le contrôle par un tel organe pourrait constituer un facteur garantissant une plus grande impartialité et efficacité dans des affaires de terrorisme quantitativement et qualitativement « lourdes », l'avant-projet de code de procédure pénale reste en deçà de ces propositions et de l'objectif de renforcement des droits de la défense.

Ainsi, la durée maximale de détention provisoire peut atteindre quatre ans⁹². La proposition de l'instauration d'une collégialité pour décider du placement en détention ne fut pas adoptée. Selon la disposition proposée, cette mesure est ordonnée par le juge de l'enquête et des libertés saisi par le procureur de la République⁹³. Une collégialité, le Tribunal de l'enquête et des libertés, ne sera pas compétente que pour la prolongation de la détention provisoire sur saisine du Procureur de la République⁹⁴, si l'avant-projet est adopté sous sa forme actuelle. L'instauration de ce Tribunal semble être un pas positif, malgré le fait que son rôle se voit limiter dans des cas de prolongations. On considère nécessaire pourtant que sa compétence comprenne aussi le placement en détention provisoire, ainsi qu'il le fut initialement proposé. En outre, le débat contradictoire à l'origine du placement de la mesure, ou la possibilité d'un débat différé pour que la personne faisant l'objet de mesure prépare sa défense, sont prévus par l'avant-projet. Comme pour la garde à vue, le juge de l'enquête et des libertés est désormais l'autorité judiciaire compétente⁹⁵.

Il est clair, pourtant, que le rôle du parquet reste encore une fois central dans le placement et la prolongation de cette mesure, puisqu'il s'assure du respect des standards européens.

C. La mesure de l'assignation à résidence des suspects terroristes étrangers

Le cas des personnes étrangères considérées comme une menace à l'ordre national, mais qui ne peuvent pas être expulsées ou, lorsqu'elles ont déjà un statut de réfugié, ne peuvent être renvoyées vers leurs pays d'origine, est abordé dans le cadre du code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, qui prévoit la possibilité pour le ministre de l'Intérieur d'émettre un arrêté d'assignation à résidence⁹⁶. Au titre de cette mesure, la personne a l'obligation de vivre dans des lieux précis qui lui sont fixés, elle doit se présenter périodiquement à la préfecture locale et demander une autorisation préalable pour tout déplacement à l'extérieur du périmètre défini. La violation de ces clauses est passible d'une peine d'emprisonnement de trois ans⁹⁷. En général, la mesure se veut provisoire jusqu'à l'expulsion définitive de la personne. En réalité, dans la plupart de cas, une telle possibilité à pour conséquence la pérennisation d'une situation incertaine⁹⁸.

⁹² Article 433-10 de l'avant-projet.

⁹³ Article 411-4.

⁹⁴ Article 433-3.

⁹⁵ Article 432-3.

⁹⁶ CESEDA, art. L.513-4, L.523-3 à L.523-5, L.541-3. Ces arrêtés peuvent aussi être ordonnés en dehors des cas liés à la sécurité nationale. Le recours prévu contre l'acte administratif de l'arrêté d'assignation à résidence est le recours ordinaire pour excès de pouvoir devant les tribunaux administratifs.

⁹⁷ Art. L.624-4.

⁹⁸ Voir aussi le rapport de Human Rights Watch, Au nom de la prévention des garanties insuffisantes concernant les éloignements pour des raisons de sécurité nationale, juin 2007, vol. 19, n°3 (D).

Malgré le fait que la mesure n'a pas la sévérité d'une sanction pénale, elle constitue une restriction importante à la liberté de circuler librement⁹⁹ et au droit à la vie familiale¹⁰⁰. Pourtant, le degré de la restriction doit être apprécié *in concreto*, car les conditions d'imposition d'une mesure d'assignation à résidence peuvent impliquer une restriction de la liberté de la personne et, par conséquent, mettre en jeu les dispositions de l'article 5 de la Convention européenne¹⁰¹. En outre, la France n'est pas le seul pays qui applique une telle mesure par rapport aux étrangers dangereux, soupçonnés de terrorisme. Dans ce cas, une série de mesures différentes peuvent s'appliquer dans plusieurs pays membres de l'Union européenne au titre de leur législation nationale¹⁰².

Les autres pays qui appliquent des mesures analogues à l'assignation à résidence mettent en œuvre des garanties procédurales importantes. En ce qui concerne le Royaume-Uni, la mesure de « control orders », une mesure destinée d'ailleurs aux étrangers et nationaux introduite par la Prevention of Terrorism Act de 2005, est assortie d'importants garde-fous, comme le contrôle de sa mise en œuvre et la révision obligatoire de son application par le High Court¹⁰³. Ainsi, pour être maintenue, cette mesure doit être soumise chaque année au Parlement et à la Chambre des Lords. En Italie, les contrôles policiers et les assignations à résidence¹⁰⁴ sont décidées par un tribunal, qui juge à huis clos, mais qui doit rendre une décision motivée, après avoir entendu le représentant du ministère public et la personne concernée par la mesure.

Pourtant, la compatibilité de l'application d'une telle mesure avec les dispositions de la Convention européenne ne peut pas toujours être garantie. Au Royaume-Uni, les tribunaux se sont prononcés dans plusieurs cas contre la compatibilité de la mesure avec les droits fondamentaux¹⁰⁵. Dans une affaire très importante de juin 2009, la Chambre des Lords a jugé que les restrictions aux droits de la défense lors de la révision de la mesure des « control orders » par les tribunaux constituent une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁶. En ce qui concerne l'Italie, bien que la Cour EDH n'ait pas contesté la mesure concernée dans son principe, elle a trouvé pourtant que dans certains cas son application constituait une ingérence injustifiée à la liberté personnelle et la liberté de circuler¹⁰⁷.

Malgré le fait que la Cour européenne ne se soit pas encore prononcée sur la question de la mesure de l'assignation à résidence appliquée par la France¹⁰⁸, on considère comme nécessaire l'instauration de garanties judiciaires renforcées¹⁰⁹ et de délais butoirs pour cette mesure.

⁹⁹ Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme, art.2 ; PIDCP, art. 12.

¹⁰⁰ CEDH, art. 8.

¹⁰¹ Arrêt *Guzzardi c/ Italie*, 6/11/1980.

¹⁰² Voir la synthèse des réponses au questionnaire de la Commission, Bruxelles, de 19/2/2009, op.cit, p. 15-19.

¹⁰³ Section 3.

¹⁰⁴ Loi n°1423 du 27/12/1956 et loi n°327 du 3/8/1988.

¹⁰⁵ Voir sur ce point le rapport de Lord Carlile of Beriew Q.C, 4th report of the independent reviewer pursuant to section 14(3) of the Prevention of Terrorism Act 2005, du 3/2/2009.

¹⁰⁶ House of Lords, Secretary of State for the Home department v. AF and another, (2009) UKHL 28, session 2008-2009., Travis A, "Most control orders likely to lapse after terror suspect freed", The Guardian, 8/9/2009.

¹⁰⁷ *Guzzardi c/ Italie*, op.cit., affaire *Raimondo c/ Italie*, arrêt du 22/2/1994.

¹⁰⁸ A ce jour, seul le Comité des droits de l'homme de l'ONU, a considéré que les raisons fournies par la France pour justifier une telle mesure rendaient cette mesure conforme aux exigences du Pacte, Communication n°833/1998, *Karker c/France*, décision du 30/10/2000, CCPR/C/70/D/833/1998.

¹⁰⁹ Dans le cadre de la procédure pénale la mesure de l'assignation à résidence avec surveillance électronique, mesure restrictive de liberté est ordonnée par le juge de l'enquête et des libertés et peut être imposée pour une période de deux ans en total. Voir avant projet de code de procédure pénale articles 422-1, 422-3.

PARTIE II : SUJET D'ACTUALITE : LA FERMETURE DU CAMP DE GUANTANAMO BAY

Depuis 2002, environ 525 personnes (sur un total de 800) qui étaient, selon les rapports officiels, détenues sur la base militaire de Guantanamo Bay depuis janvier 2002, ont été libérées¹¹⁰. Le président Obama proclamant la rupture avec les politiques antiterroristes de son prédécesseur, a signé des décrets pour la fermeture de la base de Guantanamo et a assigné à un groupe d'experts la révision et la formulation de propositions sur les politiques d'interrogatoire et de détention des personnes capturées dans le cadre des conflits armés ou des opérations antiterroristes, ainsi que l'évaluation de la situation individuelle des détenus à Guantanamo¹¹¹. Un rapport préliminaire a été publié en juillet 2009, l'administration ne tardant pourtant pas à prolonger le délai du mandat confié au groupe¹¹².

La possibilité de transfert et d'accueil des anciens détenus dans les pays membres de l'Union européenne a constitué un sujet de négociations dès l'arrivée de la nouvelle administration américaine¹¹³. La réticence initiale envers une coopération substantielle a laissé la place à un engagement vers un plan d'action pour l'organisation des transferts des détenus dans plusieurs Etats en juin 2009¹¹⁴. L'Union européenne répond aux appels de forums divers pour contribuer à mettre fin à ce centre de détention illégal¹¹⁵.

Jusqu'à maintenant, l'envoi des anciens détenus dans les pays d'accueil s'est réalisé en fonction de leur nationalité ou de leur statut de résident¹¹⁶. L'Albanie était le seul pays à avoir accepté des Ouïgours¹¹⁷, qui n'avaient aucun lien avec ce pays. La France a récemment accepté un ancien détenu¹¹⁸ et sept autres détenus en 2004 et 2005. Actuellement, les autorités officielles parlent d'un

¹¹⁰ US Department of Defense, News Release, « Detainee Transfer Announced », 17/1/2009, disponible sur [\[http://www.defenselink.mil/releases/release.aspx?releaseid=12449\]](http://www.defenselink.mil/releases/release.aspx?releaseid=12449).

¹¹¹ Executive Order, « Review and Disposition of individuals detained at the Guantanamo Bay naval base and closure of detention facilities », 22/1/2009, disponible à [\[http://www.whitehouse.gov/briefing\]](http://www.whitehouse.gov/briefing) room/executive orders, Executive Order "Ensuring lawful interrogations", 22/1/2009, disponible à [\[http://www.whitehouse.gov/briefing\]](http://www.whitehouse.gov/briefing) room/executive orders, Executive order "Review of detention policy options, 22/1/2009, disponible à [\[http://www.whitehouse.gov/briefing_room/executive_orders\]](http://www.whitehouse.gov/briefing_room/executive_orders).

¹¹² Detention policy task force, 20/7/2009, Memorandum for the Attorney General, the Secretary of Defense. Preliminary report.

¹¹³ Le Monde, « L'Europe négocie l'accueil de détenus de Guantanamo », 18/3/2009.

¹¹⁴ EU Council Secretariat factsheet, The European Union ready to help U.S in closing Guantanamo, 15/6/2009, Joint statement of the European Union and its Member States and the United States of America on the closure of the Guantanamo Bay detention facility and future counterterrorism cooperation, based on shared values, international law, and respect for the rule of law and human rights.

¹¹⁵ Voir Résolution du Parlement européen sur le retour et la réintégration des détenus du centre de détention de Guantanamo, P6_TA (2009) 0045, 4/2/2009, « L'Europe doit ouvrir ses portes aux détenus de Guantanamo que la justice a décidé de libérer », Point de vue du Commissaire aux droits de l'homme, Thommas Hammamberg, de 19/1/2009, Open letter from Amnesty International, Centre for constitutional rights, Fédération internationale des droits de l'homme, Human Rights Watch, Reprieve, 22/1/2009, AHR 51/010/2009.

¹¹⁶ Selon le rapport de l'organisation de Human Rights Watch, Resettlement of Guantanamo Bay Detainees, Questions and Answers du 23/2/2009, 27 détenus ont été accueillis aux pays de l'Union européenne : Belgique, Danemark, France, Espagne, Suède, Royaume-Uni. Les détenus qui ont été transférés étaient des nationaux ou des anciens résidents de ces pays. D'autres ont été envoyés en Bosnie (3) en décembre 2008, en Russie (7) en 2004 et en Turquie (4) entre 2003 et 2005. Pour informations précises sur les pays européens ayant accepté ou refusé d'accueillir d'anciens détenus voir Briefing Paper, Current challenges regarding respect of human rights in the fight against terrorism, Directorate general for external policies of the Union, EXPO/B/DROI/2009/27, avril 2010, p. 23.

¹¹⁷ L'Albanie avait accepté en 2006 5 des 22 Ouïgours, détenus au total à Guantanamo.

¹¹⁸ Mai 2009.

nombre de 60 détenus qui doivent être libérés de Guantanamo, car aucune incrimination ou inculpation ne peut être prononcée contre eux¹¹⁹.

La question des pays les plus aptes ou les plus pertinents pour accueillir les anciens détenus doit être examinée au cas par cas. L'existence de liens familiaux pourrait aussi être considérée comme un facteur déterminant pour l'intégration d'un ancien détenu dans un pays d'accueil, indépendamment de son statut de national ou d'ancien résident de ce pays¹²⁰. Ainsi, des considérations de nature humanitaire ont un rôle essentiel dans la détermination des pays d'accueil des anciens détenus¹²¹.

Il est important de souligner que le cadre général du transfert des anciens détenus est fondé sur un mécanisme d'échange des informations souvent confidentielles sur ces personnes¹²². Malgré le fait que les personnes en question ne sont pas considérées par les autorités des Etats-Unis comme dangereuses pour la sécurité de ce pays et qu'aucune poursuite ne peut être engagée contre elles, la question de la sécurité constitue le principal sujet de préoccupation pour les gouvernements européens¹²³. En revanche, au niveau de l'Union européenne, aucune décision n'a été prise ni négociation amorcée visant à établir le statut juridique de ces personnes et leurs éventuels droits relatifs à la réparation en raison d'actes de tortures et d'autres sévices qu'ils auraient subis, à leur réintégration sociale, à leur accès à la justice¹²⁴.

D'autre part, il est montré que ces questions, tout comme la décision de recevoir d'anciens détenus, reposent sur la seule initiative, compétence et responsabilité de chaque éventuel pays d'accueil¹²⁵.

Le statut de ces personnes, ainsi que leurs droits, au sein des pays européens qui vont les accueillir, restent des sujets à éclaircir. Les 60 personnes encore détenues à Guantanamo sont des personnes contre lesquelles aucune charge n'a été retenue et qui ne peuvent pas retourner dans leur pays d'origine, parce qu'elles risquent des tortures ou d'autres traitements inhumains ou dégradants. Il est vrai que certains anciens détenus pourraient être considérés comme posant un danger à la sécurité intérieure des pays qui vont les recevoir, ou pourraient être susceptibles de faire l'objet de mesures restrictives ou encore d'accusations pénales. En revanche, la majorité des personnes qui ont

¹¹⁹ Sont des nationaux des pays suivants : Algérie, Azerbaïdjan, Chine, Egypte, Libye, Ethiopie, Palestine, Russie, Syrie, Tadjikistan, Tunisie, Ouzbékistan. 17 sont des prisonniers chinois musulmans de la minorité Ouïgoure. Voir aussi Congressional Research Service, Closing the Guantanamo detention centre : legal issues, M. J. Garcia, E. B. Bazan, R. C. Mason, E. C. Liu, A. C. Henning, 20/7/2009, p. 4.

¹²⁰ Voir le cas d'Ouïgour, Adel Abdul Hakim, qui a fait une demande d'asile en Suède, où se trouvait sa sœur, et qui a été acceptée par les autorités suédoises, après avoir été transféré en Albanie.

¹²¹ Shamil Khazhiev, transféré de Guantanamo Bay en Russie, en 2004, et qui a, par la suite, déposé une demande d'asile aux Pays Bas en 2007. Les autorités néerlandaises ont donné asile à ce détenu vu les traitements inhumains et dégradants et autres abus, qu'il a subi par les autorités russes après son retour de Guantanamo.

¹²² E.U Council Secretariat Factsheet, The European Union ready to help U.S. in closing Guantanamo, 15/6/2009, mechanism for information sharing between member States and Schengen associated countries was adopted at the JHA council meeting on 4/6/2009.

¹²³ Voir le Joint Statement, op. cit.

¹²⁴ Voir sur ces questions le rapport de Human Rights Watch, Resettlement of Guantanamo Bay Detainees: Questions and Answers, February 2009.

¹²⁵ Voir Council of the EU, 14/5/2009, EU Counter-terrorism strategy discussion paper, "The decision whether or not to receive detainees is in the competence of Member States, but given the Schengen dimension it has an impact on other Member States and Schengen partners", p. 13. Jacques Barrot, Commissaire européen chargé des questions de Justice, Liberté et Sécurité, a rappelé que la Commission est disposée à aider les Etats Membres, qui vont accueillir d'ex-détenus, mais a souligné que « c'est aux Etats membres concernés de définir le statut des ex-détenus ressortissants de pays tiers à Guantanamo qui seraient potentiellement transférés sur leur territoire ».

déjà quitté Guantanamo Bay pour des pays européens vivent sans aucune restriction et aucune charge n'a jamais été prononcée contre elles. Pourtant, certains cas peuvent être mentionnés où des charges relatives au terrorisme ont été prononcées contre d'anciens détenus. En France, cinq anciens détenus ont été condamnés au premier degré pour association de malfaiteurs. Cette affaire se trouve actuellement pendante devant la Cour d'appel de Paris¹²⁶, renvoyée par la Cour de cassation, qui en février 2010 a annulé la relaxe de 5 détenus ordonnée par la Cour d'appel¹²⁷.

Il serait souhaitable que ces personnes, si elles étaient accueillies en France, puissent jouir du statut de réfugié si elles décidaient de faire une demande d'asile auprès des autorités françaises. Alternativement, ces personnes pourraient être considérées comme bénéficiaires du statut de résident de longue durée¹²⁸, pour qu'elles puissent résider légalement sur le territoire français, avoir le droit au regroupement familial¹²⁹, le droit au travail, le droit à la protection et à l'assistance sociale et aux services de soins médicaux. La possibilité de l'installation de la famille d'un ex-détenu sur le territoire d'un pays d'accueil doit encore être envisagée en vue de sa meilleure intégration. En outre, la proposition d'instauration d'un statut ad hoc pour ces personnes, qui pourrait avoir des implications négatives sur leurs droits fondamentaux, devrait être repoussée.

Malgré le fait que ces personnes ont été victimes de torture et de formes d'interrogation particulièrement cruelles, même avec la participation ou à l'instigation des agences des pays européens¹³⁰, qui ont aussi eu un rôle aussi dans le programme de « restitutions extraordinaires », elles risquent encore d'être soumises à de restrictions ou d'être poursuivies. Il serait souhaitable que des poursuites pénales puissent être engagées contre ces personnes lorsque des soupçons ou des informations subsistent au sujet de leurs activités criminelles. Une réponse inscrite dans le cadre du droit pénal est la seule pertinente quand des questions similaires se posent. Pourtant, de mesures administratives dans de cas de détenus présumés dangereux ne peuvent être envisagées que dans de cas exceptionnels, et avec des garanties juridiques nécessaires.

Il ne peut pas être exclu que les anciens détenus fassent l'objet d'une décision d'expulsion ou d'une demande d'extradition. La procédure presque automatique de remise des suspects pour

¹²⁶ La France, à la différence de la majorité des pays, qui ont accueilli d'anciens détenus, a engagé des poursuites judiciaires à l'encontre de ses ressortissants détenus au centre de détention de Guantanamo Bay pendant deux ou trois ans. Les six de sept citoyens français ont fait l'objet d'une poursuite sur la base de l'accusation d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste pour avoir « intégré des structures terroristes » en Afghanistan. En décembre 2007, la 16^{ème} chambre du Tribunal correctionnel de Paris a déclaré coupables 5 de ces 6 hommes et les a condamnés à un an d'emprisonnement. La Cour d'appel de Paris a infirmé l'arrêt de première instance. En février 2010 la Cour de Cassation a annulé la relaxe de 5 anciens détenus et a renvoyé l'affaire devant la Cour d'Appel de Paris. Les 5 anciens détenus sont Brahim Yadel, Mourad Benchellali, Nizar Sassi, Khaled Ben Mustapha et Redouane Khalid.

¹²⁷ Informations supplémentaires sur le sort des anciens détenus accueillis dans de pays européens voir Human Rights Watch, *Resettlement of Guantanamo Bay Detainees*, 23/2/2009. En Belgique, par exemple, des accusations pour participation à une organisation terroriste ont été portées contre un ancien détenu, qui a ensuite fait l'objet de mesures restrictives pour environ une année. Affaire mentionnée par l'avocat Christophe Marchand, lors de la conférence organisée par l'organisation non gouvernementale Redress à Londres, 10-11/9/2008, sur le thème : « Reintegration and reparation or victims of rendition and unlawful detention in the war on terror », travaux dans le rapport d'organisation, avril 2009.

¹²⁸ Voir directive 2003/109/CE du 25/11/2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée.

¹²⁹ La directive 2003/86/CE, du 22/9/2003, pose les règles minimales pour les Etats membres concernant le regroupement familial.

¹³⁰ Voir Résolution 1507 (2006), Recommandation 1754/2006 du Parlement européen, « Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant les Etats membres du Conseil de l'Europe », Résolution 1562 (2007), Rec 1801/2007, « Détentions secrètes et transfert illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe », 2^{ème} rapport, rapporteur M. Dick Marty.

certaines crimes, y compris le terrorisme, introduite par le mandat d'arrêt au niveau européen, rend ces détenus susceptibles d'un usage abusif de ce mécanisme. Le cas de deux anciens détenus, El-Banna et Deghayes, est indicatif¹³¹. Par conséquent, on considère que toute mesure analogue à un éloignement doit être rejetée.

La question du transfert des anciens détenus vers les pays de l'Union européenne ne se limite pas au thème de la détermination de leur statut juridique, mais a aussi des implications sur les conditions matérielles, sociales et économiques dans lesquelles ces personnes vont se retrouver dans les pays d'accueil. Il est clair que selon les principes et les règles du droit international, elles ont droit à une réparation en tant que victimes d'actes de torture, telle que prévue par le texte des « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire »¹³².

De nombreux instruments et déclarations des organes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe reconnaissent clairement un droit à réparation pour les victimes d'infractions¹³³. Selon la jurisprudence constante de la Cour de Strasbourg, chaque Etat membre a l'obligation positive d'enquêter sur des allégations sérieuses de torture et de traitements inhumains ou dégradants, ainsi que de mettre fin à l'impunité des organes étatiques, dans le cas où des violations graves sont alléguées et restent impunies¹³⁴.

La réintégration de ces personnes se révèle être une tâche difficile à cause de la méfiance des autorités et de la communauté des pays d'accueil, mais aussi et surtout à cause des divers problèmes psychologiques, sociaux et financiers dont ces personnes souffrent¹³⁵. Dans ce cadre, la proposition française relative à la disposition de fonds communautaires pour la réception des détenus pourrait contribuer substantiellement à leur réintégration effective¹³⁶. D'autre part, l'engagement de poursuites et la condamnation des responsables de ces violations s'avèrent trop difficiles. Des actions en justice entreprises contre les responsables de leurs souffrances sont déjà initiées dans certains pays¹³⁷. Pourtant, la volonté politique des gouvernements est nécessaire pour amener devant la justice les auteurs de ces pratiques illégales et restaurer la vérité, à laquelle les victimes ont droit.

¹³¹ Ces deux personnes, détenues à la base aérienne de Bagram et ensuite à Guantanamo Bay pour 5 ans ont été envoyés au Royaume-Uni, après la décision de l' *Administrative Review Board* en 2007. Lors de leur arrivée au Royaume-Uni elles ont été arrêtées au titre d'une demande d'extradition déposée par l'Espagne, sur l'accusation de leur participation à un groupuscule d'Al Qaida, responsable des attaques terroristes à Madrid. La demande a été finalement rejetée devant les soupçons pour participation des autorités espagnoles aux méthodes d'interrogatoire. Témoignage d' E.Fitzerald lors de la conférence organisé par Redress, op.cit.

¹³² Résolution 60/147, adoptée par l'Assemblée générale le 16/12/2005.

¹³³ Directive relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, 2004/80/CE, du 6/8/2004, Recommandation (2006)8 du Conseil des Ministres sur l'assistance aux victimes d'infractions du 14/6/2006, la Convention européenne au dédommagement des victimes d'infractions violentes, Strasbourg, 24/11/1983, Hammamberg T, Commissaire aux droits de l'homme, Conseil de l'Europe, « Les victimes de violations des droits de l'homme méritent mieux », points de vue, 2007.

¹³⁴ Voir Cour EDH, *Assenov et autres c/Bulgarie*, arrêt du 28/10/1998, *Sakik et autres c/Turquie*, arrêt du 10/10/2000, *Ihnan c/Turquie*, arrêt du 27/6/2000.

¹³⁵ Voir Guantanamo and its aftermath, U.S detention and interrogation practices and their impact on former detainees, 11/2008, Human Rights Center, University of California, International human rights law clinic, Center for constitutional rights.

¹³⁶ « France reportedly has Gitmo plan », United press international, 25/1/2009, [<http://www.timesoftheinternet.com/40547.html>].

¹³⁷ *CIA-extraordinary renditions, flights and accountability-a European approach*, European Centre for Constitutional and Human Rights, ECCHR, 2^{ème} édition, janvier 2009, Le Monde, «La justice italienne condamne 23 ex-agents de la CIA, les Etats

PARTIE III : RECOMMANDATIONS

Concernant l'incrimination relative au délit d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste

La définition du délit d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste doit être modifiée afin de répondre aux exigences du principe de légalité des délits et des peines. Le lien du comportement incriminé avec un acte matériel (de préparation) doit être avéré. L'intention criminelle de la personne concernée doit être démontrée au-delà de tout doute raisonnable.

Concernant la phase préliminaire en général et les abus commis en matière d'investigation des crimes terroristes

Il faut renforcer les garde-fous contre les arrestations abusives et injustifiées pour des raisons liées à l'efficacité de l'investigation. Les arrestations de suspects doivent être réalisées seulement sur la base de preuves solides.

Il serait souhaitable de soumettre la fiabilité des preuves émanant de services de renseignement au contrôle judiciaire.

Le statut du Procureur de la République doit être révisé en vue de l'instauration de son indépendance par rapport au pouvoir exécutif.

Il est nécessaire que le nouveau juge de l'enquête et des libertés investi de compétences juridictionnelles ait aussi une indépendance vis-à-vis des demandes d'imposition de mesures attentatoires aux libertés faites par le procureur, une indépendance dont, en l'état actuel, le juge des libertés et de la détention ne semble pas disposer.

Il serait souhaitable de renforcer encore le contrôle démocratique des services de renseignement. La loi n°2007-1443 du 9/10/2007 constitue un pas très important dans cette direction.

Concernant la garde à vue

Empêcher le recours injustifié et abusif à la mesure de garde à vue en matière d'investigation des crimes terroristes.

La durée maximale de la garde à vue en matière de terrorisme doit être réduite et ne doit pas excéder 4 jours.

Unis se disent déçus", 4/11/2009, American Civil Liberties Union, Spain calls for arrest of CIA agents involved in extraordinary renditions, 12/5/2010.

L'application de la garde à vue doit être accompagnée par le renforcement des droits du gardé à vue. La personne concernée doit avoir surtout accès à l'aide d'un avocat dès le début de la mesure et pendant les interrogatoires de police.

L'avocat doit avoir accès à l'intégralité du dossier durant la phase de la garde à vue.

Il doit aussi avoir la possibilité de solliciter des actes pendant la garde à vue sous le contrôle du juge de l'enquête et des libertés.

Le gardé à vue doit être informé de son droit de garder le silence dès le début de la mesure de garde à vue.

Le gardé à vue doit se voir habilité à contester la légalité de sa mise en garde à vue dans le délai le plus court possible, lors d'un débat contradictoire. La nécessité de la consécration d'un véritable droit à un « habeas corpus à la française » doit être prise en compte.

Il faut empêcher et punir tout usage de méthodes d'interrogatoire abusives lors de la garde à vue.

Le juge du siège doit ouvrir une enquête officielle en cas d'allégation de torture ou de mauvais traitements lors de la garde à vue

Un code obligatoire de principes de déroulement des interrogatoires (durée, méthodes interdites, droits de la personne gardée à vue) doit être consacré pour être appliqué dans les gendarmeries et dans tous les lieux où les personnes gardées à vue peuvent se trouver.

La personne gardée à vue doit être informée de ses droits et de la raison de son arrestation immédiatement.

Le gardé à vue doit avoir la possibilité d'être examiné par un médecin de son choix dès le début de la garde à vue.

Il est recommandé que les policiers puissent être individuellement identifiés à tout moment par les personnes gardées à vue.

Le rôle du contrôleur de lieux de privation de liberté doit être renforcé. Plus particulièrement il est souhaitable qu'il ait un pouvoir d'injonction et pas seulement le pouvoir de faire des recommandations, comme au titre de son statut actuel. De plus, la possibilité de visite des lieux de détention sans préavis doit être instaurée.

Des moyens financiers importants doivent être attribués aux avocats et aux barreaux pour permettre une meilleure représentation de personnes gardées à vue soupçonnées de terrorisme lors de l'application de la mesure, mais aussi tout au long de la procédure pénale, au regard de la complexité et des difficultés rencontrées très souvent par le conseil en matière d'affaires de terrorisme.

Concernant la détention provisoire.

L'instauration d'une collégialité compétente pour décider du placement en détention doit devenir obligatoire dans les affaires relatives aux crimes terroristes, à cause de leur complexité et du volume des dossiers. Un éclaircissement concernant le statut des membres de cette collégialité s'avère pourtant nécessaire.

Il faut s'assurer que l'avocat ait le temps et les ressources nécessaires pour étudier le dossier et préparer la défense lors de l'audience portant sur la mise en détention ou sur sa prolongation. La présence de l'avocat et l'instauration d'un débat contradictoire doivent être assurées dans ce cas.

Les décisions de placement et de renouvellement de la détention provisoire doivent être pleinement motivées.

Il faut instaurer des garde-fous pour rompre avec la culture favorable à la mise en détention en matière d'affaires terroristes.

Concernant l'assignation à résidence

La mesure doit être ordonnée par le juge compétent à la suite d'un débat contradictoire.

Les preuves fournies, par les services de renseignement constituant la base de la mesure d'assignation à résidence, doivent être vérifiables.

Il faut limiter la durée de la mesure à une période déterminée.

Il faut faire en sorte que la mesure d'assignation à résidence soit ordonnée comme alternative à une mesure d'éloignement d'une personne étrangère ou lorsque ses liens familiaux ou sociaux pourraient rendre une mesure d'éloignement disproportionnée.

Il serait recommandé d'instaurer un contrôle périodique et automatique de la nécessité de la mesure par un organe judiciaire.

Il serait souhaitable d'instaurer un contrôle judiciaire spécifique de la légalité de la mise en application de la mesure et de son renouvellement.

Concernant l'accueil en France des ex-détenus de Guantanamo

Il serait recommandé d'attribuer le statut de réfugié, dans le cas d'une demande, ou celui de résident de longue durée à ces personnes, en vue de faciliter leur intégration à long terme.

Il faut garantir que ces personnes aient accès au droit de travail, aux services publics, aux prestations sociales et aux soins médicaux.

Il est nécessaire de fournir une assistance psychologique et un traitement médical spécialisé aux personnes victimes de tortures et de méthodes d'interrogatoire agressives.

Il serait nécessaire d'engager des enquêtes officielles sur toute allégation de torture impliquant des organes de renseignement français.

Il faut garantir l'accès de ces personnes à la réparation devant les tribunaux.

Les autorités françaises ont, selon nous, une obligation d'accepter pour des raisons humanitaires les personnes qui ont des liens sociaux, culturels, familiaux ou linguistiques avec la France.

Dans des cas spécifiques, il faut garantir et faciliter aussi le droit au regroupement familial.

Il faut créer ou renforcer les structures spécialisées pour la réintégration de ces personnes dans la société française (possibilité de cours de langue, aide à la recherche d'un logement, d'un emploi, possibilité de pratiquer sa religion).

Dans le cas où une personne doit faire l'objet de mesures restrictives ou de poursuites en justice, il faut veiller à ce que l'acte incriminé ne soit pas exclusivement en rapport avec son incarcération à Guantanamo Bay et que les renseignements ou les informations sur la base desquels s'effectue la poursuite soient solides.

Les procédures éventuelles en justice contre ces personnes ne doivent pas empêcher les procédures engagées par elles visant à obtenir réparation et à engager des poursuites contre toute personne responsable.

Les mesures restrictives prononcées contre ces personnes ne doivent pas être disproportionnées et il doit être tenu compte de considérations humanitaires spécifiques en raison de leur situation précédente.

Aucun statut juridique ne doit être envisagé de manière ad hoc pour ces personnes.

L'échange d'informations relatives à ces personnes et à leur sécurité doit être conforme aux droits fondamentaux. Une certaine transparence et la possibilité de contrôle doivent être garanties.

Concernant la législation antiterroriste dans son ensemble.

Il serait souhaitable que la législation en matière de terrorisme soit soumise à un renouvellement annuel par un vote majoritaire des deux chambres, précédée d'un débat portant sur son efficacité et sur la nécessité de poursuivre son application.

Bibliographie

Doctrine

SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-M.), ANDRUANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTENOIR (A.), LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 5ème éd, 2009.

CAPE (Ed.), HODGSON (J.), PRAKKEN (T.), SPRONKEN (T.), *Procedural rights at the investigative stage : towards a real commitment to minimum standards*, Maastricht University, 2009, disponible sur le site : [<http://ssrn.com/abstract=1440229>].

SHAPIRO (J.), « Detention of terrorism suspects in Britain and France », 15/7/08, in [http://www.Brookings.edu/testimony/2008/0715_terrorism_shapiro.aspx]

GARAPON (A.), « Is there a french advantage in the fight against terrorism ? », Real Instituto de estudios internacionales y estrategicos, septembre 2005, disponible sur [<http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/807/Garapon807.pdf>]

SHAPIRO (J.), SUZAN (B.), « The french experience of counter-terrorism », *Survival*, vol. 45, n°1, Spring 2003, p. 67-98.

Cour européenne des droits de l'homme

Assenov et autres c/Bulgarie, requête n°2476/94, 28 octobre 1998

Sakik et autres c/Turquie, requête n° 23878/ 94 à 23883/9, 10 octobre 2000

Ilhan c/Turquie, requête n°22277/93, 27 juin 2000

Murray c/ Royaume-Uni, requête n° 18731/91, 8 février 1996

Brogan c/ Royaume-Uni, requête n°11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29 novembre 1988

Schiesser c. Suisse, requête n°77107/76, 4 décembre 1979

Medvedyev c. France, requête n°3394/03, Ch, 10 juillet 2008, Gr Ch, 29 mars 2010.

Brennan c. Royaume-Uni, requête n° 39845/98, 16 octobre 2001

Magee c. Royaume-Uni, requête n°28135/95, 6 juin 2000

Condron c. Royaume-Uni, requête n°35718/97, 2 mai 2000

Panovits c. Chypre, requête n°4268/04, 11 décembre 2008

Salduz c/ Turquie, requête n°36391/02, 27 novembre 2008

Dayanan c/ Turquie, requête n°7377/03, 13 octobre 2009

Funke c/France, requête n°10828/84, 25 février 1993

Fox, Campbell, Hartley c/ Royaume-Uni, requête n° 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30 août 1990

Dikme c/ Turquie, requête n°20869/87, 1 juillet 2000

Pelissier et Sassi c. France, requête n°25444/94, 25 mars 1999

Tomasi c/ France, requête n°12850/87, 27 août 1992

Selmouni c/ France, requête n°25803/94, 28 juillet 1999

Tais c/ France, requête n°39922/03, 1 juin 2006,

Saoud c/ France, requête n° 9375/02, 9 octobre 2007

Ocalan c/ Turquie, requête n°46221/99, Gr Ch, 12 mai 2005

Guzzardi c/ Italie, requête n° 7367/76, 6 novembre 1980

Huber c/ Suisse, requête n°12794/871, 23 octobre 1990

Comité des droits de l'homme

Communication n°833/1998, *Karker c/France*, décision du 30/10/2000, CCPR/C/70/D/833/1998.

LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES MULTINATIONALES POUR VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

REGIS BISMUTH¹

Résumé

Compte tenu de la conduite croissante d'activités économiques dans des zones de conflits armés, la responsabilité des entreprises multinationales pour violation du droit international humanitaire est une question d'importance majeure. Alors que l'attention s'est davantage focalisée sur la responsabilité pénale individuelle, il se développe plusieurs mécanismes rendant possible ou envisageable la responsabilité des personnes morales pour de telles violations. Ce rapport vise à montrer qu'en dépit de l'absence de mécanismes de mise en œuvre à l'encontre de ces entités au niveau international, il se développe, d'une façon certes encore timide, une responsabilité sociale des entreprises aux échelons nationaux. Ces mécanismes souffrent toutefois de plusieurs lacunes qu'il conviendra de mettre en perspective.

Comprendre les problématiques juridiques soulevées par la responsabilité des entreprises pour violation du droit international humanitaire nécessite de revenir de façon plus large sur les problèmes liés à la responsabilité pénale des personnes morales, possibilité qui n'a d'ailleurs été reconnue qu'en 1994 par le législateur français². Le fameux aphorisme « – Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale – Moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition » traduit en effet parfaitement la difficulté d'une appréhension juridique de ces entités qui servent de véhicules aux activités économiques humaines. Cette ambivalence s'est notamment significativement manifestée lorsqu'il s'agissait de déterminer si ces personnes morales étaient susceptibles d'être responsables pénalement à l'instar des personnes physiques. Cette question a engendré un intense – et encore inachevé – débat entre les partisans d'une telle éventualité et ses opposants pour qui les personnes morales se caractérisent par une absence de dimension émotionnelle à l'inverse de personnes physiques aptes à exprimer vices et vertus et par conséquent une éventuelle intention criminelle (le mens rea) qui est à la base de toute caractérisation d'infraction en droit pénal. Cette ambivalence s'est ainsi traduite par une absence de consensus des droits nationaux sur la possibilité d'une responsabilité pénale des personnes morales qui, lorsqu'elle existe, est souvent limitée à une catégorie restreinte d'infractions et ne peut être déclenchée que dans des conditions très spécifiques.

Au-delà de cette question touchant les droits nationaux, certains développements récents ont démontré la portée de plus en plus significative du droit international humanitaire pour les entreprises multinationales et, par conséquent, la potentielle responsabilité de ces acteurs pour la

¹ ATER, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

² Limitée jusqu'en 2004 que dans les cas prévues par la loi ou les règlements, elle est désormais reconnue de façon générale par l'article 121-2 al. 1 du Code pénal qui dispose que « [!]es personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

violation de telles normes. En effet, les conflits modernes impliquent non seulement des acteurs non-étatiques, tels que les forces militaires privées, mais concernent également de plus en plus des entreprises commerciales traditionnelles qui conduisent par exemple des activités économiques dans le domaine de l'extraction et de l'exploitation de ressources naturelles et minières en zone de conflit armé. Plusieurs des actes commis par les entreprises dans un tel contexte sont susceptibles de constituer des violations du droit international humanitaire et, à cet égard, une récente étude du CICR³ donne les exemples suivants : expropriation illicite, travail forcé, déplacement de population, dommage à l'environnement, production et commerce illicite d'armes. La responsabilité des entreprises est toutefois délicate à appréhender dans la mesure où leurs activités sont le plus souvent conduites par le biais de filiales immatriculées à l'étranger et possédant une personnalité juridique distincte d'une part, mais aussi parce que cette responsabilité est davantage envisageable sous l'angle de la complicité d'autre part, l'activité de ces dernières permettant de financer ou facilitant la commission des plus graves violations.

Envisager la responsabilité pénale des entreprises pour violations graves d'obligations découlant du droit international humanitaire nécessite en premier lieu de déterminer si de telles entités ont des droits et des devoirs au sein de ce corpus de règles. Il doit être préalablement indiqué que les entreprises sont des sujets de droit interne et qu'elles ne sont pas des sujets à part entière du droit international public qui reste dans une large mesure un système interétatique. Les États peuvent cependant adopter des normes de droit international donnant naissance à de tels droits et devoirs pour des acteurs non-étatiques. C'est notamment le cas des multiples accords bilatéraux en matière de protection de l'investissement. Si ces derniers accords reconnaissent sans conteste de nombreux droits aux entreprises, il n'est pas certain que le droit international humanitaire et le droit international pénal fassent peser des obligations spécifiques à destination des entreprises.

C'est sur la base de ces considérations qu'une première partie (Partie I) déterminera l'existence d'obligations de droit international pour les entreprises et évaluera les éventuels mécanismes internationaux permettant d'établir leur responsabilité pour des violations découlant de ces obligations. Cette analyse démontrera que le droit international ne fournit que des mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité minimaux et incomplets. C'est dans cette perspective qu'une seconde partie (Partie II) se penchera sur la responsabilité des entreprises dans les ordres juridiques nationaux au sein desquels ont été insérées les obligations fondamentales découlant du droit international humanitaire. Cette analyse en effet montrera que cette perspective – quoique encore insatisfaisante en de nombreux points – reste à ce jour la plus prometteuse afin d'assurer la mise en conformité des entreprises multinationales avec les obligations du droit international des conflits armés.

PARTIE I – UNE RESPONSABILITE INTERNATIONALE MINIMALE DES ENTREPRISES POUR VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Le droit international humanitaire reste, dans une large mesure, un droit interétatique et les mécanismes de responsabilité visant à en contrôler le respect se concentrent essentiellement sur les personnes physiques, ne laissant aucune place pour la reconnaissance de la responsabilité des

³ CICR, *Business and International Humanitarian Law – An Introduction to the Right and Obligations of Businesses Enterprises Under International Humanitarian Law*, Genève, 2006.

personnes morales au niveau international (A). Cependant, au-delà de cette lacune structurelle, des canaux alternatifs de contrôle méritent d'être explorés dans la mesure où ils mettent en perspective une prise de conscience de la communauté internationale sur l'implication croissante des entreprises dans les conflits armés (B).

A. L'inadéquation structurelle du droit international pénal à connaître de la responsabilité des entreprises pour des violations du droit international humanitaire

La première étape de l'analyse requiert de déterminer le contenu de la personnalité juridique internationale des entreprises en droit international afin de délimiter les droits et obligations de ces dernières dans le domaine du droit international humanitaire (1.), mais aussi au sein des mécanismes de droit pénal international existants visant à en assurer l'application (2.).

1. La potentielle personnalité juridique des personnes morales en droit international humanitaire

Le respect des principaux instruments du droit international humanitaire, et notamment des Conventions de Genève de 1949 ainsi que des protocoles additionnels de 1977, est du ressort des Hautes Parties Contractantes qui se sont engagées dans l'article 1er commun à ces instruments « à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ». Toutefois, le fait que certains acteurs non-étatiques soient mentionnés dans certains autres passages de ces instruments ne les rend pas nécessairement ipso jure responsable au niveau international d'éventuelles violations du droit international humanitaire.

C'est notamment le cas des violations sérieuses de ces conventions dans le mesure où il est du devoir des Hautes Parties Contractantes de « prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention »⁴, les mêmes violations constituant d'ailleurs des crimes de guerre selon le Statut de la Cour Pénale Internationale⁵. Le Protocole Additionnel n° 1 ne fait pas mention d'une quelconque incrimination au niveau national pour de telles violations et, lorsqu'il indique que « [l]es Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions ... »⁶ et que « les infractions graves à ces instruments sont considérées comme des crimes de guerre »⁷, il établit une incrimination internationale pour de telles violations mais sans mettre en place de mécanisme de responsabilité.

Dans la mesure où ces instruments ne donnent pas une définition du terme « personnes », suggérant potentiellement que sont incluses tant les personnes physiques que morales, et compte tenu d'une référence dans le Protocole Additionnel n° 1 aux « crimes de guerre » sans mentionner la nature de leurs auteurs, il apparaît que l'ensemble de ces textes n'excluent pas de façon explicite que les personnes morales puissent être titulaires d'obligations en droit international humanitaire. D'ailleurs, une étude du CICR relève que « although states and organized armed groups bear the

⁴ CG(I), Article 49 ; CG(II), Article 50 ; CG(III), Article 129, CG(IV), Article 146.

⁵ Statut de la Cour Pénale Internationale, Article 8(2).

⁶ PA(I), Article 86(1).

⁷ PA(I), Article 85(5).

greatest responsibility for implementing international humanitarian law, a business enterprise carrying out activities that are closely linked to an armed conflict must also respect applicable rules of international humanitarian law »⁸. Cependant, alors que les activités des personnes morales semblent être prises en compte par le droit des conflits armés, ces instruments ne mettent pas en place des mécanismes de sanction pour la violation de ces règles. Il convient dès lors de déterminer si la responsabilité des entreprises peut être engagée dans le domaine du droit pénal international.

2. L'absence de prise en compte des personnes morales par le droit pénal international

Bien que les tribunaux pénaux internationaux aient connu d'affaires impliquant des activités conduites par des personnes morales, ceux-ci ont constamment refusé d'envisager la possibilité d'une responsabilité pénale de cette catégorie de personnes juridiques. Cette position a d'ailleurs été intégrée dans le Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI) qui limite la responsabilité pénale individuelle aux personnes physiques.

En ce qui concerne la première génération de tribunaux pénaux internationaux, il convient de mentionner que le Tribunal Militaire International de Nuremberg (TMI) avait uniquement compétence « pour juger les criminels de guerre ... qu'ils soient accusés individuellement, ou à titre de membres d'organisations ou de groupes »⁹. La responsabilité des personnes morales a ainsi été exclue ab initio et le TMI souligna dans un célèbre passage que « [c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced »¹⁰. Toutefois, un des éléments distinctifs du Statut du TMI résidait dans la possibilité de « déclarer ... que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle »¹¹ et, de cette façon, quatre organisations ont été jugées criminelles par le TMI. La reconnaissance de la nature criminelle de ces de facto ou de jure organisations ne doit pas, cependant, être interprétée comme une reconnaissance par le TMI de la responsabilité pénale individuelle des personnes morales. En effet, cette disposition très spéciale était liée à la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié établie afin de faciliter la poursuite des criminels de rang hiérarchique inférieur dans la mesure où la simple participation d'un individu au sein d'une de ces organisations déclarées comme criminelles par le TMI constituait un crime selon ce mécanisme. Dès lors, la pénalisation de ces organisations par la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié servait uniquement à fournir une base juridique pour la poursuite de certaines personnes physiques et doit ainsi être distinguée d'un authentique mécanisme de responsabilité pénale des personnes morales, dont l'objectif n'est pas d'établir une punition collective à l'ensemble des personnes prenant part à leurs activités et qui n'implique pas que l'ensemble de la personne morale soit criminelle dans son objet et sa nature. Cependant, plusieurs affaires jugées dans le cadre de la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié, connues sous l'expression Industrial Cases, sont particulièrement instructives dans la mesure où elles mettent en lumière la potentielle relation entre les activités commerciales d'une entreprise et la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (par ex. la production et la fourniture de poison, la spoliation de biens privés, le travail forcé) bien

⁸ CICR, *Business and International Humanitarian Law – An Introduction to the Right and Obligations of Businesses Enterprises Under International Humanitarian Law*, 2006, p. 14.

⁹ Article 1 de l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire.

¹⁰ *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. 22, p. 466.

¹¹ Statut du TMI, Article 9.

que seuls des individus exerçant des fonctions au sein de ces entreprises aient été finalement reconnus pénalement responsables.

Les développements ultérieurs qu'a connu le droit pénal international ont confirmé cette non-prise en compte de la responsabilité pénale des personnes morales. Ainsi, les statuts du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal Pénal International pour le Rwanda indiquent expressément que ces deux juridictions ont « compétence à l'égard des personnes physiques »¹². De la même façon, l'article 25 du Statut de la CPI dispose de façon identique qu'elle a compétence « à l'égard des personnes physiques ». Toutefois, si le texte actuel indique une absence de compétence à l'égard des personnes morales, les travaux préparatoires du Statut de Rome démontrent que plusieurs États ont envisagé favorablement cette éventualité. Ainsi, un projet de statut de la CPI indiquait qu'en plus des personnes physiques, « [l]a Cour est également compétente à l'égard des personnes morales, à l'exclusion des États, lorsque les organes ou représentants de telles personnes ont commis les crimes au nom de celles-ci »¹³. Cette proposition, qui était formulée avec en arrière-plan l'idée de faciliter les restitutions et les réparations, n'a pas finalement été adoptée par les États parties. Plusieurs arguments ont été avancés afin de justifier une telle exclusion, et parmi les plus importants, l'inexistence d'une responsabilité pénale des personnes morales dans le droit interne de plusieurs des États membres, ce qui aurait mis à mal le mécanisme de complémentarité que la CPI établit avec ces derniers.

Ainsi, alors que le droit international humanitaire impose certaines obligations aux personnes morales, et bien que la jurisprudence du TMI ait démontré que leurs activités peuvent faciliter ou servir de base à la commission de sérieuses violations du droit des conflits armés, les entreprises sont restées en dehors du champ de compétence *ratione personae* des juridictions pénales internationales. Les activités criminelles des entreprises ne peuvent donc être jugées au niveau international que par le biais de la responsabilité pénale individuelle des personnes physiques qui ont décidé, dirigé ou mis en œuvre ces activités, laissant ainsi sans réponse la question de la réparation et le maintien d'activités qui nourrissent de façon structurelle le conflit et la commission des crimes.

Toutefois, conclure à la complète inexistence de responsabilité pour les entreprises pour violation du droit international humanitaire semble être une position excessive dans la mesure où certains développements récents ont démontré l'essor de canaux alternatifs de responsabilité pour ces acteurs.

B. L'existence de canaux alternatifs mais fragmentés de responsabilité des entreprises pour violations du droit international humanitaire

L'absence de responsabilité pénale internationale des entreprises ne doit pas cependant éclipser la préoccupation croissante de la communauté internationale sur les activités controversées menées par ces entités en relation avec des conflits armés. Ainsi, plusieurs mécanismes internationaux ont mis en exergue le besoin d'une responsabilité sociale de ces entités. Cela se reflète notamment à travers les sanctions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies (1), et d'autres mécanismes de soft law (2).

¹² Statut du TPIY, Article 6 ; Statut du TPIR, Article 5.

¹³ Article 23(5) du Projet de Statut de la Cour criminelle internationale, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998.

1. Les sanctions du Conseil de sécurité des Nations Unies pour violations du droit international humanitaire

En tant que gardien du système de sécurité collective, le Conseil de sécurité peut, dans le cadre de l'article 41 de la Charte des Nations Unies, adopter des mesures coercitives non-militaires, notamment des sanctions économiques. Dès lors, le Conseil de sécurité peut intervenir dans la conduite d'activités commerciales et imposer des sanctions – sans limitation *ratione personae* de leurs destinataires – sur les États, individus, groupes d'individus et personnes morales.

Suivant l'évolution de la nature des conflits armés impliquant davantage d'acteurs non-étatiques, la pratique du Conseil de sécurité depuis le début des années 1990 a mis en perspective un recentrage de ses sanctions sur des personnes privées, plus connues sous le nom de targeted sanctions ou de smart sanctions. Cette nouvelle politique s'est par exemple traduite par des embargos en matière d'armes et de pétrole en Angola en 1993¹⁴ ou en matière d'exports de diamants au Sierra-Leone en 2000¹⁵. Dans cette dernière situation, le Conseil de sécurité a spécifiquement exprimé sa préoccupation « par le rôle que joue le commerce illégal des diamants en alimentant le conflit en Sierra Leone »¹⁶. D'autres exemples peuvent être cités, notamment les sanctions prononcées par le Conseil de sécurité à l'encontre du régime taliban et d'Al-Quaida¹⁷, de la République Démocratique du Congo¹⁸, de la Côte d'Ivoire¹⁹ ou du Soudan²⁰.

Deux types d'entreprises peuvent être concernées par ce type de sanctions : celles déjà impliquées dans un conflit armé et directement visées par les sanctions adoptées, et toutes les autres qui se voient interdire de façon préventive par ces résolutions d'engager certaines activités commerciales ayant une relation avec ce conflit. Dans la mesure où il est du ressort des États de mettre en œuvre ces résolutions, le Conseil de sécurité n'a pas le pouvoir d'engager des poursuites à l'encontre des personnes physiques ou morales violant ces sanctions économiques. Toutefois, la pratique du Conseil de sécurité en la matière qui tente d'influer sur les activités des personnes morales en relation avec un conflit armé met en lumière des mécanismes indirects de responsabilité des entreprises pour violation du droit international humanitaire.

2. Le développement des mécanismes de soft law

Plusieurs organisations internationales, notamment l'ONU et l'OCDE, ont pris plusieurs initiatives visant à améliorer la mise en conformité de la conduite des entreprises avec les règles fondamentales du droit international humanitaire. Ces initiatives se concentrent principalement sur les entreprises multinationales et sur leurs activités dans les pays les moins avancés ou en développement. Bien que les standards adoptés sous les auspices de l'ONU et l'OCDE ne soient pas

¹⁴ S/RES/864 (1993), §19.

¹⁵ S/RES/1306 (2000), §1.

¹⁶ S/RES/1306 (2000), §6 du Préambule.

¹⁷ S/RES/1267 (1999), § 4.

¹⁸ S/RES/1493 (2003), § 20.

¹⁹ S/RES/1572 (2004), § 7.

²⁰ S/RES/1591 (2005), §3

juridiquement contraignants, ils tendent à développer un corps de normes internationales qui jouent un rôle important en pratique.

L'OCDE a adopté des instruments majeurs visant à réguler l'activité des entreprises multinationales. Elle a notamment développé depuis 1976 des Principes directeurs pour les entreprises multinationales qui ont été actualisés en 2000. Ces Principes touchent à des sujets bien plus larges que le seul respect du droit international humanitaire dans la mesure où ils traitent de problèmes tels que la transparence, la fiscalité ou la concurrence. Toutefois, ils s'articulent également autour du principe selon lequel les entreprises doivent « [r]especter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil » (Article II(1)) et incluent ainsi des standards en matière d'emploi, d'environnement et de lutte contre la corruption, ces derniers éléments permettant d'assurer l'intégration des principes fondamentaux du droit international humanitaire.

La portée de ces principes peut s'illustrer à travers le travail du Panel d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesse de la République Démocratique du Congo qui a utilisé les Principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE comme règles de référence. Le panel a listé l'ensemble des entreprises qu'il considérait comme étant en violation avec ces Principes directeurs et recommanda, entre autres, que les gouvernements et les Nations Unies coopèrent pleinement avec les enquêtes menées dans le cadre de la CPI au sujet de la complicité de certaines entreprises dans la commission de crimes de guerre en République Démocratique du Congo. Bien que ces procédures eussent pour seule perspective la responsabilité pénale individuelle d'individus, cette expérience montre plus largement les possibles relations entre ces Principes directeurs et le contrôle du respect par les entreprises des normes fondamentales du droit international humanitaire.

Plus récemment, l'OCDE a développé en 2006 un Outil de sensibilisation au risque destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance qui vient compléter les Principes directeurs. L'aspect innovant de cet instrument réside dans une référence explicite au droit international humanitaire quant au champ d'application de cet instrument puisque une « zone à déficit de gouvernance » se manifeste notamment par « de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international, et des conflits violents endémiques suscités par des motivations transversales (économiques, politiques, ...) et impliquant des combattants potentiellement variés ... »²¹. Une attention toute spéciale devrait donc être portée sur ce nouvel outil et sa mise en œuvre au sein de l'OCDE dans les prochaines années.

La question de la responsabilité sociale des entreprises a également été mise à l'ordre du jour des travaux des Nations Unies. Parmi les dernières initiatives visant à mieux encadrer les activités des entreprises ayant des impacts négatifs en matière de respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire, les Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises adoptées en 2003 par la Sous-Commission des Nations Unies de la promotion et de la protection des droits de l'homme²² a réaffirmé et clarifié le devoir des

²¹ OCDE, *Outil de sensibilisation au risque destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance*, 2006, p. 42.

²² E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003.

entreprises de respecter les règles du droit international humanitaire, notamment en ce qui concerne la sécurité des personnes et le droit des travailleurs. Bien que cet instrument n'ait pas été adopté par la Commission des droits de l'homme, cette dernière demanda au Secrétaire Général des Nations Unies de nommer un rapporteur spécial sur cette question ayant pour mandat, entre autres, « [d']étudier et préciser les incidences pour les sociétés transnationales et autres entreprises de notions telles que "complicité" et "sphère d'influence" »²³. Dans le cadre de cette mission, les récents rapports publiés par le rapporteur spécial John Ruggie ont effectué un inventaire des instruments les plus pertinents (parmi lesquels les Principes directeurs de l'OCDE)²⁴ et ont présenté leurs mécanismes de mise en œuvre, montrant ainsi toute l'utilité de ces outils soft law.

Il est intéressant de relever que les rapports de John Ruggie ont consacré une attention toute particulière aux mécanismes internes et notamment au développement d'une responsabilité devant les juridictions nationales des entreprises pour crimes internationaux²⁵, par le biais de l'incorporation des règles de droit international précédemment mentionnées.

PARTIE II – L'ÉMERGENCE D'UNE RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES POUR VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE AU SEIN DES DROITS NATIONAUX

Si les entreprises ont le devoir de respecter les principes fondamentaux du droit international humanitaire, la limitation *ratione personae* des juridictions pénales internationales et l'absence de pouvoirs d'exécution des sanctions du Conseil de sécurité sont autant de limites à la mise en œuvre pleinement effective de ces normes. Il ne serait d'ailleurs pas excessif de considérer que ces obligations relevant du droit international humanitaire ne sont que déclaratoires au niveau international. C'est ainsi que leur mise en œuvre repose sur l'intégration de ces obligations dans les ordres juridiques nationaux. En effet, les États ont l'obligation de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité en leur qualité de membres des Nations Unies (A) de même que les règles du droit international humanitaire comprises dans plusieurs conventions dont ils sont les signataires (B). Dans la mesure où il requiert une décision préalable du Conseil de sécurité, le premier mécanisme peut être décrit comme un canal « indirect » de responsabilité alors que le second résulte de poursuites ou actions judiciaires « directes » par les victimes à l'encontre des entreprises.

A. Une responsabilité indirecte des entreprises par la mise en œuvre au niveau national des sanctions du Conseil de sécurité

Bien qu'elle soit de nature indirecte, la responsabilité des entreprises par le biais des sanctions du Conseil de sécurité est, en pratique, l'un des instruments de mise en œuvre du droit international humanitaire les plus efficaces (2) compte tenu de l'autorité juridique quasiment intouchable dont jouissent les résolutions du Conseil de sécurité (1).

²³ E/CN.4/2005/L.87, 15 avril 2005.

²⁴ UN Doc. A/HRC/4/35, 19 février 2007 ; UN Doc. A/HRC/4/35, 7 avril 2008.

²⁵ Doc A/HRC/4/35, 19 février 2007.

1. L'obligation des États membres de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité

Les articles 25 et 48 de la Charte des Nations Unies imposent l'obligation aux États membres de se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité, tout en laissant aux États le choix des moyens les plus appropriés à cette fin. Compte tenu de la diversité potentielle des mécanismes de mise en œuvre, quelques éléments méritent d'être soulignés.

Ne pas mettre en œuvre les sanctions adoptées par le Conseil de sécurité sur la base de l'article 41 constituerait un fait internationalement illicite de l'État récalcitrant. Cette obligation assumée dans le cadre de la Charte ne signifie pas pour autant que ces résolutions revêtent un effet auto-exécutoire en droit interne et elles doivent, d'une façon générale, faire l'objet d'une mesure nationale de mise en œuvre, illustrant ainsi la nécessaire collaboration en la matière entre droit interne et international. Mais l'opération de transposition en droit interne soumet la sanction internationale aux règles d'un ordre juridique distinct, ce qui peut donner lieu à un contrôle de légalité de la sanction selon les standards du droit interne. C'est dans cette perspective que des personnes morales et personnes physiques ont tenté de contester les mesures de mise en œuvre des sanctions onusiennes sur le fondement que celles-ci ont été adoptées en violation de leurs droits fondamentaux, notamment le droit à un recours effectif. Le récent arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européenne dans les affaires *Kadi et Al Barakaat*²⁶ illustre ce qui peut effectivement constituer une révision de la légalité de telles sanctions visant des personnes morales ou physiques. Les cas de révision des résolutions du Conseil de sécurité sont donc limités à des situations très spécifiques et c'est ainsi que de telles mesures sont quasiment inattaquables, par exemple pour les entreprises concernées.

2. La mise en œuvre des sanctions du Conseil de sécurité à l'encontre des entreprises

L'efficacité des sanctions onusiennes adoptées s'explique par l'absence de limitation *ratione materiae* des personnes qui en sont les destinataires et c'est ainsi qu'elles peuvent directement ou indirectement viser les entreprises. Cette absence de limitation peut être illustrée par la résolution 1493 (2003) visant la République Démocratique du Congo et où le Conseil de sécurité a décidé que « que tous les États ... prendront ... les mesures nécessaires pour empêcher la fourniture, la vente ou le transfert directs ou indirects, depuis leur territoire ou par leurs nationaux, ou au moyen d'aéronefs immatriculés sur leur territoire ou de navires battant leur pavillon, d'armes et de tout matériel connexe ... à tous les groupes armés et milices étrangers et congolais ... »²⁷. C'est ainsi qu'il appartient aux États d'adopter les réglementations adéquates afin que toutes les personnes physiques ou morales relevant de sa compétence ne violent pas ces embargos.

Il y a peu d'exemples de poursuites judiciaires pour des cas de violation de ces embargos. Un récent rapport fait mention de deux cas, en Italie et aux Pays-Bas, impliquant des personnes physiques pour trafic d'armes illicite avec le Sierra Leone et le Libéria²⁸. Mais au-delà de ces rares cas de poursuites, il convient de souligner que ces sanctions économiques ne visent pas uniquement

²⁶ CJCE, *Kadi et Al Barakaat c. Conseil de l'Union européenne*, affaires C-402/05 P & C-415/05 P, 3 septembre 2008.

²⁷ S/RES/1493 (2003), §20. (Nous soulignons).

²⁸ International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability (Vol. II) Criminal Law and International Crimes*, 2008, p. 50.

ceux qui violent délibérément ces sanctions mais peuvent aussi affecter des entreprises dans le cours normal de leur activité. C'est le cas par exemple de la compagnie aérienne turque Bosphorus Airways qui avait conclu un contrat de location d'un aéronef avec la compagnie nationale yougoslave JAT. A la suite de la mise en œuvre des sanctions à l'encontre de la République Fédérative de Yougoslavie au niveau européen, l'aéronef en question a été saisi par les autorités irlandaises. La CJCE et la CEDH ont toutes deux considéré que cette mesure, bien que constituant une atteinte à son droit de propriété, se justifiait par l'intérêt supérieur des États européens de se conformer aux sanctions onusiennes lorsqu'elles ont pour objectif de mettre fin aux violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire²⁹. Dans une perspective comparative avec les mécanismes de poursuites judiciaires, l'affaire Bosphorus est très instructive dans le sens où les sanctions onusiennes atteignent ici des entreprises qui n'auraient jamais pu être considérées comme complices selon les standards du droit pénal.

Ainsi, dès lors que les violations du droit international humanitaire ont été prises en considération par le Conseil de sécurité, les sanctions qui y sont décidées peuvent significativement affecter la conduite des activités économiques des entreprises qui ont un lien direct ou même très indirect avec des violations du droit des conflits armés. Cependant, ces sanctions restent, dans une certaine mesure, sélectives dans la mesure où leur adoption requiert de passer le filtre politique constitué par le Conseil de sécurité, mais aussi limitées car elles ne prennent pas en compte la réparation des dommages causés aux victimes. Ces lacunes peuvent justement être corrigées par des mécanismes de responsabilité plus directs et traditionnels.

B. L'émergence d'une responsabilité directe des entreprises à travers l'application des règles du droit international humanitaire dans les ordres juridiques nationaux

L'intégration des normes internationales du droit international humanitaire est de nature à potentiellement créer deux canaux de responsabilité : civile et pénale. Vouloir établir une distinction stricte entre ces deux mécanismes apparaît excessif. En effet, dans les deux cas, la responsabilité trouve sa source dans des obligations internationales similaires et des standards plus ou moins similaires de complicité de l'entreprise ou de participation sont employés quelque soit la forme pénale ou civile de la responsabilité retenue. Mais bien que cette distinction tend à être peu pertinente d'un point de vue matériel, elle permet de présenter d'une façon plus adéquate des mécanismes de responsabilité pénale (1) et civile (2) qui présente des enjeux juridictionnels distincts.

1. La responsabilité pénale des entreprises

Selon le principe de droit pénal universellement reconnu *nulla poena sine lege*, la poursuite et la condamnation des entreprises pour des violations du droit international humanitaire sont subordonnées non seulement à l'existence de telles infractions dans les droits nationaux, mais aussi à leur applicabilité aux personnes morales.

L'existence des incriminations dans les droits internes résulte principalement des obligations internationales des États contenues dans les conventions de Genève de 1949. En effet, ces quatre

²⁹ CJCE, *Bosphorus c. Minister for Transport, Energy and Communications*, affaire C_84/95, 30 juillet 1996 ; CEDH, *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, requête n° 45036/98.

conventions imposent aux Hautes Parties Contractantes l'obligation de « prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies »³⁰ mais aussi de « rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et ... déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité »³¹, sans oublier de mentionner qu'elles pourront « les remettre pour jugement à une autre Partie contractante »³² selon le principe *aut dedere aut judicare*. En dépit de ces dispositions, il s'avère que les États n'ont pendant longtemps pas adopté des législations adéquates. Toutefois, la mise en œuvre du Statut de Rome instituant la CPI dans les droits internes a significativement développé l'intégration de ces incriminations dans les droits nationaux.

Si les conventions de Genève et le Statut de Rome ont été rédigés dans l'optique d'incriminer les personnes physiques, et en dépit de l'exclusion des personnes morales du champ *ratione materiae* de la compétence de la CPI, la transposition dans les droits nationaux des incriminations contenues dans ces instruments combinée à la reconnaissance croissante d'une possible responsabilité pénale des personnes morales permettent potentiellement l'application aux entreprises des obligations issues du droit international humanitaire. Mais cette possibilité reste pour l'essentiel virtuelle dans la mesure où, en pratique, la poursuite des entreprises pour de telles violations se heurte aux règles les plus basiques de compétence en matière pénale. En effet, l'État devant les juridictions duquel sont engagées les poursuites n'est habituellement pas le même que l'État de nationalité des victimes, que l'État du lieu de l'infraction et que l'État d'immatriculation de la société visée (les opérations à l'étranger se déroulant essentiellement par le biais d'une filiale disposant d'une personnalité juridique distincte de la société mère visée par les poursuites), ce qui complique naturellement la mise en œuvre de la responsabilité pénale même si le degré d'universalité des crimes visés constitue généralement des facteurs d'atténuation des conditions de compétence.

C'est ainsi que les poursuites engagées contre des entreprises pour violation des normes de droit international humanitaire ont jusqu'alors davantage servi de levier pour obtenir une transaction financière de la part d'entreprises craignant de s'enliser dans des procédures judiciaires potentiellement coûteuses pour leur réputation.

2. La responsabilité civile des entreprises

Sur le papier, les mécanismes de responsabilité civile semblent constituer un environnement bien plus accueillant que ceux de responsabilité pénale, et ce, pour quatre raisons :

- ils s'appliquent dans tous les États de façon indiscriminée aux personnes physiques et aux personnes morales alors que la responsabilité pénale de ces dernières est, soit non reconnue, soit parfois limitée dans son étendue, dans les droits nationaux ;
- la caractérisation de la conduite négligente ou frauduleuse est d'une certaine généralité et n'est pas sujette au principe de légalité ;

³⁰ CG(I), Article 49 ; CG(II), Article 50 ; CG(III), Article 129, CG(IV), Article 146.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

- ils fonctionnent sur la base de standards en matière de preuve moins contraignants qu'en matière de responsabilité pénale
- ils constituent une source autonome de réparation pour les victimes.

Toutefois, le recours à des mécanismes de responsabilité dans ce type de situation présente de nombreux inconvénients. Il est possible d'en dénombrer trois principaux :

- ils sont généralement limités *ratione temporis* en termes de prescription alors que les crimes résultant d'une violation des normes fondamentales du droit international humanitaire jouissent d'une imprescriptibilité, élément qu'il convient de ne pas négliger compte tenu du délai qui peut être important entre la perpétration des crimes et le moment où les victimes s'organisent afin de faire valoir leurs droits ;
- ils sont également limités par des conditions de compétence plus strictes qu'en matière pénale où, comme cela a été souligné, la gravité des crimes, sans pour autant aboutir à la reconnaissance d'une compétence universelle, atténue l'impérativité de ces conditions de compétence ;
- un contentieux au civil impliquant des personnes avec des nationalités différentes ou connaissant d'une conduite délictueuse réalisée à l'étranger conduit à l'application des principes du droit international privé et, bien que le principe *lex loci delicti* (application du droit de l'État où la conduite délictueuse s'est produite) a généralement vocation à s'appliquer, les tribunaux nationaux peuvent éventuellement appliquer d'autres standards (la loi de l'État ayant la plus forte relation vis-à-vis des parties, loi de l'État où le dommage a surgi, etc.), laissant ainsi des zones d'incertitude quant aux règles qui auront vocation à s'appliquer au différend.

Ainsi, les mécanismes de responsabilité civile et pénale ont tous deux leurs avantages et inconvénients et aucun d'eux ne peut prévaloir d'une supériorité globale sur l'autre. C'est dans cette perspective qu'un mécanisme propre au système américain mérite d'être souligné, l'Alien Tort Claims Act (ATCA), législation fédérale datant de 1789 et selon laquelle « [t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States »³³. Son intérêt réside dans la combinaison qu'il opère entre le champ d'application plus large des poursuites au civil (favorisant l'inclusion des entreprises et comprenant des standards de réparation plus généreux), des incriminations directement issues du droit international humanitaire sans transposition nécessaire en droit interne (référence à l'expression « violation of the law of nations » dans le texte), une imprescriptibilité de principe et une portée extraterritoriale. Ces éléments, également combinés au fait que les États-Unis accueillent parmi les principales entreprises mondiales ayant de nombreuses filiales et succursales à l'étranger (facilitant ainsi l'établissement de la compétence *ratione personae* ainsi que la réparation du dommage) ont généré un cadre juridique très attrayant pour des poursuites civiles engagées à l'occasion de violations du droit international humanitaire commises par des entreprises à l'étranger.

Au-delà de son attractivité, qui a résulté en de nombreuses plaintes au civil à l'encontre d'entreprises devant les cours fédérales américaines (plaintes qui servent aussi, à l'instar de celles au pénal, de levier de négociation afin de conclure des transactions avec les entreprises), l'ATCA a

³³ 28 U.S.C. § 1350.

montré la possibilité d'opérer en théorie une fusion réussie entre les mécanismes de responsabilité pénale et civile. La question reste de savoir si cette législation, ancienne et spécifique au cadre américain, pourrait éventuellement servir de modèle dans d'autres États.

PARTIE III : CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Cette étude relative à la responsabilité des entreprises pour violations du droit international humanitaire a in fine mis en relief le rôle crucial des États. En effet, la limitation *ratione personae* du Statut de la CPI ainsi que la nécessité de mettre en œuvre au niveau national les résolutions du Conseil de sécurité ont démontré que cette responsabilité reste virtuelle au niveau international et requiert l'assistance des ordres juridiques nationaux.

Les sanctions du Conseil de sécurité constituent un moyen original et efficace dans certains cas de mise en œuvre indirecte des règles du droit international humanitaire, avec un champ d'application plus large dans le sens où elles peuvent affecter des entreprises qui n'auraient jamais été reconnues responsables de telles violations en matière civile ou pénale même en mettant en œuvre les standards de complicité les plus vagues.

Sous un angle judiciaire, alors que les mécanismes de responsabilité pénale des entreprises pour ces violations n'ont pas encore exploité l'ensemble de leur potentiel, le cadre de responsabilité civile de l'ATCA a démontré son potentiel pour améliorer la responsabilité sociale des entreprises. D'ailleurs, un des récents rapports de John Ruggie a implicitement prôné l'implantation dans les droits nationaux de mécanismes identiques à l'ATCA en indiquant que « [l]es États devraient renforcer la capacité de leurs tribunaux pour examiner des plaintes et faire appliquer les réparations auxquelles a été condamnée toute entreprise en activité ou ayant son siège sur leur territoire ... [et] devraient s'attaquer aux obstacles qui entravent l'accès à la justice, notamment pour les demandeurs étrangers – en particulier lorsque les violations alléguées constituent des violations massives et systématiques des droits de l'homme »³⁴.

Alors que nous sommes les témoins d'une internationalisation croissante du droit pénal ainsi que d'une impressionnante pénalisation internationale des violations du droit international humanitaire commises par les individus, les mécanismes de responsabilité des entreprises les plus prometteurs résident peut-être dans une extension des mécanismes de responsabilité civile, permettant de dépasser ainsi les réticences des États à reconnaître pleinement la responsabilité pénale des personnes morales.

Toutefois, le développement de ces mécanismes de responsabilité civile au sein des droits nationaux pourrait éventuellement constituer une étape vers l'émergence d'un modèle global de responsabilité sociale des entreprises. La communauté internationale, notamment par l'émergence d'instruments de *soft law*, a démontré sa volonté de mieux réguler les activités internationales des entreprises. La possible extension de ces mécanismes de responsabilité civile et leur progressif enracinement dans les droits nationaux peuvent faciliter l'émergence d'une initiative visant à internationaliser ce processus et, pourquoi pas, mener à l'établissement d'un tribunal civil

³⁴ A/HRC/8/5, 7 avril 2008, §91.

international à cet effet. A l'instar des États, les entreprises se sont vues exclues du champ de compétence *ratione materiae* de la CPI et, encore à l'instar des États, elles sont parfois les instrumentales de violations du droit international humanitaire. Si des mécanismes de responsabilité internationale existent pour les États, ils ne sont encore qu'à l'état de chrysalide pour les entreprises. Des mécanismes internationaux de responsabilité sociale des entreprises plus complets et cohérents, impliquant pour ces dernières une pression économique et la crainte de dommages en matière de réputation, constitueraient certainement des outils efficaces visant à assurer le respect par les entreprises des règles du droit international humanitaire.

Bibliographie

BOTTIGLIERO (I.), *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, xxvi + 304 p.

BUHMANN (K.), « Regulating Corporate Social and Human Rights Responsibilities at the UN Plane: Institutionalising New Forms of Law and Law-Making Approaches? », *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, 2009, pp. 1-52.

CICR, *Business and International Humanitarian Law – An Introduction to the Rights and Obligations of Business Enterprises Under International Humanitarian Law*, 2006, 26 p. [[http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0882/\\$File/ICRC_002_0882.PDF](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0882/$File/ICRC_002_0882.PDF)].

DE SCHUTTER (O.), *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Background Paper, Décembre 2006, 52 p. [<http://www.reports-and-materials.org/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>].

EarthRights International, *The International Law Standard for Corporate Aiding and Abetting Liability*, 2006, 18 p. [<http://www.earthrights.org/sites/default/files/publications/UNSRSG-aiding-and-abetting.pdf>]

GOWLLAND-DEBBAS (V.) (ed.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A comparative Study*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, x + 671 p.

HELGENSEN (M.), « War Zones and Grey Zones – Does Legal Liability of Companies Exist under the International Law of Armed Conflict? », *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 118, 2005, pp. 574-607.

International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability (Vol. II) Criminal Law and International Crimes*, 2008, 59 p. [http://www.icj.org/IMG/Volume_2.pdf].

International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability (Vol. III) Civil Remedies*, 2008, 57 p. [http://www.icj.org/IMG/Volume_3.pdf].

KEITNER (Ch. I.), « Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases », *Hastings Law Journal*, vol. 60, 2008, pp. 61-103.

KOH (H. H.), « Separating Myth From Reality About Corporate Responsibility Litigation », *Journal of International Economic Law*, vol. 7, 2004, pp. 263-274.

KYRIAKAKIS (J.), « Australian Prosecution of Corporations for International Crimes », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 809-826.

LEADER (D.), « Business and Human Rights – Time to Hold Companies to Account », *International Criminal Law Review*, vol. 8, 2008, pp. 447-462.

MONGELARD (E.), « Corporate Civil Liability for Violations of International Humanitarian Law », *R.I.C.R.*, vol. 88, 2006, pp. 665-691.

OECD & RAID, *Unanswered questions – Companies, conflict and the Democratic Republic of Congo*, avril 2004, 13 p. [http://www.raid-uk.org/docs/UN_Panel_DRC/Unanswered_Questions_ES.pdf].

RAMASASTRY (A.) & THOMPSON (R. C.), *Commerce, Crime and Conflict – Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law*, FAFO Report No. 536, 2006, 46 p. [<http://www.fafono/pub/rapp/536/536.pdf>].

RUGGIE (J. G.), « Business and Human Rights : The Evolving Agenda », *A.J.I.L.*, vol. 101, 2007, pp. 819-840.

SCHABAS (W. A.), « Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices », *R.I.C.R.*, vol. 83, 2001, pp. 439-459.

WANLESS (W. C.), « Corporate Liability for International Crimes under Canada's Crimes Against Humanity and War Crimes Act », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 201-221.

WEIGEND (T.), « Societas Delinquere non Potest? A German Perspective », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, pp. 927-945.

WEISSBRODT (D.) & KRUGER (M.), « Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights », *A.J.I.L.*, vol. 97, 2003, pp. 901-922.

LES SOCIÉTÉS MILITAIRES ET DE SÉCURITÉ PRIVÉES

FLORENCE PARODI¹

Résumé

Depuis les années 1990, les sociétés militaires et de sécurité privées se sont imposées à beaucoup de professionnels qui ont vocation à évoluer sur le théâtre d'hostilités. Outre les Etats et leurs armées, les organisations internationales, les organisations non gouvernementales, mais aussi les entreprises, ont eu l'occasion de côtoyer ces nouveaux acteurs, voire de travailler avec eux. Il importe donc dans ce rapport de préciser le statut de ces sociétés au regard de certaines règles de droit international. Il s'agit de souligner à partir des réponses réunies sur la base d'un questionnaire adressé à différents professionnels les difficultés à faire rentrer ces nouveaux acteurs dans un cadre juridique suffisamment effectif au regard de la particularité de leur activité, et voir dans quelle mesure certaines de ces difficultés peuvent être dépassées. L'objectif de ce rapport est en effet de fournir à travers des recommandations certains outils pour appréhender au mieux les sociétés militaires et de sécurité privées d'un point de vue juridique.

La question d'un encadrement juridique des sociétés militaires et de sécurité privées se pose au regard de l'objet de l'activité de ces nouveaux acteurs et de leur qualité de personnes privées. Ce rapport a pour but de préciser comment le droit appréhende le fait que des sociétés privées puissent être associées plus ou moins directement au maintien de l'ordre public et offrir dans ce cadre des prestations qui relèvent des prérogatives étatiques. Qu'une société ait pour mission de former une armée étrangère, de pourvoir à la sécurité de biens ou de zones stratégiques publics ou privés comme des installations pétrolières, elle peut en effet être amenée selon le contexte dans lequel elle intervient à faire usage de la force ou à exercer des mesures de contrainte à l'encontre de tiers. Ces sociétés participent donc à des missions qui relèvent des prérogatives de l'Etat sans être pour autant rattachées à la structure étatique. Il convient donc de voir quelles réponses le droit apporte, l'objectif étant d'identifier l'espace juridique dans lequel ces nouveaux acteurs peuvent évoluer. Il s'agit de déterminer le statut de ces sociétés en droit international et de préciser notamment en quoi leur activité peut être illicite.

Méthodologie

Ce rapport fait suite à des consultations réalisées auprès de différents praticiens intéressés par le phénomène des sociétés militaires et de sécurité privées. Il est le fruit d'une analyse des réponses qu'ont apportées certains d'entre eux sur la base du questionnaire qui leur a été soumis.

La liste des praticiens contactés est la suivante : le Ministère français de la défense ; le Ministère français des Affaires étrangères ; le Ministère suisse des affaires étrangères ; le Foreign Office britannique ; la Commission européenne ; le groupe de travail des Nations unies en charge du dossier sur les mercenaires et les sociétés militaires et de sécurité privées au sein du Conseil des droits de l'homme ; le Comité international de la Croix-Rouge ; les O.N.G. Oxfam France, Survie, Amnesty International, International Alert, Human Rights First ; les sociétés privées Geos, Secopex, Dyncorp,

¹ Docteur en droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Canpro ; la société Défense Conseil International ; les associations British association of private security companies (BAPSC) et International Peace Operation Association (IPOA) ; le Center for Constitutional Rights ; Philippe Chapleau, en sa qualité de journaliste à Ovest-France et spécialiste de la question du mercenariat et des sociétés militaires et de sécurité privées ; et Xavier Renou auteur d'un ouvrage sur le sujet des sociétés privées.

Ont répondu au questionnaire : le Ministère suisse des affaires étrangères ; le groupe de travail des Nations unies en charge du dossier sur les mercenaires et les sociétés militaires et de sécurité privées au sein du Conseil des droits de l'homme ; le Comité international de la Croix-Rouge ; Oxfam France ; la société Geos, Défense Conseil International, Canpro ; P. Chapleau ; X. Renou.

Ce rapport part du postulat selon lequel la distinction opérée traditionnellement entre société militaire et société de sécurité privée ne permet pas de fonder un quelconque régime d'interdiction. L'image de la société de sécurité qui offre des prestations passives, c'est-à-dire qui constitue une simple force dissuasive, ne résiste pas aux réalités du terrain, de même qu'une société militaire ne participe pas nécessairement directement à un conflit armé. Certaines sociétés militaires ont pour seule mission de ravitailler une armée, tandis qu'une société dite de sécurité peut être amenée à participer directement à un conflit dès lors qu'elle intervient dans un tel contexte et, qu'en outre, le bien dont elle a la garde devient un objectif militaire du fait des réalités du conflit. Il convient donc de dépasser cette approche binaire pour raisonner en termes de risques qui sont fonction du contexte dans lequel la société a vocation à intervenir. L'existence d'un conflit armé amènera par exemple à réagir en termes de participation directe à un conflit, de violations du droit international humanitaire, tandis qu'une situation de tensions ou de troubles internes pourra renvoyer à des violations de règles de droit international des droits de l'homme ou de violation du droit à l'autodétermination des peuples.

La première partie de ce rapport sera donc consacrée aux risques inhérents à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées. Il s'agira d'identifier l'espace juridique dans lequel ces sociétés peuvent évoluer et au-delà duquel leur activité est illicite au regard du droit international.

Cinq risques majeurs ressortent à cet égard de l'étude menée à travers les questionnaires :

- une hypothèse de mercenariat dès lors que l'activité de la société est constitutive d'une activité de mercenaire
- la perte du statut de civil dans l'hypothèse où un employé d'une société participerait directement en temps de conflit armé
- la violation de règles de droit international public qui renvoient à la souveraineté des Etats et à leur indépendance politique
- la violation de règles de droit international humanitaire en temps de conflit armé
- la violation de règles de droit international des droits de l'homme dans l'hypothèse d'un conflit, de tensions ou de troubles internes, et en temps de paix.

Au vu de ces risques, la deuxième partie de ce rapport sera consacrée à l'étude des régimes de responsabilité des différents protagonistes, Etats, sociétés, individus, qui peuvent être impliqués à titre principal ou secondaire dans la commission d'infractions.

A cet égard, il ressort de cette étude qu'une approche globale qui mêle à la fois une responsabilité internationale et une responsabilité en droit interne, et la mise en œuvre de la responsabilité des trois types de protagonistes (Etats, sociétés, et individus), permet de pallier des difficultés qui ont trait au caractère restreint du champ matériel de la responsabilité pénale internationale de l'individu, y compris du supérieur hiérarchique civil ; du champ restreint de la responsabilité internationale de l'Etat ; et du caractère encore naissant de la mise en œuvre dans l'ordre juridique interne des Etats de la responsabilité des sociétés en tant que personnes morales pour violation de règles tirées du droit international.

Chacune de ces deux parties fera l'objet de recommandations en fonction des points étudiés et des problèmes soulevés.

PARTIE I. QUEL CADRE JURIDIQUE POUR QUELLES ACTIVITES ? IDENTIFICATION DU STATUT DES SOCIETES MILITAIRES ET DE SECURITE PRIVEES EN DROIT INTERNATIONAL

Cette première partie retient les principaux risques inhérents à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées. Il s'agit de voir si le droit international pose certaines limites à l'activité de ces sociétés et plus précisément de voir si les cinq risques identifiés ci-dessus renvoient à des notions de droit dont l'applicabilité peut poser problème au regard des caractéristiques mêmes de l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées. Il conviendra donc de préciser le degré d'applicabilité des différentes règles de droit identifiées et de voir dans quelle mesure certaines difficultés peuvent être palliées.

A. Une condamnation en droit international de l'activité de mercenaire

1. Définition de la notion de mercenaire

Catégorie spécifique de volontaire international, le mercenaire est défini en droit international comme tout individu « dont l'engagement volontaire et personnel dans une force armée comporte certains éléments de caractère étranger »².

La **Convention onusienne contre le recrutement, l'utilisation, le financement, et l'instruction de mercenaires** de 1989 précise que le mercenaire s'entend de toute personne :

« a) [q]ui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ;

b) [q]ui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement

² Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1948*, CICR, Genève, Leiden, M. Nijhoff, 1986, p. 587.

supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette partie ;
c) [q]ui n'est ni ressortissante d'une partie au conflit, ni résidente du territoire contrôlé par une partie au conflit ;
d) [q]ui n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit ; et
e) [q]ui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État »³.

On retrouve une même définition dans la **Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat**, (Libreville, 3 juillet 1977, entrée en vigueur le 22 avril 1985)⁴.

Quant à l'article 47 du **Protocole additionnel I du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux**, il reprend la même définition à ceci près qu'il ne fait pas référence à l'hypothèse d'un acte concerté de violence⁵. Il convient en outre de préciser que cet article 47 n'a aucune propension à incriminer les actes des mercenaires. L'objet de cet article est de supprimer le statut de combattant et de prisonnier de guerre à un mercenaire, mais nullement d'incriminer cette activité ce qui explique l'exigence des critères cumulatifs qui doivent être réunis.

Le mercenaire se caractérise ainsi principalement par le fait qu'il prend part à des combats, et ce au vu de la promesse d'un gain⁶. Cette définition ne couvre donc pas l'activité de toutes les sociétés privées. Certaines sociétés présentent toutefois les caractéristiques générales ci-dessus énoncées.

- Certaines sociétés sont en effet spécialement recrutées pour intervenir dans une zone de conflit.

³ Convention dite des Nations unies, adoptée par la 6^e commission lors de la 44^e session de l'A.G. par consensus, le 4 décembre 1989. Elle est rentrée en vigueur le 20 octobre 2001. Sont parties à cette Convention les Etats suivants: l'Arabie saoudite, l'Azerbaïdjan, la Barbade, le Belarus, la Belgique, le Cameroun, la Chypre, le Costa Rica, la Croatie, Cuba, la Géorgie, la Guinée, le Honduras, l'Italie, la Jamahiriya arabe libyenne, le Libéria, les Maldives, le Mali, la Mauritanie, Moldova, la Nouvelle Zélande, l'Ouzbékistan, le Pérou, le Qatar, le Sénégal, les Seychelles, le Suriname, la république arabe Syrienne, le Togo, le Turkménistan, l'Ukraine, et l'Uruguay. Dix Etats ont signé mais ne l'ont pas encore ratifiée: l'Allemagne, l'Angola, le Congo, le Maroc, le Monténégro, le Nigeria, la Pologne, la République démocratique du Congo, la Roumanie, et la Serbie.

⁴ L'article 1 définit le mercenaire comme toute personne : « a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ; b) qui en fait prend une part directe aux hostilités ; c) qui prend part aux hostilités en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle ; d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ; e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ; et f) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat ».

⁵ Il est indiqué que :

« 1. Un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre.

2. Le terme "mercenaire" s'entend de toute personne : a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ; b) qui en fait prend une part directe aux hostilités ; c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ; d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ; e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ; et f) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat ».

⁶ « Les mobiles qui poussent un individu à s'engager dans une force étrangère sont [en réalité] variables : l'argent, l'esprit de "baroud", le goût de l'aventure, la fuite psychologique, les instincts de destruction, l'idéalisme politique peuvent être énumérés sans qu'il soit toujours facile de déterminer la motivation déterminante », E. DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles, U.L.B., 1978, p. 3.

- Elles peuvent en outre participer directement aux hostilités dans la mesure où elles s'engagent directement dans le combat ; et même si d'autres se contentent de fournir des services non-combattants ou des missions de sécurité, la situation peut rapidement changer et les amener à prendre part aux combats.
- On peut par ailleurs relever que toutes ces sociétés poursuivent un but lucratif.
- Quant au caractère d'extranéité posé par l'alinéa c), plusieurs cas de figure peuvent se poser selon que l'on retient la nationalité des employés de la société privée, ou le fait qu'ils sont employés par une société qui est ressortissante d'un Etat autre que celui objet de l'intervention.

Il convient donc de voir plus précisément dans quelle mesure l'activité de ces sociétés peut être qualifiée d'activité de mercenaire.

2. Mesure du degré d'applicabilité de la notion de mercenaire aux SMP/SSP

2.1. Les critères intrinsèques à l'individu

Un **recrutement spécifique**. Le mercenaire est décrit comme s'entendant « de toute personne qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger [...] »⁷. Selon E. David⁸, on doit pouvoir identifier « une opération spécifique de recrutement », et ce « pour un conflit particulier », ou un acte concerté de violence si on se réfère à la Convention onusienne. Le mercenaire s'entend donc, à la lecture de ce critère, de l'individu qui participe ponctuellement ou occasionnellement à une mission et qui est spécialement recruté à cette fin⁹. Sont ainsi exclus de cette définition les individus qui seraient recrutés durablement pour exercer de façon indifférenciée les missions que leurs employeurs se verraient confier¹⁰.

La **nationalité tierce de l'individu**. L'article 47 du Protocole (I) additionnel¹¹ et les articles 1 de la Convention de l'O.N.U.¹² et de l'O.U.A.¹³ définissent tous le mercenaire comme n'étant ni ressortissant de l'une des parties au conflit ou de l'Etat objet de l'acte concerté de violence, ni résident d'un tel Etat ou du territoire contrôlé par l'une des parties au conflit. Un véritable consensus existe donc autour de ce critère car le but est de protéger les opposants politiques et membres de mouvements de libération nationale.

⁷ Critère commun à l'article 47 du Protocole (I) additionnel, à l'article 1 § 1 de la Convention onusienne et de la Convention de l'O.U.A.

⁸ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 3^e ed., Bruxelles, Bruylant, 2002, p.450.

⁹ Dans l'hypothèse d'un conflit armé, « [c]ette condition exclut [ainsi] les volontaires qui prennent du service à titre permanent ou durable dans une armée étrangère, que ce soit à la suite d'un engagement purement individuel (Légion étrangère française, Tercio espagnol) ou d'un arrangement conclu par leurs autorités nationales (Ghurkhas népalais en Inde, par exemple, Gardes suisses du Vatican). », Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (ed. et dir.), *op. cit.* note 2, p. 588, § 1805.

¹⁰ J. TERCINET explique ainsi que « [...] l'engagement de longue durée voire permanent, tend à conférer au combattant un statut légal de membre des forces armées », « Les mercenaires et le droit international », *A.F.D.I.*, 1977, vol.23, p. 274.

¹¹ Article 47, § 2 d), « Ne pas être ressortissant d'une Partie au conflit ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ».

¹² Article 1, § 1 c), « Qui n'est ni ressortissante d'une partie au conflit, ni résidente du territoire contrôlé par une partie au conflit; » et article 1, § 2 c), « Qui n'est ni ressortissante ni résidente de l'Etat contre lequel un tel acte est dirigé ».

¹³ Article 1, § 1 d) « Qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ».

La **non-incorporation dans une force armée partie ou tierce**. L'article 47 du Protocole (I) additionnel¹⁴ et les Conventions de l'O.U.A.¹⁵ et de l'O.N.U.¹⁶ mentionnent tous que le mercenaire s'entend de l'individu qui n'est pas membre des forces armées de l'une des parties au conflit. Le but de ce critère est d'exclure de la définition de mercenaire l'individu qui, tout en étant membre de l'une des parties au conflit, n'aurait pas forcément la nationalité de cet Etat. Il en va ainsi des membres de la Légion étrangère française, du Tercio espagnol ou encore des Gurkhas népalais en Inde et des Gardes suisses du Vatican. Le mercenaire doit donc uniquement s'entendre de l'individu qui est étranger au conflit ou à l'acte concerté de violence pour lequel il aurait été spécialement recruté.

Un **individu non envoyé en mission officielle en tant que membres des forces armées**. L'individu ne doit pas avoir été envoyé en mission officielle par un Etat tiers en tant que membre de ses forces armées¹⁷. Si les employés d'une société, par exemple envoyée par la France, en tant qu'Etat tiers à la crise irakienne, sont recrutés pour participer directement aux hostilités en Irak, ils ne recouvreront pas la qualification de mercenaires, si tant est qu'ils aient été envoyés dans le cadre d'une mission officielle, en tant que membres des forces armées françaises. Ce critère s'explique par le fait que la mission de tels individus est parfaitement identifiable pour le reste de la communauté internationale dans la mesure où ils sont envoyés à titre officiel par un Etat tiers, en tant que membres de son armée, ce qui n'est pas le cas des individus envoyés à titre officieux dans le cadre d'une politique qui reste obscure, et qui peut donc très bien s'apparenter à une politique de mercenariat.

2.2. Le critère de la participation directe à un conflit armé ou à un acte concerté de violence, un critère clé

L'interprétation de la notion de participation directe reste un exercice difficile, qui est exacerbé par les caractéristiques des missions des sociétés militaires et de sécurité privées. Il convient donc de voir dans quelle mesure la participation d'employés d'une société à un conflit ou à un acte concerté de violence peut effectivement être qualifiée de participation directe.

- Un **rôle clé** : La notion de participation directe joue un rôle clé dans la définition du mercenaire. Peut en effet être qualifié comme tel uniquement l'individu qui participerait directement à un conflit armé ou à un acte concerté de violence. On trouve ce critère constitutif à l'article 47 du Protocole (I) additionnel¹⁸ et à l'article 1, §1 (b) de la Convention de l'O.U.A.¹⁹. Quant à la Convention onusienne,

¹⁴ Article 47, § 2, e), le mercenaire s'entend de l'individu « *qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit* ».

¹⁵ Article 1, § 1, e), le mercenaire s'entend de l'individu « *qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit* ».

¹⁶ Article 1, § 1, d), dans l'hypothèse d'un conflit armé, le mercenaire s'entend de l'individu « *Qui n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit* », et dans l'hypothèse d'un acte concerté de violence, article 1, § 2, e), de l'individu « *Qui n'est pas membre des forces armées de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a eu lieu* ».

¹⁷ Le mercenaire s'entend de l'individu « *qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat* », article 47 du Protocole (I) additionnel, §2, f) ; « *Qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat* », Convention onusienne, article 1, § 1, e), ou, §2, d), « *Qui n'a pas été envoyée par un Etat en mission officielle* » ; et enfin, « *qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat* », Convention de l'O.U.A., article 1, § 1, f).

¹⁸ Article 47, § 2, b) qui définit le mercenaire comme l'individu « *qui en fait prend une part directe aux hostilités* ».

¹⁹ « *Le terme "mercenaire" s'entend de toute personne : b) qui en fait prend une part directe aux hostilités ;* ».

si elle ne précise pas, en son article premier²⁰, que la participation d'un individu à un conflit armé ou à un acte concerté de violence doit être directe, c'est uniquement afin de considérer que les personnes qui ont recruté, utilisé, financé ou instruit des mercenaires sont coupables de ces infractions, même si, dans les faits, les individus n'ont pas encore pris une part effective à l'acte concerté de violence ou au conflit armé²¹.

- **Objet de ce critère** : L'objet de ce critère est en fait d'exclure du champ d'application de la notion de mercenaire les conseillers et techniciens militaires ou tout autre expert militaire qui pourrait avoir vocation à intervenir sur le théâtre d'un conflit armé ou d'un acte concerté de violence.

- **Définition** : La notion de participation directe renvoie à l'existence d'un « lien direct de cause à effet entre l'activité exercée et les coups qui sont portés à l'ennemi, au moment où cette activité s'exerce et là où elle s'exerce »²². Outre l'existence d'un cadre spatio-temporel précis, l'activité en cause doit donc avoir un impact direct sur l'ennemi.

- **Problème en termes d'applicabilité**. C'est l'interprétation de ce lien de cause à effet qui peut poser problème car l'impact des coups portés à l'ennemi est plus ou moins direct, immédiat. D'où la question de savoir : quel degré d'implication est nécessaire afin de conclure à une participation directe ?

- **Recommandation** : Cette difficulté ressort de la majorité des questionnaires retournés par les professionnels contactés dans le cadre du Projet MARS. L'analyse des exemples que plusieurs d'entre eux ont fournis en guise de réponse permet toutefois de parvenir à la solution suivante. L'aide pourrait être qualifiée de déterminante et donc de participation directe à un conflit dès lors qu'elle supposerait une implication spécifique dans l'analyse du déroulement du conflit et la conduite des opérations. A partir du moment où l'aide a été définie en fonction des modalités spécifiques du conflit armé dans lequel l'Etat cocontractant est partie, on pourrait en effet conclure à l'existence d'un lien de cause à effet entre l'aide et les coups portés à l'ennemi.

Exemples : Une telle interprétation permettrait d'exclure du champ d'application de la notion de participation directe le fait pour un individu de conduire un véhicule rempli de munitions. Cet acte est en effet interchangeable, il ne suppose pas de la part du conducteur une analyse spécifique des modalités propres du conflit en cours. Son implication est donc trop restreinte pour que l'on puisse qualifier sa mission de participation directe.

A l'inverse, les personnes qui participent à la planification des opérations, et qui gèrent notamment la répartition des armements selon la manière dont se déroule le conflit et la réussite de telles ou telles factions dans des zones déterminées et cartographiées, peuvent, dans les faits, être considérées comme participant directement au conflit. Il en est de même de l'aide apportée qui consisterait à enseigner les techniques de piégeage et de minage, en suggérant les emplacements les plus appropriés.

²⁰ L'article 1, § 1 b) définit en effet le mercenaire comme l'individu « *Qui prend part aux hostilités [...]* ». Quant au §2, il spécifie uniquement que la personne doit avoir été « *[...] spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour prendre part à un acte concerté de violence* ».

²¹ Voir en ce sens T. TREVES, « La convention de 1989 sur les mercenaires », *A.F.D.I.*, 1990, vol.36, p. 529. Ainsi, l'auteur souligne que l'article 3 § 1 de la Convention précise que la participation doit être directe. Selon cet article, l'individu commet en effet une infraction au sens de l'article 1^{er} de la Convention uniquement s'il « *[...] prend une part directe à des hostilités ou à un acte concerté de violence [...]* ». Le groupe de travail onusien de la Commission des droits de l'homme explique ainsi que « *Indeed, it was decided to delete the "direct participation" in hostilities from the definition so as not to link the prosecution of those committing the second type of offence, i.e. the recruitment of mercenaries, to their active participation in combat* », E/CN.4/2001/18, p. 8, § 34.

²² Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (ed. et dir.), *op. cit.* note 2, p.522.

Le cas spécifique des sociétés de sécurité privées

L'interprétation des missions défensives peut a priori poser des difficultés. Il n'est pas évident en effet de déterminer à partir de quand la défense d'un bien, d'une zone, ou d'une personne peut être constitutive d'une participation directe au conflit dans l'hypothèse où la société interviendrait dans un tel contexte.

- **Recommandation** : La nature stratégique des biens ou d'une zone permet d'élargir le champ d'application de la notion de participation directe. Déterminer en quoi faire usage de la force à titre défensif peut être constitutif d'une participation directe suppose en effet de considérer que cet usage sert, dans les faits, l'une des parties au conflit, ce qui renvoie à la notion d'objectif militaire en droit international humanitaire, c'est-à-dire les biens « [...] qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »²³. Il est à noter que cette interprétation vaut pour les actes offensifs comme les actes défensifs. La notion d'attaque « [...] s'entend [en effet] des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs »²⁴. Protéger un tel bien peut donc être constitutif, dans l'hypothèse d'un conflit armé international, mais aussi d'un conflit interne²⁵, d'une participation directe dans la mesure où, en faisant usage de la force, l'employé d'une société militaire et de sécurité privée contribue en fait à l'effort de guerre.

Conclusion :

Le caractère cumulatif des critères constitutifs de la notion de mercenaire empêche de qualifier automatiquement les employés des sociétés militaires et de sécurité privées de mercenaires. La notion de mercenaire dispose d'un champ d'application étroit. Son applicabilité à l'activité de ces sociétés est donc très limitée.

L'applicabilité de cette notion aux sociétés est d'autant plus restreinte que la notion de participation directe est difficile à interpréter. La définition dégagée précédemment d'une aide qui serait fonction des modalités du conflit et l'interprétation spécifique qu'il convient d'adopter en cas de missions dites de sécurité devraient toutefois permettre d'interpréter l'activité de certaines sociétés militaires et de sécurité privées dans le sens d'une participation directe ou indirecte.

B. Une condamnation de toute participation directe à un conflit armé par la perte du statut protecteur de civil en droit international humanitaire

Le rôle d'acteur que peuvent jouer les sociétés militaires et de sécurité privées sur le théâtre de conflits armés oblige à se poser, outre la question d'une nouvelle forme de mercenariat, celle du statut des employés de ces sociétés. Sans participer directement à un conflit armé, ils peuvent en effet être amenés à évoluer sur de tels théâtres. Il est donc nécessaire de savoir s'ils endossent en droit international humanitaire le statut protecteur de civil, de combattant, ou de prisonnier de guerre.

²³ Protocole (I) additionnel, article 52, § 2.

²⁴ Protocole (I) additionnel, article 49, § 1.

²⁵ J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier. Volume I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 34. La règle relative à la distinction entre biens de caractère civil et objectif militaire est en effet « [...] une norme de droit international coutumier applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux ».

1. L'octroi du statut de combattant aux employés des SMP/SSP

Les employés des sociétés militaires et de sécurité privées peuvent revêtir le statut de combattant à deux titres :

- en tant que membres des forces armées, article 4 A, § 1 de la Convention III de Genève
- ou en tant que membres de milices ou de corps de volontaires,

Au regard d'analyses faites par le C.I.C.R. et d'études menées par des O.N.G. auprès des populations civiles il apparaît toutefois que la probabilité est faible qu'ils revêtent l'un de ces deux statuts.

L'étroitesse du statut de membre des forces armées au vu des caractéristiques des SMP/SSP

Définition : le combattant s'entend notamment des « [...] membres des forces armées d'une Partie au conflit [...] »²⁶. Plus spécifiquement, pour qu'un individu puisse être qualifié de membre d'une force armée, celui-ci doit être placé « sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie [...] »²⁷. S'il revient aux Etats de décider par quel moyen ils entendent incorporer des individus à leur force armée, cette incorporation doit donc avoir pour résultat d'intégrer l'individu à la chaîne de commandement militaire.

Problème en termes d'applicabilité : il apparaît que les Etats qui ont eu recours à ces acteurs privés n'ont pas, pour la plupart, procédé à une telle intégration. L'analyse de droit comparé que l'auteur a menée dans le cadre d'une thèse en droit international public montre en effet que les employés restent dans la majorité des cas en dehors de la structure militaire²⁸.

L'étroitesse du statut de membres de milices ou de corps de volontaires au vu des caractéristiques des SMP/SSP

Définition : Peuvent aussi se voir reconnaître le statut de combattant « les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires [...] appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire [...] »²⁹. Cet article permet de prendre en compte les groupes armés qui, bien qu'indépendants des forces armées, combattraient à leurs côtés.

Problème en termes d'applicabilité : Pour revêtir le statut de combattant, les membres des milices et corps volontaires doivent toutefois remplir quatre conditions cumulatives. Or, il est peu probable que la majorité des employés des sociétés militaires et de sécurité privées remplissent effectivement ces quatre conditions. S'ils doivent en effet porter ouvertement leurs armes, et se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre, ils doivent en outre avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, et avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés. Or, concernant ces deux dernières conditions, il semblerait que peu d'employés de sociétés les respectent. Seule une minorité d'entre eux porte en effet un uniforme, au point que les populations civiles s'en sont plaintes³⁰. Par ailleurs, il semblerait que peu de sociétés constituent des

²⁶ Convention III de Genève, article 4 A, § 1.

²⁷ Protocole (I) additionnel, article 43, § 1.

²⁸ F. PARODI, *Les sociétés militaires et de sécurité privées en droit international et droit comparé*, Thèse de droit menée sous la direction de M. le Professeur H. Ascensio, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2009, 484 p..

²⁹ Convention III de Genève, article 4 A, § 2.

³⁰ « *The fact that not all PSC staff wear clearly identifiable uniforms or IDs badges makes it difficult to identify and thus monitor them. While some do wear visible company logos on hats, T-shirts or even uniforms, others wear civilian clothing*

groupes structurés³¹. On peut donc penser que, si certains employés de sociétés peuvent être vus comme membres de milices ou de corps de volontaires, et donc jouir du statut de combattant, cela ne concerne qu'une faible minorité d'entre eux³².

2. L'octroi du statut spécifique de civil accompagnant les forces armées

L'article 4 A § 4 de la Convention III de Genève³³ renvoie à une catégorie spécifique de personnes, les civils qui accompagnent les forces armées.

Définition : il est prévu que « [l]es personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie [...] » peuvent relever de cette catégorie de personnes « [...] à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent ».

Applicabilité aux employés des SMP/SSP/ Recommandation : pour permettre l'applicabilité de ce statut protecteur aux employés des sociétés, il est intéressant de raisonner dans les termes suivants : si le contrat prévoit que de telles personnes doivent venir en soutien à la force armée, cette condition est implicitement remplie³⁴.

Conséquence en termes de protection : conjugué à l'article 50 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, cet article 4 A § 4 de la Convention III de Genève permet de reconnaître le statut de civils aux employés des sociétés militaires et de sécurité privées. A contrario, dans l'hypothèse où, malgré son statut de civil qui ne fait qu'accompagner une force armée, un civil participait directement au conflit armé en cours, il perdra³⁵ l'immunité dont il bénéficie. Il pourra en effet faire l'objet d'attaques armées pendant toute la durée de sa participation au conflit. En outre, cet individu pourra perdre le statut de prisonnier de guerre dont il jouit en tant que civil qui accompagne les forces armées en vertu de l'article 4 A § 4. La perte du statut de prisonnier de guerre signifie que les employés des sociétés militaires et de sécurité privées pourront être jugés pour leur participation aux hostilités, pour meurtre par exemple, en vertu du droit national de l'Etat objet du conflit armé.

Conclusion :

- A. Les caractéristiques des sociétés militaires et de sécurité privées empêchent dans la majorité des cas de reconnaître aux employés le statut de combattant. Les conditions

and do not display company identification at all », L. RIMLI, S. SCHMEIDL, *Private Security Companies and Local Populations. An exploratory study of Afghanistan and Angola*, Swiss Peace, novembre 2007, p. 19. Un même constat a été fait par le Groupe de travail onusien lors de sa visite en Afghanistan en avril 2009. Il a souligné que « *la prolifération des gardes armés privés ne crée pas un sentiment de sécurité dans la population afghane; au contraire, ce déploiement d'individus armés, de véhicules militarisés et d'armes en tout genre crée un climat de peur et d'insécurité. La plupart des organisations non gouvernementales ont souligné qu'il était difficile pour les citoyens afghans de faire la distinction entre les soldats de la communauté internationale et les employés des sociétés de sécurité internationales ou locales* », A/64/311, p. 12, § 29.

³¹ Voir en ce sens l'article de M. N. SCHMITT, « Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees », *Chicago Journal of International Law*, janvier 2005, Vol. 5, p. 526.

³² Il est vraisemblable que ce statut puisse toutefois être reconnu aux employés dont les sociétés ont été recrutées par les Etats ne disposant pas d'une armée suffisante, à titre complémentaire, sans qu'ils aient été pour autant incorporés aux forces armées nationales.

³³ Cet article dispose que « *[l]es personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent, celles-ci étant tenues de leur délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé* ».

³⁴ Voir en ce sens F. PARODI, *op. cit.* note 28, pp. 188-189.

³⁵ Protocole additionnel I, Article 51, § 3 ; « *Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation* ».

constitutives du statut de membres des forces armées et de milices ou corps de volontaires sont trop strictes et ne permettent pas une interprétation souple.

- B. Le statut de civil accompagnant les forces armées peut être conféré aux employés des SMP/SSP en temps de conflit armé dès lors que l'on interprète souplesment la condition selon laquelle les forces armées doivent les y avoir autorisés. Le contrat fait en effet alors office d'autorisation.
- C. Le statut de civil accompagnant les forces armées permet de condamner indirectement toute participation directe à un conflit armé par un employé d'une société, en dehors de l'hypothèse très restrictive du mercenariat. Cette condamnation reste toutefois subordonnée à la notion de participation directe dont le champ d'application est incertain. L'interprétation retenue précédemment au titre de l'applicabilité de la notion de mercenaire aux employés des sociétés devrait néanmoins permettre de pallier certaines difficultés.

De façon plus générale, cette première partie permet de voir que les sociétés militaires et de sécurité privées peuvent évoluer dans un espace juridique relativement conséquent dans lequel elles trouvent à développer leur activité. La condamnation en droit international de l'activité de mercenaire ne permet pas en effet d'appréhender de façon exhaustive le phénomène des sociétés militaires et de sécurité privées. Bien que leur activité puisse être qualifiée sous certaines conditions d'activité de mercenaire, le champ d'application de cette notion reste restreint en droit international, en dépit d'une interprétation extensive de la notion de participation directe qui permet de préciser ses contours.

La perte du statut de civil en droit international humanitaire est en revanche plus satisfaisante en termes d'encadrement juridique de l'activité de ces acteurs privés. Elle permet de condamner indirectement toute participation directe par un employé à un conflit armé sans que cette condamnation ne soit soumise à la réunion d'autres conditions cumulatives à l'instar de l'infraction de mercenaire. Cette condamnation ne vaut cependant qu'en cas de conflit armé. Elle ne traduit donc pas tous les risques que peut engendrer l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées notamment en temps de paix et de troubles et de tensions internes.

Le droit international pose toutefois d'autres limites à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées au regard de certaines règles de droit international pénal, de droit international des droits de l'homme, et de règles qui touchent à la souveraineté des Etats. La deuxième partie consacrée à l'analyse des conditions nécessaires à la mise en œuvre de leur responsabilité de l'Etat, des employés et des sociétés sera l'occasion de préciser certaines d'entre elles.

PARTIE II. QUEL REGIME DE RESPONSABILITE POUR QUI ? ETAT, EMPLOYES, ET/OU SOCIETES ? ETUDE DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DES DIFFERENTS PROTAGONISTES QUI EVOLUENT AUTOUR DES SMP/SSP ET DES SOCIETES

Trois protagonistes peuvent voir leur responsabilité engagée à l'occasion de l'exercice par une société de son activité : l'Etat, et notamment l'Etat qui recrute la société, ci-après dénommé Etat cocontractant ; les employés de la société ; et la société elle-même, en tant que personne morale.

La mise en œuvre de leur responsabilité comporte toutefois des difficultés qui ont été évoquées par plusieurs professionnels dans les questionnaires auxquels ils ont accepté de répondre. Elles touchent tant à la mise en œuvre d'une responsabilité internationale, qu'à une responsabilité engagée au niveau interne. Il convient donc de voir quels obstacles peuvent empêcher ou, du moins, limiter la mise en œuvre de la responsabilité de ces différents acteurs et de juger ainsi de l'effectivité de l'encadrement juridique des sociétés militaires et de sécurité privées.

A. Obstacles à la mise en œuvre d'une responsabilité internationale

Seuls les Etats et les individus peuvent voir engager leur responsabilité internationale entendue au sens strict. Les sociétés ne sont pas en effet destinataires de normes de droit international et aucune juridiction internationale n'est compétente à leur égard. Il convient donc de se pencher dans ce premier paragraphe sur les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat cocontractant et des employés des sociétés en tant que principaux protagonistes.

1. De l'Etat

L'Etat cocontractant peut voir sa responsabilité engagée si la mission qu'il confie à une société est en fait constitutive d'une violation d'une de ses obligations de droit international. Deux obstacles freinent toutefois l'emploi de ce mécanisme de droit comme moyen d'encadrer de façon effective l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées.

Un champ matériel très restreint : les obligations de droit qui incombent aux Etats ne posent que certaines limites à l'activité des sociétés.

- Dans l'hypothèse où la société recourrait à l'usage de la force contre un Etat tiers, notamment dans le cadre d'une occupation armée, l'article 2 § 4 de la Charte des Nations unies peut jouer ;
- Le principe de non-intervention pose une autre limite à toute activité qui aurait pour but d'empêcher un Etat de choisir librement son « [...] système politique, économique, social et culturel et la formulation des relations extérieures »³⁶. Ce principe peut être intéressant dans une hypothèse de mercenariat. Il sera toutefois difficile de l'appliquer à des missions moins lisibles que cette hypothèse spécifique. Tel sera le cas si un Etat délègue la formation d'une armée étrangère à une société privée et que, ce faisant, il désire garder une mainmise sur cet Etat. Peut-on parler de contrainte, de violation du principe de non-intervention dans cette hypothèse ?
- Un autre principe permettra dans une hypothèse encore plus limitée de restreindre la capacité d'un Etat à recourir à une société privée. Il s'agit du principe d'autodétermination qui renvoie au droit des peuples à maintenir leur indépendance politique³⁷.

³⁶ C.I.J., *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, §205, p. 108.

³⁷ La Déclaration 2625 (XXV) affirme ainsi « [e]n vertu du principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social, et culturel, et tout Etat a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte [...] ».

Ces différents principes de droit ont donc une portée limitée au regard de la diversité de l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées. Le champ matériel de la responsabilité de l'Etat cocontractant est donc très relatif.

Un champ d'application *ratione personae* très restreint : une autre difficulté empêchera dans la majorité des cas la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat cocontractant. Il est difficile en effet de rattacher les actes d'une société à un Etat au regard des règles qui entourent la mise en œuvre de la responsabilité internationale des Etats pour faits illicites. Le Projet d'articles sur la responsabilité délictuelle des Etats tel qu'adopté en 2001³⁸ n'envisage la mise en œuvre de la responsabilité d'un Etat pour des faits commis par des individus uniquement s'ils peuvent être qualifiés d'agents de jure ou de facto de l'Etat, qualifications qui répondent à des conditions très strictes. Or, les sociétés privées ne peuvent que difficilement recouvrir l'une de ces deux qualifications :

- Les employés des sociétés ne peuvent être qualifiés la plupart du temps d'organes de l'Etat au sens de l'article 4 du Projet d'articles³⁹ car, comme nous l'avons vu, ils n'ont pas le statut de membres de forces armées ;
- Même si les sociétés peuvent être amenées à exercer des prérogatives de puissance publique, il est nécessaire, selon l'article 5 du Projet, qu'elles soient habilitées par le droit interne de l'Etat à exercer de telles tâches. Or, la plupart des Etats refusent de déléguer à des personnes privées toute mission qui nécessite une participation directe à des hostilités. Si certaines sociétés participent tout de même à un conflit, c'est du fait des réalités du terrain. Leur participation est d'ordre factuel. Les violations du droit commises dans ce cadre ne pourront donc pas être attribuées à l'Etat cocontractant sur la base du contrat à défaut de dispositions prévoyant la délégation d'activités de combat ;
- L'article 8 pourrait être plus satisfaisant car il renvoie aux individus qui, dans les faits, agissent pour le compte de l'Etat. Il reste que la Cour internationale de justice a empêché toute interprétation extensive de cette catégorie d'agent. La notion de contrôle effectif est en effet un critère clé pour déterminer si un individu est dans les faits un agent. Seuls les individus qui sont placés sous le contrôle effectif d'un Etat peuvent engager sa responsabilité. Or, dans l'affaire Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁴⁰, elle est revenue sur la première interprétation qu'elle avait dégagée dans l'affaire Nicaragua⁴¹ qui permettait d'interpréter souplesment ce critère. Elle se fonde sur l'existence d'une relation de totale dépendance pour préciser le lien qui doit unir l'Etat aux personnes privées. Les chances sont donc très minces de pouvoir qualifier un employé d'une société d'agent de l'Etat cocontractant et donc de rattacher les actes de cet employé à l'Etat afin d'engager sa responsabilité internationale⁴².

³⁸ C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, A/56/10, 53^e session, 23 Avril-1^{er} juin et 2 Juillet-10 Août 2001

³⁹ Voir en ce sens les conclusions auxquelles l'auteur parvient dans son étude de droit international et de droit comparé menée dans le cadre de sa thèse, *op. cit.* note 28, pp. 262 et ss..

⁴⁰ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 27 février 2007.

⁴¹ C.I.J., *affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, 1986.

⁴² Voir en ce sens les conclusions auxquelles est parvenue l'auteur dans sa thèse, *op. cit.* note 28, pp. 282 et ss..

2. Des employés

Un champ matériel restreint : outre la responsabilité internationale de l'Etat cocontractant, il est intéressant de voir dans quelle mesure la responsabilité des employés peut être engagée en droit international au regard de leur qualité d'acteurs principaux et donc d'auteurs premiers des violations de droit que pourrait commettre une société. Même si la mise en œuvre de la responsabilité pénale internationale de ces individus ne pose pas de difficultés majeures, il convient toutefois de préciser qu'elle ne permet pas une effectivité entière du cadre juridique qui entoure l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées. Le mécanisme de responsabilité pénale internationale des individus ne vaut en effet que vis-à-vis des crimes de droit international tels que codifiés dans le Statut de la Cour pénale internationale. La responsabilité d'un employé pourra donc être engagée que dans l'hypothèse où il aura commis ou participé à un crime de guerre, un crime contre l'humanité, ou au crime de génocide.

Le champ matériel de la responsabilité internationale des individus est donc restreint. Il se concentre autour de ces trois crimes et ne peut pas notamment inclure l'infraction de mercenaire.

B. Obstacles relatifs à la mise en œuvre d'une responsabilité dans l'ordre juridique interne des Etats

1. Des employés

En dehors d'une responsabilité internationale, il est possible d'engager la responsabilité des employés de sociétés militaires et de sécurité privées au niveau interne, dans l'ordre juridique interne des Etats. Cette forme de responsabilité bénéficie d'un champ matériel plus large, qui ne se limite pas aux trois crimes de droit international mais s'étend à tous les délits et crimes de droit commun contenus dans le droit interne de l'Etat. Il est donc nécessaire d'avoir une vision globale qui mêle à la fois responsabilité internationale et responsabilité interne.

Il reste que ce type de responsabilité comporte des obstacles qui tiennent à la compétence personnelle des juridictions internes. Un vide juridique peut en effet apparaître dans une hypothèse bien précise qui n'est pas une hypothèse d'école et qui se pose couramment, au point que plusieurs Etats sont en passe de modifier leur législation afin d'y remédier.

Identification du vide juridique. La situation est la suivante :

Dès lors que les employés ne sont pas les ressortissants de l'Etat cocontractant, les juridictions de cet Etat ne disposeront pas de la compétence personnelle active pour juger les crimes ou délits que commettraient ces employés.

Or, un vide juridique apparaît si :

- l'Etat objet de l'intervention (par exemple actuellement l'Irak)
- et l'Etat dont les employés sont ressortissants ne fait pas montre d'une grande volonté ou est dans l'incapacité d'engager la responsabilité des employés en raison notamment de l'immunité de juridiction dont ces derniers peuvent jouir.

Les théâtres irakien et afghan ont permis en effet de faire deux constats :

La majorité des employés des sociétés privées qui sont actuellement déployés en Irak et en Afghanistan n'ont pas la nationalité de l'Etat cocontractant. Ainsi, le Département de la défense américain a constaté que seuls 17% des contractors qui travaillent pour son compte sont des citoyens américains. Plusieurs nationalités sont représentées sur le théâtre irakien ; on compte notamment des ressortissants du Chili, des Fidji, du Népal, d'Afrique du Sud et du Royaume Uni. Par ailleurs, le groupe de travail des Nations unies en charge de la question des mercenaires a avancé les chiffres suivants en janvier 2008 : « 3 000 à 5 000 agents de sécurité américains, 7 000 à 10 000 expatriés (notamment australiens, britanniques, canadiens et sud-africains), 15 000 à 20000 ressortissants de pays tiers (Bulgarie, Colombie, Chili, El Salvador, Fédération de Russie, Fidji, Honduras, Népal, Pérou, Philippines, Roumanie, Ukraine et autres) et 25 000 à 30 000 irakiens »⁴³.

En outre, plusieurs Etats ont accordé l'immunité de juridiction aux employés des sociétés privées. Tel est le cas des Etats-Unis et du Royaume-Uni à travers le Coalition Provisional Order n° 17 de juin 2004⁴⁴.

Recommandation : pour pallier ce vide juridique, seules deux mesures permettront de lutter contre l'impunité des employés des sociétés militaires et de sécurité privées et donc d'assurer une certaine effectivité du cadre juridique qui régule l'activité de ces acteurs :

- le retrait de l'immunité accordée aux employés. C'est une des mesures qu'ont retenue plusieurs Etats face au vide juridique auquel ils ont dû faire face sur le théâtre irakien. Tel est notamment le cas de l'Irak, qui s'est fermement opposé au maintien d'une telle prérogative lorsque le mandat de l'Autorité provisoire de la coalition a expiré. L'accord conclu avec les Etats Unis en novembre 2008⁴⁵ affirme que « Iraq shall have primary right to exercise jurisdiction over United States contractors and United States contractor employees ».
- l'adoption de mesures législatives qui permettront d'étendre la compétence des juridictions aux employés des sociétés privées dès lors que la société travaille pour le compte de l'Etat. Il s'agirait ainsi de consacrer juridiquement la relation de fait qui existe entre l'Etat cocontractant et la société. Or, de la même façon, plusieurs Etats semblent s'orienter vers cette mesure⁴⁶. Tel est notamment le cas des Etats-Unis à travers le projet de loi M.E.J.A. Expansion and Enforcement Act de 2007⁴⁷.

2. Des sociétés en tant que personnes morales

Outre la responsabilité des employés, il est intéressant de voir dans une dernière section dans quelle mesure la responsabilité d'une société militaire ou de sécurité privée peut être engagée. Il s'agit d'un outil doublement utile :

Considérer la responsabilité des sociétés permet de prendre acte des décisions ou abstentions adoptées par les dirigeants des sociétés et voir ainsi que si les employés sont les exécutants directs

⁴³ A/HRC/7/7, 9 janvier 2001, p. 11-12, § 31.

⁴⁴ Coalition Provisional Authority, Order number 17, 17 juin 2004, section 4.

⁴⁵ *Agreement Between the United States of America and the Republic of Iraq On the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during Their Temporary Presence in Iraq*, 17 novembre 2008.

⁴⁶ Pour une analyse de droit comparé, voir la thèse de l'auteur, *op. cit.* note 28, pp. 214 et ss..

⁴⁷ *M.E.J.A. Expansion and enforcement Act of 2007*, H. R. 2740, 15 juin 2007.

d'une société, certaines violations de droit peuvent aussi découler plus ou moins directement de la conduite des dirigeants ou, plus généralement, de la politique de la société ou corporate culture.

Il s'agit en outre de chercher par là à pallier le caractère restreint du champ de la responsabilité des Etats et des employés qui se manifeste tant au niveau international qu'intérieur, et surtout à prendre acte de la réalité suivante : seuls 20% des contrats conclus par une société militaire ou de sécurité privée sont conclus avec des Etats. Mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat cocontractant est donc important, mais ne permet pas d'appréhender de façon exhaustive l'ensemble des contrats conclus par les sociétés militaires et de sécurité privées.

Il convient ainsi de voir dans quelle mesure la responsabilité d'une société peut être engagée en tant qu'auteur principal ou secondaire dans l'hypothèse où elle participerait à une violation de droit en en tirant profit. Nous répondrons ainsi à la demande adressée par différents professionnels quant à la possibilité d'engager la responsabilité de la société elle-même.

Un constat positif : un mouvement législatif au sein des Etats en faveur d'une mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales

Le constat est le suivant : de plus en plus d'Etats reconnaissent la responsabilité pénale des sociétés dans leurs codes pénaux⁴⁸. Tel est le cas des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne, du Canada, de la France, de la Suisse, de la Belgique, ou encore des Pays-Bas. De plus en plus d'Etats disposent par conséquent des outils nécessaires pour retenir la responsabilité des sociétés militaires et de sécurité privées.

Un constat en demi-teinte : un champ matériel qui reste restreint

On ne peut nier toutefois que la législation de ces Etats ne permet pas d'appréhender l'ensemble des risques liés à l'activité de ces acteurs privés. Certes, certains Etats prévoient qu'une personne morale peut voir engagée sa responsabilité pour violation d'une règle des droits de l'homme, voire de droit international humanitaire. Ces règles renvoient toutefois très souvent aux crimes de droit international qui sont d'application restreinte⁴⁹.

Peu d'Etats élargissent le champ matériel de la responsabilité pénale des sociétés à l'ensemble des règles de droit de l'homme, outre les crimes de droit international. Le champ matériel de la responsabilité des sociétés est donc restreint.

Recommandation : pour encadrer de façon effective les sociétés enregistrées sur son territoire, et empêcher qu'elles ne restent impunies alors qu'elles peuvent se rendre coupables de violations de droit de l'homme, les Etats doivent adopter les mesures législatives nécessaires pour élargir le champ matériel de la responsabilité de ces nouveaux acteurs à d'autres crimes que les crimes de droit international.

Un constat négatif : la difficulté à appréhender des faits qui se situent bien souvent à l'étranger

L'analyse de droit comparé du système législatif de plusieurs pays a montré que tous ne disposent pas d'une compétence extraterritoriale pour juger des faits commis par une société à l'étranger.

⁴⁸ Voir notamment en ce sens A. ESER, G. HEINE B. HUBER (ED.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg, Luscrim, 1999. En outre, pour une étude comparative, voir la thèse de l'auteur, *op. cit.* note 28, pp. 349 et ss..

⁴⁹ Pour une analyse plus poussée de la législation de ces Etats, voir de même la thèse de l'auteur, pp. 357 et ss..

De plus, la compétence extraterritoriale de ces pays renvoie la plupart du temps à une compétence universelle qui vaut principalement dans l'hypothèse de crimes de droit international. Tel est le cas de la France, de la Belgique, et des Pays-Bas.

Recommandation : il serait utile que les Etats élargissent le champ d'application matériel de leur compétence extraterritoriale à d'autres crimes que les crimes de droit international vis-à-vis des sociétés. On pense notamment à des crimes graves tels que le crime de torture. Certains Etats disposent ainsi des moyens juridiques pour poursuivre une société pour des actes de torture commis à l'étranger. Tel est le cas du Royaume-Uni, de la France, et des Etats-Unis.

Conclusion

Afin d'assurer l'effectivité des règles qui entourent l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées, il est important d'avoir une vision globale des différentes responsabilités qui peuvent découler de l'activité de ces acteurs. L'Etat cocontractant n'est pas le seul protagoniste à pouvoir voir sa responsabilité engagée, d'autant plus que 80% des contrats conclus par les sociétés sont conclus avec d'autres acteurs que des Etats. Il est donc important de tirer les conséquences juridiques des actes de deux autres types de protagonistes qui jouent tout autant un rôle important, à savoir : les sociétés elles-mêmes comme cocontractants, et les employés des sociétés en tant qu'exécutants directs des sociétés.

De la même façon, responsabilité internationale et responsabilité interne doivent être comprises comme deux outils complémentaires qui permettent de pallier les insuffisances que l'on a relevées en termes d'application matérielle et personnelle.

LA PROTECTION DES BIENS CULTURELS EN CAS DE CONFLIT ARME

LILIAN RICHIERI HANANIA¹

Résumé

La destruction des biens culturels lors des conflits armés est une grande menace pour la préservation du patrimoine culturel mondial. Ce rapport vise à présenter l'état du droit international en matière de protection des biens culturels en cas de conflit armé, ainsi qu'à identifier les principaux problèmes d'ordre pratique rencontrés lors de son application, afin de proposer des solutions et recommandations capables de promouvoir sa mise en œuvre de façon plus efficace.

La Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, adoptée à La Haye le 14 mai 1954 dans le cadre de l'UNESCO, a été le premier traité à vocation universelle exclusivement dédié à la question de la protection du patrimoine culturel lors d'un conflit armé. Elle a été accompagnée d'un Règlement d'exécution, d'un Protocole portant sur l'exportation de biens culturels des territoires occupés (Premier Protocole) et de trois Résolutions. Ses principales règles prévoient des mécanismes de protection des biens culturels, des mécanismes de suivi et de contrôle de leur mise en œuvre, ainsi que des dispositifs de coopération visant à soutenir cette protection. Afin d'adapter et de renforcer les dispositions de la Convention de 1954 face aux nouvelles formes de conflits, souvent à caractère interne et ethnique, le Deuxième Protocole est venu s'y ajouter en 1999. Le Protocole de 1999 vise à améliorer et à rendre plus efficace le système de protection établi par la Convention de 1954, en intégrant les dernières évolutions en matière de droit international humanitaire, droit international pénal et droit relatif à la protection du patrimoine culturel. Il s'applique tant aux conflits armés internationaux qu'aux conflits non internationaux.

Les principales difficultés d'application de ces instruments internationaux proviennent non seulement de leur non ratification par des Etats impliqués dans des conflits armés, mais aussi du manque de précision de certaines dispositions et de l'insuffisance de moyens pour les mettre en oeuvre. Afin de les surmonter, une large campagne en faveur de la ratification de ces textes et de la sensibilisation à leurs dispositions serait extrêmement utile. Il serait également recommandable d'encourager les initiatives de formation et les mesures de prévention, de renforcer les mécanismes de suivi et de contrôle de la mise en œuvre de ces textes, de promouvoir la responsabilité des auteurs d'infractions et, dans la mesure du possible à l'avenir, de développer des mécanismes de mise en œuvre davantage contraignants.

La destruction des biens culturels lors des conflits armés représente une grande menace pour la préservation du patrimoine culturel mondial. Si les vainqueurs des conflits se sont depuis l'Antiquité attaqués aux biens culturels de leur adversaire, cette destruction a été davantage dévastatrice depuis la Première Guerre mondiale. De plus, les années 80 et 90 ont été marquées par l'apparition de

¹ Docteur en droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

nouveaux types de conflits, souvent à fondement ethnique, où les belligérants voient dans les biens culturels une manière de détruire l'identité et les symboles du groupe ethnique rival.

Le droit international comprend des préoccupations de protection du patrimoine artistique et culturel des peuples depuis les XVI^e et XVII^e siècles, plusieurs traités de paix depuis la paix de Westphalie (1648) ayant d'ailleurs prévu des dispositions relatives aux biens culturels enlevés lors des conflits. La protection des biens culturels en cas de conflit armé a fait ensuite l'objet de nombreux instruments, nationaux et internationaux, qui ont progressivement constitué un noyau de règles de droit international coutumier, visant notamment le respect des biens culturels au cours d'opérations militaires et leur protection contre toute saisie, destruction, dégradation intentionnelle, vol, pillage, détournement ou acte de vandalisme. Il s'agit d'une protection qui s'approche sous certains aspects de celle accordée aux populations civiles en cas de conflit armé, et qui se distingue donc de celle accordée à d'autres objets civils, car réputée plus importante.

En examinant l'état du droit international en matière de protection des biens culturels en cas de conflit armé, ce rapport identifie les principaux problèmes d'ordre pratique rencontrés lors de l'application de ce droit, afin de proposer des solutions et recommandations capables de promouvoir sa mise en œuvre de manière plus efficace.

PARTIE I – LA PROTECTION PAR LE DROIT INTERNATIONAL DES BIENS CULTURELS EN CAS DE CONFLIT ARME

La protection des biens culturels en cas de conflit armé a été traitée par de nombreux instruments juridiques aux niveaux national et international, avant d'être accueillie en 1954 par la Convention de l'UNESCO pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (A). Ces textes ont conduit à la construction d'un ensemble de mécanismes de protection, qui ont récemment été perfectionnés par le Deuxième Protocole à la Convention de 1954 (B).

A. L'évolution de la protection par le droit international des biens culturels en cas de conflit armé

Parmi les textes fondateurs en matière de protection des biens culturels lors d'un conflit armé, les suivants méritent d'être soulignés :

Les Instructions de 1863 pour le comportement des armées des Etats-Unis d'Amérique en campagne, ou « Code Lieber », préparées par Francis Lieber et proclamées par Abraham Lincoln le 24 avril 1863 (Ordre général n° 100) et notamment ses articles 35 (protection des biens culturels contre tout dommage évitable), 36 (prohibition d'aliénation, d'appropriation privée, de destruction ou d'endommagement de ces biens) et 45 (exemption des biens culturels du régime traditionnel de capture et de butin) ;

La Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre de Bruxelles de 1874, qui prévoit la protection des églises et édifices artistiques, scientifiques et de bienfaisance en cas de sièges et bombardements (article 17) ;

Le Manuel des lois de la guerre sur terre de 1880, adopté par l'Institut de Droit international lors de sa session à Oxford, selon lequel « [e]n cas de bombardement, toutes les mesures nécessaires

doivent être prises pour épargner, si faire se peut, les édifices consacrés aux cultes, aux arts [...], à la condition qu'ils ne soient pas utilisés en même temps, directement ou indirectement, pour la défense » (article 34) ;

Les Règlements de La Haye de 1899 et de 1907 annexés aux Conventions II et IV de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, et notamment ses articles 27 (principe de l'immunité des biens culturels, même en cas de siège ou de bombardement) et 56 (prohibition et poursuite de tout acte de saisie, destruction ou dégradation intentionnelle). La portée du Règlement de 1907 annexé à la Convention IV a été renforcée en 1946 par le Tribunal militaire international de Nuremberg, qui l'a considéré comme reflétant le droit international coutumier, car comprenant des règles « admises par tous les Etats civilisés et regardées par eux comme l'expression codifiée des lois et coutumes de la guerre » ;

La Convention IX de La Haye de 1907 concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre, son article 5 prévoyant que devront être prises toutes les mesures nécessaires pour épargner les édifices de nature artistique, religieuse, scientifique, etc. ;

Les Règles de La Haye concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne de 1923, fixées par une Commission de Juristes en décembre 1922. L'article XXV établit que « [d]ans le bombardement par aéronef, toutes les mesures nécessaires doivent être prises par le commandant pour épargner, autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, [...], les monuments historiques [...], à condition que ces édifices, ces objectifs et ces places ne soient pas employés en même temps à des buts militaires ». L'article XXVI prévoit ensuite des règles spéciales pour une protection plus effective des « monuments d'une grande valeur historique », sous réserve qu'ils ne soient pas utilisés à des fins militaires et qu'un régime spécial soit accepté pour leur contrôle ; et

Le Pacte Roerich ou Traité pour la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques de Washington du 15 avril 1935, qui prévoit le respect et la protection des monuments historiques, des musées, des institutions scientifiques, artistiques, éducationnelles et culturelles, considérés comme neutres par les belligérants (article 1), sauf lorsqu'ils sont utilisés pour des fins militaires (article 5).

La Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, adoptée à La Haye le 14 mai 1954 dans le cadre de l'UNESCO, a été le premier traité à vocation universelle exclusivement dédié à la question de la protection du patrimoine culturel lors d'un conflit armé. Elle a été accompagnée d'un Règlement d'exécution, d'un Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (portant entre autres sur la restitution des biens culturels meubles des territoires occupés) et de trois Résolutions (les « Résolutions de la Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé »). Ses règles centrales portent sur des mécanismes de protection des « biens culturels » tels que définis à l'article 1², des mesures de

² La Convention de 1954 considère comme « biens culturels » : « (a) les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, tels que les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire, religieux ou laïques, les sites archéologiques, les ensembles de constructions qui, en tant que tels, présentent un intérêt historique ou artistique, les œuvres d'art, les manuscrits, livres et autres objets d'intérêt artistique, historique ou

sauvegarde, des mesures de précaution contre les effets des hostilités, des mécanismes de suivi de sa mise en œuvre, l'emploi d'un signe distinctif sur les biens culturels protégés et la répression des infractions contre les biens culturels.

A la suite des mouvements de décolonisation des années 60 et de la prise en compte de l'inadéquation des Conventions de Genève de 1949 pour traiter des nouvelles formes de conflit armé, deux Protocoles additionnels à ces conventions ont été adoptés en 1977. Le Protocole additionnel I, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, interdit à l'article 53 tout acte d'hostilité contre des monuments historiques, œuvres d'art ou lieux de culte constituant le patrimoine culturel ou spirituel des peuples, et prohibe d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire et de faire de ces biens l'objet de représailles. Le Protocole additionnel II, relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux, réitère cette prohibition en ce qui concerne ce dernier type de conflit (article 16).

La destruction intentionnelle des biens culturels est également sanctionnée par l'article 8.2 (b)(ix) et (e)(iv) du Statut de la Cour pénale internationale, en tant que crime de guerre. Par ailleurs, l'article 3(d) du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) sanctionne également la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré de certains édifices, dont ceux présentant une nature culturelle. Enfin, la Circulaire du Secrétaire général des Nations Unies du 6 août 1999 portant sur le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies leur interdit de lancer des attaques contre des biens constituant le patrimoine culturel et spirituel des peuples.

Afin d'adapter et de renforcer les dispositions de la Convention de 1954 face aux nouvelles formes de conflits, souvent à caractère interne et ethnique, le Deuxième Protocole est venu s'y ajouter en 1999. Ce Protocole vise à améliorer le système de protection établi par la Convention de 1954, en intégrant les dernières évolutions en matière de droit international humanitaire, droit international pénal et droit relatif à la protection du patrimoine culturel. Il s'applique tant aux conflits armés internationaux qu'aux conflits non internationaux et tant aux Etats parties au Deuxième Protocole qu'aux acteurs non étatiques impliqués dans de tels conflits (article 22). Il est à noter toutefois que le Deuxième Protocole ne peut s'appliquer à des « situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues » (article 22 (2)).

Ce Deuxième Protocole est un instrument complémentaire à la Convention de 1954. Adopté en 1999, il est entré en vigueur en 2004, ce qui rend encore délicat tout jugement sur son efficacité. Il n'a aujourd'hui que 55 Etats parties, tandis que la Convention lie 123 Etats³ et son Premier Protocole, 100 Etats. Par conséquent, le système de la Convention de 1954 est encore largement applicable et deux systèmes différents de protection existent simultanément : celui de base assuré par la Convention et celui du Deuxième Protocole, plus précis et qui a vocation à être plus efficace.

archéologique, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives ou de reproductions des biens définis ci-dessus ; (b) les édifices dont la destination principale et effective est de conserver ou d'exposer les biens culturels meubles définis à l'alinéa a), tels que les musées, les grandes bibliothèques, les dépôts d'archives, ainsi que les refuges destinés à abriter, en cas de conflit armé, les biens culturels meubles définis à l'alinéa a) ; (c) les centres comprenant un nombre considérable de biens culturels qui sont définis aux alinéas a) et b), dits « centres monumentaux » (article 1^{er}).

³ Les Etats-Unis l'ayant ratifiée le 13 mars 2009.

B. Les mécanismes institués par la Convention de 1954 et son Deuxième Protocole

La Convention et son Protocole de 1999 prévoient plusieurs mécanismes de protection des biens culturels (1), des mécanismes de suivi et de contrôle de la mise en oeuvre de cette protection (2), ainsi que des dispositifs de coopération visant à la soutenir (3).

1. La protection des biens culturels

La protection des biens culturels telle que prévue par la Convention de 1954 et son Deuxième Protocole s'articule autour de plusieurs mécanismes, relevant soit d'une protection générale, soit d'une protection différenciée et accrue, celle-ci prévue pour certains biens.

Les mécanismes de protection générale

La Convention de 1954 prévoit que « la protection des biens culturels comporte la sauvegarde et le respect de ces biens » (article 2). La sauvegarde des biens culturels est définie à l'article 3 : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à préparer, dès le temps de paix, la sauvegarde des biens culturels situés sur leur propre territoire contre les effets prévisibles d'un conflit armé, en prenant les mesures qu'elles estiment appropriées », tandis que l'article 4 impose le respect des biens culturels, ainsi compris comme l'interdiction de l'utilisation « de ces biens, celle de leurs dispositifs de protection et celle de leurs abords immédiats à des fins qui pourraient exposer ces biens à une destruction ou à une détérioration en cas de conflit armé » et l'abstention de « tout acte d'hostilité à leur égard ». Ces obligations ne sont écartées « que dans les cas où une nécessité militaire exige, d'une manière impérative, une telle dérogation ». Le respect pour des biens culturels lors des opérations militaires et l'interdiction d'attaque sauf en cas de nécessité militaire impérative peuvent être considérés comme des règles de droit coutumier (règle 38 du Customary International Humanitarian Law⁴ - CIHL). L'interdiction d'utilisation de biens d'une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples à des fins susceptibles de les exposer à la destruction ou au dommage est également considérée aujourd'hui comme étant une règle de droit international coutumier (règle 39 CIHL).

L'article 4 de la Convention prévoit en outre que les Parties s'engagent « à interdire, à prévenir et, au besoin, à faire cesser tout acte de vol, de pillage ou de détournement de biens culturels, pratiqué sous quelque forme que ce soit, ainsi que tout acte de vandalisme à l'égard desdits biens ». De plus, il leur est interdit de réquisitionner les biens culturels meubles situés sur le territoire d'une autre Haute Partie contractante et de prendre toute mesure de représailles à l'encontre des biens culturels.

Les mécanismes de sauvegarde des biens culturels en temps de paix sont nombreux. L'article 3 de la Convention de 1954 laisse aux Etats la discrétion pour déterminer les mesures qu'ils considèrent appropriées à cette fin. Le Deuxième Protocole apporte plus de précisions sur des mesures concrètes à son article 5. L'idée est de créer un système permanent de protection et de « monitoring » des biens culturels, qui serait également utile dans le cas des catastrophes naturelles. Des exemples

⁴ J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK (ed.), *Customary International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross (ICRC), 1996.

marquants de ces mesures ont été adoptés par la Suisse, qui a formé un personnel spécialisé dans la protection des biens culturels.

Puisque ces mesures d'ordre préventif exigent des moyens financiers dont beaucoup de pays ne disposent pas, le Deuxième Protocole prévoit la création d'un « Fonds pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ». Il est toutefois possible de s'interroger sur le bon fonctionnement de ce fonds, basé sur des contributions volontaires des Etats Parties au Deuxième Protocole (article 29), afin de fournir les ressources financières et de promouvoir le savoir-faire nécessaires à des actions comme la préparation du déplacement des biens culturels meubles, la mise en place de refuges pour ces biens, ainsi que la désignation d'autorités compétentes responsables de la sauvegarde des biens culturels.

Par ailleurs, l'article 8 du Deuxième Protocole reprend l'article 58 du Protocole I de 1977 à la Convention de Genève en ce qui concerne les précautions à adopter afin de protéger les biens culturels contre les effets des conflits. Il dispose ainsi que : « Dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible, les Parties au conflit doivent : (a) éloigner les biens culturels meubles du voisinage des objectifs militaires ou fournir une protection in situ adéquate ; (b) éviter de placer des objectifs militaires à proximité de biens culturels ».

La préparation contre les effets d'un conflit armé passe également par l'utilisation d'un signe distinctif pour les biens culturels sous protection. En effet, la Convention de 1954 permet aux Etats parties de marquer les biens culturels sous protection générale par le signe distinctif de la Convention. Elle les y oblige dans le cas des biens culturels sous protection spéciale, pour le transport de biens culturels sous protection spéciale et en cas d'urgence, ainsi que pour les refuges improvisés (articles 6, 16 et 17). Le marquage doit être fait préférentiellement avant le conflit. Il y a très peu de pratique concernant ce point spécifique selon les rapports périodiques fournis par les Etats parties. Il convient de noter qu'il existe un risque que le signe distinctif devienne un moyen pour l'ennemi de repérer des « cibles », notamment lorsque le conflit recèle une composante ethnique, comme cela a été observé en Croatie. En effet, la destruction des monuments, des lieux de culte et d'œuvres d'art représente en réalité la destruction de l'identité de l'adversaire, de son histoire, de sa culture et de sa foi. Une question qui demeure posée est celle de la possibilité de marquage de biens détruits, intérêt souligné en 1999 par la Bosnie-Herzégovine, afin de préserver la mémoire des sites culturels détruits et promouvoir l'intérêt pour leur reconstruction.

Parmi les mécanismes de protection générale ajoutés par le Deuxième Protocole figure par ailleurs une exigence d'avertissement préalable, si les circonstances le permettent, lorsqu'un bien culturel sous protection générale a été par sa fonction transformé en objectif militaire et qu'il n'y a pas d'autre solution pratiquement possible (article 6 (d)).

Enfin, le pillage de biens culturels meubles, interdit à l'article 4.3 de la Convention de 1954, est considéré comme une « violation grave » du Deuxième Protocole (articles 15 (e) et 21 (b))⁵. Il avait été également prohibé par l'article 56 du Règlement de La Haye de 1907, ainsi que par l'article 33.2 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12

⁵ Le Premier Protocole à la Convention de La Haye de 1954 interdit également l'exportation de biens culturels des territoires occupés.

août 1949 (IVe Convention), laquelle interdit le pillage des biens de caractère civil (parmi lesquels se trouvent les biens culturels). Une telle interdiction découle par ailleurs de la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites de biens culturels, ainsi que de la Convention UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés et qui est entrée en vigueur en 1998. Le pillage est en outre indiqué comme crime de guerre par le Statut de Rome, lorsque la destruction et l'appropriation de biens ne sont pas justifiées « par des nécessités militaires et [sont] exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire » (article 8.2(a)(iv)).

Sont d'ailleurs considérées comme constituant des règles coutumières l'interdiction de saisie, pillage, vol, détournement et actes de vandalisme contre les biens culturels (règle 40 CIHL prévoyant l'obligation générale de respect pour les biens culturels, de nature coutumière selon l'affaire Tadic jugée devant le TPIY), ainsi que l'interdiction d'exportation de biens culturels d'un territoire occupé et l'obligation de restitution des biens exportés ou pris d'un territoire occupé (règle 41 CIHL, même s'il existe beaucoup moins de pratique nationale et internationale dans ce domaine).

Les mécanismes de protection différenciée

Deux systèmes de protection accrue fonctionnent aujourd'hui en parallèle : celui de la « protection spéciale » institué par la Convention de La Haye de 1954 et celui de la « protection renforcée » de son Deuxième Protocole.

Le système de « protection spéciale » de la Convention de La Haye de 1954 vise certains biens dont l'immunité ne peut être écartée que dans des cas exceptionnels de « nécessité militaire inéluctable » (article 11.2). Cependant, très peu d'inscriptions dans ce système ont été réalisées dans la pratique. Tout d'abord, pour être compris sous la « protection spéciale », le bien doit être situé à une distance suffisante des grands centres industriels ou de tout objectif militaire important. Il est de fait qu'une grande partie du patrimoine à protéger par ce système se trouve dans le cœur des villes. Deuxièmement, il n'existe pas d'accord sur la notion de « distance suffisante » exigée par la Convention pour que la protection spéciale soit accordée (article 8.1 (a)). Un facteur à prendre en compte est le fait que les moyens technologiques actuels permettent de viser les cibles militaires de manière plus précise qu'auparavant⁶. Troisièmement, lors de l'inscription sous le système de « protection spéciale », les autres Etats parties sont autorisés à s'y opposer et l'ont fait effectivement pour des raisons politiques. C'était par exemple le cas d'une demande d'inscription par l'Etat du Cambodge en 1972, laquelle a été refusée par Cuba, l'Egypte, la Roumanie et la Yougoslavie en raison de la prétendue illégitimité de l'autorité demandeuse de la protection. Enfin, certains Etats se sont en outre plaints de la complexité des conditions d'inscription. Il résulte de ce qui précède que ce système de protection spéciale a eu très peu de succès.

Un nouveau système a été établi par le Deuxième Protocole. Le système de « protection renforcée » est beaucoup plus clair en termes de protection, l'article 13 établissant plus d'obligations pour l'Etat territorial du bien, qui ne pourra en aucun cas le transformer en objectif militaire, et également à l'égard de l'adversaire, à qui une interdiction d'attaquer le bien en question est

⁶ Dans l'affaire *Strugar*, par exemple, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) prend en compte l'idée de « *immediate vicinity* » (§ 310).

imposée. Des deux côtés, des sanctions sont prescrites en cas de violation de ces obligations. Quant aux critères de protection, l'article 10 du Deuxième Protocole en prévoit trois nouveaux. Premièrement, le bien doit constituer un patrimoine culturel qui revêt la plus grande importance pour l'humanité. Ensuite, il doit être protégé par des mesures internes et administratives adéquates, qui reconnaissent sa valeur culturelle et historique exceptionnelle et lui garantissent la plus haute protection. Enfin, ce bien ne peut être utilisé à des fins militaires ou pour protéger des sites militaires, la confirmation de cette obligation étant consolidée dans une déclaration de l'Etat en ce sens lors de sa demande d'inscription. Par ailleurs, toute objection à l'inscription dans ce système doit être spécifique et fondée sur des faits. Les Etats parties ne peuvent ainsi soumettre que des « représentations » fondées uniquement sur les critères de l'article 10. Ce système visant à répondre aux principales critiques formulées au système de la Convention de 1954, il est espéré que progressivement les Etats y recourront davantage.

2. Le suivi et le contrôle

Le suivi et le contrôle de la mise en œuvre de la Convention de 1954 et de son Deuxième Protocole se fondent tout d'abord sur un système de rapports périodiques que les Parties s'engagent à établir au moins tous les quatre ans (article 26 de la Convention et article 37.2 du Deuxième Protocole).

Le Règlement d'exécution de la Convention de 1954 prévoit à l'article 21 un système de Puissances protectrices chargées de sauvegarder les intérêts des parties au conflit, mais qui s'est montré défaillant dans la pratique. La Convention a également institué un mécanisme d'inspection auquel participent des délégués des Puissances protectrices, des Commissaires généraux aux biens culturels, des inspecteurs et experts (Règlement d'exécution de la Convention, articles 4, 6 et s.). Ayant pour but de contrôler la mise en œuvre de la Convention dans des cas concrets de conflits, ce mécanisme s'est toutefois avéré largement inefficace et le Deuxième Protocole n'a pas prévu de mécanisme d'inspection plus satisfaisant.

Le système des Puissances protectrices a, en revanche, été repris par le Deuxième Protocole (articles 34 et s.), lequel prévoit en outre la possibilité d'une procédure de conciliation en l'absence de Puissances protectrices (article 36), avec l'aide du Directeur général de l'UNESCO et du Président du « Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ». En effet, ce Comité a été institué par le Deuxième Protocole (article 24) et se compose de 12 Parties élues par la Réunion des Parties. Il a pour attributions : d'élaborer les principes directeurs du Deuxième Protocole ; de gérer la Liste des biens culturels sous protection renforcée, le Comité ayant le pouvoir d'accorder, suspendre ou retirer la protection renforcée ; de suivre et superviser l'application du Deuxième Protocole ; d'examiner (et de commenter) les rapports des Parties ; de recevoir et d'examiner les demandes d'assistance internationale conformément à l'article 32 du Deuxième Protocole⁷ ; de décider de l'utilisation du Fonds ; et d'exercer toute attribution qui lui serait conférée par la Réunion des Parties.

⁷ Cette assistance internationale concerne, entre autres, les biens culturels sous protection renforcée, ainsi que l'élaboration, la mise au point ou l'application des lois ou mesures administratives internes de protection exigées par l'article 10.

Par ailleurs, le contrôle de l'application des dispositions de protection des biens culturels en cas de conflit armé passe également par des missions d'observation et d'évaluation, instituées avec l'objectif d'observer l'état du patrimoine culturel d'une partie à un conflit et de définir les objectifs et les étapes précises pour sa restauration. Un exemple de ce type de mission a eu lieu en Afghanistan, où l'UNESCO a créé un Comité international de coordination avec des experts afghans et internationaux. Des missions ont été envoyées à Bamiyan pour examiner les dégâts. Il a fallu par exemple préserver le site afin d'éviter d'autres destructions et pillages et l'initiative a été prise de reconstruire le musée de Kaboul et de réhabiliter le minaret de Jam.

Quant à la répression des infractions à la protection et au respect des biens culturels, l'article 28 de la Convention de 1954 prévoit que « [l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre, dans le cadre de leur système de droit pénal, toutes mesures nécessaires pour que soient recherchées et frappées de sanctions pénales ou disciplinaires les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont commis ou donné l'ordre de commettre une infraction à la présente Convention ». Dans la pratique, cette obligation est appliquée de façon modeste, notamment car il n'y a pas de liste d'infractions indiquée par la Convention.

Le Deuxième Protocole prévoit, en revanche, deux catégories d'infractions. A l'article 15, sont indiqués les actes constituant des « violations graves » lorsqu'ils sont commis de manière intentionnelle⁸. Ces actes entraîneront la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle des personnes physiques auteurs de ces violations. D'autres infractions sont prévues à l'article 21⁹. Les Etats parties au Protocole s'engagent à développer des législations nationales qui pénalisent ces actes et qui établissent une juridiction compétente pour juger ou extraditer les auteurs des violations.

La compétence universelle est d'ailleurs reconnue expressément par le Deuxième Protocole et l'était déjà, selon certains, par l'article 28 de la Convention de 1954 susmentionné. Elle apparaît au Deuxième Protocole à l'article 16 pour les trois premières violations de l'article 15¹⁰, même si quelques participants à la Conférence de La Haye de mars 1999 ont demandé l'inclusion d'une disposition écartant le régime de la compétence universelle pour les ressortissants d'Etats non parties au Protocole (article 16, 2, (b)). Par ailleurs, des dispositions facilitant l'extradition et l'entraide judiciaire, notamment dans les situations des trois premières violations de l'article 15, sont également prévues par le Deuxième Protocole (articles 18 et s.).

⁸ Article 15 : « 1. Commet une infraction au sens du présent Protocole toute personne qui, intentionnellement et en violation de la Convention ou du présent Protocole, accomplit l'un des actes ci-après : (a) faire d'un bien culturel sous protection renforcée l'objet d'une attaque ; (b) utiliser un bien culturel sous protection renforcée ou ses abords immédiats à l'appui d'une action militaire ; (c) détruire ou s'approprier sur une grande échelle des biens culturels protégés par la Convention et le présent Protocole ; (d) faire d'un bien culturel couvert par la Convention et le présent Protocole l'objet d'une attaque ; (e) le vol, le pillage ou le détournement de biens culturels protégés par la Convention, et les actes de vandalisme dirigés contre des biens culturels protégés par la Convention [...] ».

⁹ Article 21 (Mesures concernant les autres infractions) : « Sans préjudice de l'article 28 de la Convention, chaque Partie adopte les mesures législatives, administratives ou disciplinaires qui pourraient être nécessaires pour faire cesser les actes suivants dès lors qu'ils sont accomplis intentionnellement : (a) toute utilisation de biens culturels en violation de la Convention ou du présent Protocole ; (b) toute exportation, autre déplacement ou transfert de propriété illicites de biens culturels depuis un territoire occupé, en violation de la Convention ou du présent Protocole ».

¹⁰ Les deux dernières violations correspondent à des crimes de guerre, pour lesquels l'obligation de juridiction universelle n'a pas été établie.

Le TPIY s'est prononcé à plusieurs reprises à propos de violations du respect des biens culturels. Dans l'affaire Tadic (TPIY), la Chambre d'Appel a reconnu l'application des règles de la Convention de La Haye de 1954 (et notamment de son article 19) en tant que règles de droit coutumier, applicables également aux conflits armés non internationaux. Dans l'affaire Karadzic et Mladic de 1996 (TPIY, Chambre de première instance), il a été décidé que la destruction des sites sacrés pouvait être caractérisée comme une violation des lois ou coutumes de guerre. Dans l'affaire Blaskic de 2000, la destruction ou le dommage intentionnels à des institutions dédiées à la religion et à l'éducation ont été considérés comme constituant une violation de l'article 3(d) du Statut du TPIY. Dans l'affaire Kordic et Cerkez de 2001, la même violation a été identifiée concernant des institutions éducationnelles.

3. La coopération internationale

L'article 31 du Deuxième Protocole, intitulé « Coopération internationale », engage les Etats parties, dans les cas de violations graves du Protocole, « à agir, tant conjointement, par l'intermédiaire du Comité, que séparément, en coopération avec l'UNESCO et l'ONU et en conformité avec la Charte des Nations Unies ». Ce dispositif ne précise pas les types d'actions envisageables ou leur ampleur. Basé sur l'article 89 du Protocole additionnel I aux Convention de Genève, il n'a été, à notre connaissance, encore jamais utilisé.

La coopération internationale est également promue par des dispositifs de financement des mesures de protection des biens culturels. Comme mentionné précédemment, un Fonds pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé a été prévu par le Deuxième Protocole (article 29). L'approvisionnement du fonds dépend toutefois de contributions volontaires.

Par ailleurs, comme pour la promotion du respect du droit international humanitaire en général, l'efficacité des différents mécanismes de protection des biens culturels en cas de conflit armé dépend en large partie de la sensibilisation des populations civiles et de la formation des autorités militaires et civiles. Plusieurs rapports nationaux font ainsi état d'efforts étatiques dans le sens de la sensibilisation et de la formation du personnel militaire aux préoccupations consolidées dans la Convention et ses deux Protocoles. Cela ne peut qu'être accueilli favorablement, notamment car les difficultés pratiques de mise en œuvre de ces instruments internationaux se sont avérées nombreuses.

PARTIE II – LES DIFFICULTES DE MISE EN ŒUVRE

Les difficultés de protection des biens culturels en cas de conflit armé découlent tout d'abord de la non ratification de la Convention et de ses deux Protocoles par des Etats impliqués dans des conflits armés. C'est ce qui s'est présenté, par exemple, lors de la guerre en Irak. Par ailleurs, des problèmes proviennent également de l'application malaisée de certaines notions de la Convention et de ses deux Protocoles (A), ainsi que des mécanismes de protection qu'ils prévoient (B). Les informations réunies ici sur les difficultés de mise en œuvre des dispositions de protection des biens culturels en cas de conflit armé sont issues des réponses à un questionnaire sur le sujet élaboré dans le cadre du Projet MARS, ainsi que d'informations disponibles dans la doctrine et dans la documentation de l'UNESCO.

A. Les difficultés terminologiques

Des obstacles existent tout d'abord concernant l'application pratique de la notion de « nécessité militaire impérative », laquelle écarte l'immunité des biens culturels non seulement en cas d'attaque, mais aussi quant à l'utilisation de ces biens.

Cette exception fondée sur la nécessité militaire impérative paraît trop vague pour limiter de manière effective les dommages aux biens culturels. Le Deuxième Protocole clarifie cette exigence à l'article 6 : l'attaque ne peut se faire que s'il n'existe aucune autre alternative pratiquement possible (rare dans la pratique) et si le bien, par sa fonction, est devenu un objectif militaire. Quant à l'interdiction d'utilisation des biens culturels à des fins qui sont susceptibles de les exposer à la destruction ou à la détérioration, ce même article détermine que la nécessité militaire impérative ne peut être invoquée que lorsqu'il n'existe pas d'autre choix pour obtenir un avantage militaire équivalent. Cette clause de nécessité militaire est également applicable aux biens culturels sous protection renforcée. Le Deuxième Protocole exige en outre un niveau élevé de commandement pour l'adoption de l'ordre d'attaquer et un avertissement aux forces adverses, des dérogations plus larges à ces exigences existant toutefois pour les biens culturels de protection générale¹¹.

Une autre imprécision terminologique concerne la notion d'« objectifs militaires », lesquels sont les seuls à pouvoir être attaqués. Cette notion a été introduite en 1977 par le Protocole additionnel I à la Convention de Genève du 12 août 1949 sur la protection des victimes des conflits armés internationaux (article 52.2, réputé de nature coutumière). La définition de ce concept se fonde sur deux critères : la contribution effective à l'action militaire (avantage militaire) et une contribution définie, selon les circonstances du moment.

Des imprécisions apparaissent également en ce qui concerne les notions de « patrimoine culturel » et de « bien culturel », ainsi que celle de « dommage ». Si la notion de « patrimoine culturel » de l'article 1er de la Convention de 1954 semble suffisamment ouverte pour permettre d'intégrer les spécificités nationales, la notion de « dommage » est plus problématique. Certains la comprennent comme ayant une couverture large, s'étendant, par exemple, aux fissures provoquées par des vibrations causées par le conflit, tandis que d'autres défendent qu'elle se limite à des dommages plus apparents et ne couvre donc pas ce type de dégât.

B. Les difficultés relatives aux mécanismes de protection

L'efficacité des outils prévus par la Convention de 1954 est souvent insatisfaisante. L'efficacité du Deuxième Protocole, adopté pour perfectionner le système de protection des biens culturels en cas de conflit armé, dépendra tout d'abord de l'ampleur de sa ratification.

¹¹ Lors du réexamen de la Convention de La Haye de 1954, la France a proposé quatre conditions cumulatives pour l'application de la dérogation de nécessité militaire impérative en conformité avec le droit international humanitaire, le droit de la guerre et la bonne foi : le contrôle de cette dérogation (car il s'agit d'une exception), sa limitation temporelle, l'adéquation des moyens aux fins envisagées et la légalité des moyens utilisés.

1. La protection des biens culturels

Les problèmes d'application des mécanismes de protection des biens culturels en cas de conflit armé concernent tant les outils de protection générale que ceux relatifs aux systèmes de protection accrue de la Convention et de son Deuxième Protocole.

Les mécanismes de protection générale

Les dispositions de sauvegarde ou préventives de la Convention de 1954 et du Deuxième Protocole sont considérées par les praticiens comme étant essentielles. Elles exigent toutefois d'être développées en temps de paix pour être efficaces en cas d'urgence. La programmation de ce type de mesure est variable selon les pays, car l'organisation des compétences et les aspects financiers de l'application de ces mécanismes sont réglés au niveau national. La plus grande précision des dispositions du Deuxième Protocole et l'expérience de sa mise en œuvre au niveau national pourront contribuer à rendre une telle planification plus effective.

Ainsi, les dispositions du Deuxième Protocole portant sur les précautions contre les effets des hostilités sont plus claires que celles de la Convention de 1954. Elles contiennent plus de précisions sur les mesures de sécurité préparatoires pratiques au niveau militaire, telles que l'éloignement des biens culturels du voisinage d'objectifs militaires, et tendent ainsi à être mieux appliquées par les Etats parties au Deuxième Protocole.

Les plus grandes difficultés relatives à l'utilisation du signe distinctif relèvent du manque de sensibilisation des gouvernements à l'importance de l'utiliser, du manque de connaissance de cette disposition par les militaires et du coût financier de sa mise en œuvre. Par ailleurs, un élément rendant également difficile l'application de cette disposition est l'absence d'inventaire des biens culturels immeubles et des collections des archives, musées, bibliothèques, etc. Cependant, il s'agit d'un moyen de protection réputé efficace, en ce qu'il promeut la sensibilisation des populations locales à l'importance de la sauvegarde des biens culturels en cas de guerre.

Quant à l'efficacité de l'exigence d'avertissement préalable du Deuxième Protocole, les avis divergent. Puisque ce Protocole n'est entré en vigueur qu'en 2004, on peut espérer que ce dispositif sera progressivement bien appliqué.

Les mécanismes de protection différenciée

Le système de protection spéciale établi par la Convention a été jugé insatisfaisant. Il existe en effet très peu d'inscriptions sur le Registre des biens culturels sous protection spéciale. Actuellement ce Registre inclut deux ensembles monumentaux (le Taj Mahal et le Château de Versailles) et cinq refuges. Les plus grands problèmes conduisant à l'inefficacité de ce système sont souvent d'ordre technique et concernent notamment l'interprétation de la notion de « distance adéquate ». Le Rapport de l'UNESCO sur les activités de 1995 à 2004 en matière de protection des biens culturels en

cas de conflit armé¹² indique l'intention de plusieurs pays de mettre en œuvre cette inscription internationale, bien qu'ils soient confrontés à des difficultés comme l'application stricte de l'article 8.1 (proximité d'objectifs militaires), la difficulté pour les historiens de choisir un nombre réduit de biens culturels pour ce registre, et le manque d'instructions et de recommandations de l'UNESCO expliquant précisément comment faire cette inscription. Le Rapport de l'UNESCO attire toutefois l'attention sur l'existence d'une note d'information à ce propos, préparée par le Secrétariat et disponible sur demande.

A son tour, le mécanisme d'inscription aux fins de la protection renforcée prévu par le Deuxième Protocole est considéré par les praticiens comme devant être plus efficace que celui de la protection spéciale au titre de la Convention de 1954.

2. Mécanismes de suivi et de contrôle

Les avis divergent sur l'efficacité des rapports périodiques exigés des Parties à la Convention et au Deuxième Protocole pour le suivi de la mise en œuvre de ces instruments. D'un point de vue quantitatif, les rapports des Etats n'ont jamais dépassé le nombre de 30. Qualitativement, le contenu de ces rapports est très variable selon l'intérêt de chaque Etat pour la Convention, sa tradition d'application du droit international humanitaire, son expérience lors de conflits précédents, son économie et l'efficacité de l'administration nationale. Par ailleurs, l'expérience montre que les rapports peuvent parfois différer de la réalité des faits, comme cela a été le cas pour le rapport de 1989 de l'ex-Yougoslavie. L'échange d'informations sur les expériences nationales présente un grand intérêt. Un échange actif semble exister sur les mesures concrètes adoptées par les Parties, indiquées dans les réponses aux questions posées par l'UNESCO dans le cadre de l'élaboration des rapports nationaux. Il convient de noter, cependant, que l'expérience d'un pays ne peut être transposée à d'autres Etats qu'en tenant compte des différentes structures étatiques.

Quant au système des puissances protectrices, il est souvent réputé inopérant. Il s'agit en effet d'un mécanisme qui s'est révélé impraticable sans l'accord de toutes les parties au conflit et qui est inapplicable aux conflits non internationaux. Le système prévu par le Deuxième Protocole est considéré comme pouvant se montrer plus efficace.

De son côté, le mécanisme d'inspection tel que prévu par la Convention de 1954 a été mis en pratique une seule fois, bien qu'une tentative de le mettre en œuvre une seconde fois se soit avérée un échec. Cependant, cela n'a pas empêché l'UNESCO d'envoyer de très nombreuses missions d'inspection selon l'esprit (et non la lettre) de la Convention, parfois en vertu du droit d'initiative pour protéger les biens culturels, conformément à l'Acte constitutif de l'UNESCO.

En ce qui concerne le Comité pour la protection des biens culturels, créé par le Deuxième Protocole, il est considéré comme pouvant jouer un rôle important pour le contrôle et le suivi de celui-ci. A travers ce mécanisme, les Etats parties sont directement intégrés à l'élaboration des

¹² *Rapport de l'UNESCO sur la mise en œuvre de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé adapté à La Haye en 1954 et de ses deux Protocoles de 1954 et 1999, Rapport sur les activités de 1995 à 2004 (CLT-2005/WS/6). Voir notamment pp. 16 et s.*

principes directeurs d'application de ce Protocole. Ces principes sont encore en cours de formulation¹³.

Pour ce qui est des missions d'observation du patrimoine culturel après un conflit, considérées indispensables, le Rapport UNESCO 1995-2004 indique la présence de certaines difficultés. C'est le cas notamment des situations d'occupation de territoire, où la puissance occupante peut empêcher l'accès des missions aux biens culturels protégés. Cela a été le cas d'une mission envoyée au Kosovo en juillet 1999. De même, l'UNESCO n'a pas été en mesure d'envoyer une mission en Azerbaïdjan après l'occupation d'une partie de son territoire par les forces arméniennes. Il existe en outre des obstacles politiques liés à la souveraineté des Etats, car ceux-ci doivent préalablement accepter ces missions sur leurs territoires.

Quant aux sanctions en cas d'infractions aux dispositions de protection des biens culturels en cas de conflit armé, les règles établies par la Convention semblent excessivement vagues. Celles du Deuxième Protocole sont en théorie plus satisfaisantes et ce dernier semble apporter une contribution importante à une plus grande efficacité dans ce domaine. Ses règles de nature pénale n'ont toutefois à notre connaissance pas encore été utilisées et leurs effets ne sont ainsi pas encore connus en pratique. Il faudra observer leur mise en oeuvre avant d'en tirer des conclusions. Quoiqu'il en soit, le pillage et le commerce illicite de biens culturels, par exemple, demeurent endémiques dans certaines régions, notamment dans des pays pauvres au patrimoine culturel riche et dispersé.

3. *Coopération internationale*

Les avis divergent sur la portée de l'article 31 du Deuxième Protocole. Pour certains auteurs¹⁴, il contiendrait un véritable devoir d'intervention, ou « devoir d'ingérence culturelle » dans des cas de violation d'obligations considérées impératives et d'application *erga omnes*. Cependant, cette notion n'est pas soutenue en pratique et il semble s'agir plutôt d'une responsabilité juridique de protéger les biens culturels visés.

Quant au financement international de la récupération des biens culturels, les projets organisés par des organisations internationales comme l'UNESCO se sont montrés efficaces. Cependant, bien que des ressources aient été mobilisées au profit de plusieurs pays, les fonds pour la protection ou la reconstruction des biens culturels sont souvent insuffisants. A titre d'illustration, au Liban, à la suite des dégâts à Byblos, une opération urgente a été estimée à 100.000 dollars. L'aide du Fonds du patrimoine mondial au Liban s'est limitée à 70.000 dollars, en dépit de déclarations selon lesquelles d'autres fonds seraient ensuite mobilisés. Un autre exemple a eu lieu en Irak, où il existe une liste de projets en attente de financement. Il semble en effet que très peu de projets de récupération de biens culturels ont été achevés et souvent des projets de moins grande envergure. En Irak, les projets ayant pu être menés à terme concernent, par exemple, une formation d'une semaine pour une vingtaine de personnes ou l'installation d'un système de climatisation dans certains immeubles.

¹³ Il est à noter que les « comités consultatifs nationaux » prévus par la Résolution II annexée à la Convention n'ont souvent pas été institués. Le Rapport de l'UNESCO 1995-2004 (pp. 32 et s.) indique que seulement quelques pays en ont créé, à l'instar du Cambodge en 1970.

¹⁴ V. MAINETTI, « De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 », *R.I.C.R.*, vol. 86, n° 854, Juin 2004, p. 364.

Il est à noter que des difficultés proviennent aussi de l'avidité des collectionneurs, qui créent des obstacles à la restitution des biens volés et à la restauration de ces biens. Pour certains, la participation des organisations internationales et des organisations non gouvernementales à ce type de projet demeure encore insuffisante.

Quant aux actions internationales de sensibilisation et de formation dans le domaine de la protection des biens culturels, l'assistance internationale de la part d'organisations internationales et d'organisations non gouvernementales est souvent souhaitable, surtout au début de ces types de programme. Plus tard, les particularités de chaque Etat exigent souvent une plus grande implication au niveau national. Quant aux programmes nationaux, ils concernent généralement les pays riches ou émergents. Ainsi, des formations dans ce domaine ont été dispensées par l'UNESCO, par la Croix-Rouge internationale (CICR), par des organisations de protection de biens culturels en Autriche et d'autres pays européens notamment. Les destinataires de ces programmes sont les membres des forces armées, la Sécurité civile (Protection civile en Suisse) ou encore les opérations de maintien de la paix.

Afin de répondre aux difficultés sur le plan pratique soulignées précédemment, une série de propositions semblent pouvoir être accueillies positivement.

PARTIE III – LES RECOMMANDATIONS POUR UNE MEILLEURE PROTECTION

Des réponses semblent pouvoir être apportées tant aux difficultés liées aux imprécisions terminologiques (A) qu'aux difficultés relatives aux mécanismes de protection (B). Elles pourraient contribuer progressivement à une meilleure conservation des biens culturels soumis aux aléas des conflits armés.

A. Des réponses aux difficultés terminologiques

Pour surmonter certaines des difficultés soulignées plus haut dans ce domaine, la **promotion d'études et de débats sur les notions les plus problématiques** du système de la Convention de 1954 et de ses deux Protocoles pourrait se montrer utile. Quant à la définition de « biens culturels », l'expérience de l'Office fédéral de la culture suisse pourrait servir d'inspiration à d'autres Etats, bien que certaines notions qu'il utilise pour cette définition ne soient pas dénuées d'ambiguïtés. Ainsi, pour être qualifiés de « biens culturels », des critères cumulatifs doivent être présents. Tout d'abord, le bien doit être classé dans une des catégories mentionnées dans la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels. En outre, le bien doit revêtir de l'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science. Un objet peut revêtir dans ce sens une importance particulière s'il est exposé dans un musée, si sa disparition représente une perte pour le patrimoine culturel, s'il est d'intérêt public, s'il est relativement rare, ou encore s'il est mentionné dans la littérature spécialisée.

B. Des réponses aux difficultés relatives aux mécanismes de protection

Le Deuxième Protocole à la Convention de 1954 contenant des mécanismes qui ont vocation à être plus efficaces que ceux de la Convention, il est nécessaire tout d'abord d'inciter d'autres Etats parties à la Convention à ratifier et à mettre en œuvre le Deuxième Protocole. Une large campagne en faveur de sa ratification serait ainsi extrêmement utile. En outre, la sensibilisation générale aux dispositions de la Convention de 1954 et de ses deux Protocoles constitue également un moyen prometteur en faveur de leur application. Par ailleurs, d'autres propositions peuvent être avancées afin d'accroître la performance de chacun des mécanismes exposés précédemment.

1. La protection des biens culturels

Afin de promouvoir **l'inscription de biens culturels dans les systèmes de protection spéciale ou renforcée**, il serait souhaitable que la note d'information préparée par le Secrétariat de l'UNESCO mentionnée plus haut soit diffusée de manière plus large auprès des Etats membres de cette organisation. Cela permettrait de faire connaître la Convention de 1954 et ses deux Protocoles à des Etats non parties et inciterait les Etats parties à avoir plus souvent recours à leurs mécanismes.

Quant aux **mécanismes de prévention**, un travail d'uniformisation de ces mesures au niveau international, ainsi qu'une plus grande assistance aux pays en développement seraient les bienvenus, tant pour la préparation du déplacement des biens culturels que pour la désignation d'autorités nationales compétentes¹⁵. L'expérience suisse fournit une illustration remarquable de programmes d'ordre préventif, au moyen des actions suivantes : organisation et établissement de bases légales ; élaboration d'un inventaire des biens culturels ; utilisation de microfilms pour l'archivage ; documentations de sécurité pour l'éventuelle reconstruction postérieure des biens ; construction d'abris pour les biens culturels ; formation et élaboration de moyens d'instruction ; collaboration avec les services spécialisés et les institutions culturelles ; collaboration avec des organisations partenaires (sapeurs-pompiers, police, armée) ; et collaboration avec le secteur de la recherche.

Les mesures recommandées par le Rapport UNESCO 1995-2004 dans ce domaine concernent : la préparation de documentation sur les biens culturels ; la signalisation de ces biens ; la signalisation des refuges pour les biens culturels meubles ; la formation de personnels civil et militaire spécialisés (introduction dans les manuels militaires de dispositions de droit international humanitaire pour la protection des biens culturels) ; la plus large diffusion possible des règles de protection des biens culturels en cas de conflit armé ; la création de conditions de stockage et de sécurité pour les biens culturels meubles et notamment documents, livres et autres matériels de bibliothèque. L'expérience du Saint-Siège, citée par ce même rapport, indique également des mesures de précaution comme les systèmes de communication interne (radio et téléphone) ; la vidéosurveillance ; les systèmes d'alarme et de sécurité ; les systèmes de détection des incendies ; la formation des gardiens ; la restauration et la mise sur microfilms des textes des Archives secrètes et de la Bibliothèque apostolique du Vatican ; des ateliers de conservation, restauration et reproduction des seaux ; et une base de données numérisée permettant une restauration électronique. La technologie du numérique

¹⁵ Le Rapport UNESCO 1995-2004 attire l'attention sur les difficultés financières de certains pays pour adopter des mesures préventives. En Azerbaïdjan, par exemple, cela a été à l'origine des difficultés empêchant la construction d'abris pour les biens culturels.

et Internet pourraient en effet être mieux exploités pour promouvoir l'accessibilité à des données sur les biens culturels protégés.

En matière de précaution contre les effets des hostilités, l'expérience suisse pourrait également être prise comme exemple par d'autres pays. Les règlements militaires suisses fixent à 500 mètres la distance requise par rapport à un bien culturel. En outre, 280 abris de protection des biens culturels ont été construits pour protéger des collections et sont déjà en fonctionnement.

L'utilisation du **signe distinctif** pourrait être davantage favorisée par des programmes de formation et de sensibilisation du public, incluant entre autres une plus grande assistance aux pays en développement. Au niveau national, des réglementations établissant des sanctions en cas d'usage impropre ou d'omission du signe distinctif peuvent également être envisagées, à l'instar de la législation adoptée en Autriche¹⁶. Par ailleurs, l'échange d'informations sur la localisation des biens protégés est également une initiative louable. Le Rapport UNESCO 1995-2004 cite une proposition de l'Égypte, selon laquelle les cartes des territoires où figurent des biens culturels devraient faire l'objet d'un échange entre les différents pays.

De telles idées doivent toutefois être adaptées aux particularités de chaque Etat. Ainsi, en Espagne, l'utilisation du signe distinctif n'a jamais été accueillie favorablement, car il est considéré que la population serait indûment alarmée, faute de connaissance approfondie de la Convention. Au Liechtenstein, on considère que la signalisation n'est pas une question urgente, mais qu'elle pourrait être une mesure intéressante si complémentaire à la protection des biens culturels en cas de catastrophes naturelles. La Suisse s'est également exprimée avec certaines réserves à une telle obligation, indiquant qu'il lui manquerait les moyens financiers et le personnel nécessaires si le signe était posé sur un maximum de biens culturels.

2. Les mécanismes de suivi et de contrôle

Les difficultés éprouvées par les Etats pour l'élaboration de leurs **rapports périodiques** pourraient être réduites par une plus grande assistance aux Etats parties de la part de l'UNESCO. Le Rapport 1995-2004 a déjà bénéficié d'un système de questionnaire plus développé qui a permis de guider les Etats lors de la préparation de leurs rapports. En outre, les échanges d'informations en matière de mise en œuvre de la Convention et de ses deux Protocoles peuvent être promus par la mise à profit des sites web, l'organisation de conférences par l'UNESCO ou le CICR, ainsi que des manifestations internationales et nationales, comme les Congrès de 2005, 2007 et 2008 qui ont eu lieu respectivement en Argentine, en Hongrie et en Bosnie.

La création des **comités consultatifs nationaux** prévus par la Résolution II annexée à la Convention de 1954 pourrait être également encouragée, entre autres par la mise à disposition de ressources financières à cette fin aux pays en développement. Pour les Etats parties au Deuxième Protocole, ces ressources pourraient par exemple provenir du Fonds pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

¹⁶ Rapport UNESCO 1995-2004, p. 28.

Quant au mécanisme des **Puissances protectrices**, il pourrait être intéressant de promouvoir davantage l'utilisation de la procédure de conciliation en l'absence de telles puissances par les Etats parties au Deuxième Protocole et de favoriser la consultation et les échanges informels entre les Parties lorsqu'un désaccord existe entre elles.

En ce qui concerne les **mécanismes d'inspection**, les problèmes liés à leur mise en place pourraient continuer à être contournés par l'envoi de missions « informelles », respectueuses de l'esprit et des objectifs de la Convention de 1954. Il est également nécessaire de renforcer les efforts politiques en vue de l'acceptation des missions d'observation de l'UNESCO par les pays sur le territoire desquels ces missions doivent être déployées.

La **répression des infractions** à la Convention et à ses deux Protocoles est également un axe sur lequel des efforts doivent être apportés. Les exemples de quelques pays méritent d'être cités. Ainsi, le Rapport de l'UNESCO 1995-2004¹⁷ indique que les pays suivants ont inclus dans leurs législations des dispositions de sanction en cas d'infractions à la Convention : l'Argentine, l'Autriche, la Bosnie-Herzégovine, le Burkina Faso, l'Espagne, la Macédoine, la Finlande, la Pologne, la Suède, la Suisse et la Turquie. La Norvège a également prévu quelques dispositions visant les mêmes objectifs que ceux envisagés par la Convention, mais sans la mentionner de manière expresse. La Belgique, à son tour, a précisé que le droit belge serait revu afin que des dispositions établissant des sanctions contre ces types d'infraction y soient introduites.

Particulièrement en matière de pillage et commerce illicite de biens culturels meubles, doivent être instituées des mesures législatives, répressives, éducatives, de gardiennage, de sensibilisation des marchands d'art, des collectionneurs et des musées, de formation des policiers et des douaniers, ainsi que des mesures assurant des revenus alternatifs aux populations. Le Rapport de l'UNESCO 1995-2004 indique que les objets volés au musée de Kaboul ont été inscrits en 2004 sur la base de données Internet d'Interpol, devenant accessibles à toutes les forces de police. En outre, un Comité international de coordination a été créé au sein de l'UNESCO pour administrer toutes les activités internationales de contrôle et de sauvegarde du patrimoine culturel afghan.

3. Coopération internationale

En matière de coopération internationale dans le cadre du Deuxième Protocole, une plus grande **concertation des Parties avec l'UNESCO et l'ONU** en cas de conflit serait recommandable, y compris de manière informelle et au cas par cas, en l'absence d'une concrétisation juridique spécifique des mécanismes de coopération.

Par ailleurs, les **actions internationales de sensibilisation et de formation** devraient être renforcées dans les pays les moins favorisés économiquement. Ce type d'action peut prendre des formes diverses, comme la distribution de dépliants explicatifs (comme cela a été le cas pendant le conflit au Kosovo), la publication de revues spécialisées ou de brochures simplifiées selon le public à atteindre, l'utilisation de sites Internet interactifs, l'organisation de cours et de conférences sur le sujet. Le rapport de l'UNESCO 1995-2004 en donne ainsi des exemples, comme l'organisation

¹⁷ Voir pp. 27 et s.

d'ateliers ou de journées d'études organisées par des entités nationales mais à participation internationale, et portant sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Méritent aussi d'être rappelés le séminaire régional organisé par le Comité international de la Croix-Rouge en 1997 à Katmandou, celui organisé par l'UNESCO et le CICR à Pretoria en 2001 et celui préparé par le Comité international du Bouclier Bleu à Radenci, Slovénie, en 1998. Le Secrétariat de l'UNESCO a en outre préparé des trousseaux d'information en plusieurs langues sur la Convention et ses deux Protocoles, diffusés auprès des militaires, des professionnels du patrimoine culturel et du grand public. Une notice sur les principes de base de ces textes a été préparée en trois langues pour le Kosovo en 1999 et diffusée par la MINUK. Par ailleurs, des informations sur le sujet sont disponibles en ligne sur le site web de l'UNESCO¹⁸.

Les programmes de formation doivent être élargis aux forces armées d'un plus grand nombre d'Etats, aux sociétés militaires privées et aux sociétés commerciales privées agissant dans les pays en conflit. L'assistance aux pays en développement pour l'organisation de ce type de programme doit être également encouragée. Le Rapport de l'UNESCO 1995-2004 propose en outre la création et la formation d'un service spécialisé au sein des forces armées pour la protection des biens culturels. Il indique également qu'afin de favoriser la formation aux principes de base de la Convention, le Secrétariat de l'UNESCO en a préparé une liste en une page, que les forces de maintien de la paix peuvent conserver sur elles. De plus, le Secrétaire général de l'ONU a publié un bulletin en 1999 sur le respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies, qui pose les interdictions du droit international coutumier et de la Convention.

D'autres documents à l'attention des soldats ont été préparés par les différents pays et des cours destinés aux différents officiers ont été organisés. En Allemagne, des cartes militaires fréquemment actualisées indiquent la localisation des biens culturels renseignés par les autorités civiles de protection du patrimoine culturel. En Belgique, les textes de la Convention et de ses deux Protocoles sont diffusés et enseignés à tous les niveaux et grades de la hiérarchie militaire. Dans des pays comme les Pays-Bas, la Norvège, et la Pologne, ont été instituées des sections spécialisées dans l'armée, ayant notamment un contact direct avec le Ministère de la culture et les connaissances nécessaires pour avoir un accès rapide à une information scientifiquement correcte. En Suède, les militaires peuvent consulter des conseillers en droit international.

Enfin, en matière de **financement** pour la protection et la reconstruction des biens culturels endommagés par le conflit, doivent être explorées les possibilités de mécénat, de participation de compagnies aériennes, d'acteurs du tourisme et d'hôtels, ainsi que d'organisations internationales et organisations non gouvernementales.

Conclusions

Les exigences de la protection des biens culturels se développant continuellement, il est nécessaire que le cadre juridique la régissant soit flexible et puisse évoluer. Le système de protection des biens culturels en cas de conflit armé a déjà été considérablement perfectionné par le Deuxième Protocole à la Convention de La Haye de 1954, mais le caractère récent de l'entrée en vigueur de ce Protocole ne permet pas d'évaluer son degré précis d'efficacité. En effet, il a apporté d'importantes

¹⁸ Voir aussi pp. 21 et s. du Rapport de l'UNESCO.

améliorations et compléments aux mécanismes prévus par la Convention de 1954, mais à ce jour il n'a pas été mis en œuvre lors d'un conflit armé. Si le « Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé » qu'il prévoit est déjà constitué, il n'est pas encore en mesure d'agir, les principes directeurs pour la mise en œuvre du Deuxième Protocole étant encore en cours d'élaboration.

Les principales difficultés d'application de la Convention et de ses deux Protocoles proviennent de la non ratification de ces instruments par des Etats impliqués dans des conflits armés, du manque de connaissance de leurs dispositions notamment de la part du personnel militaire, de l'insuffisance de précision de certaines de ces dispositions, et de l'absence de moyens souvent financiers pour les mettre en œuvre. Afin d'y remédier, outre la promotion de leur ratification, les outils les plus efficaces semblent être le développement de la formation et de la prévention, le renforcement des mécanismes de contrôle, la facilitation de la répression des infractions et, tant que cela sera possible, le développement de mécanismes contraignants de mise en œuvre.

Bibliographie

BOYLAN (P. J.), *Réexamen de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye de 1954)*, Paris, UNESCO, 1993, 179 p.

BÜCHEL (R.), « Mesures préventives prises en Suisse dans le cadre de la protection des biens culturels », *R.I.C.R.*, vol. 86, n° 854, juin 2004, pp. 325-336.

BUGNION (F.), « La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé », *R.I.C.R.*, vol. 86, n° 854, juin 2004, pp. 313-324.

CLÉMENT (E.), « Some Recent Practical Experience in the Implementation of the 1954 Hague Convention », *International Journal of Cultural Property*, n° 1, vol. 3, 1994, n° 1, pp. 11-25.

CLEMENT E. et QUINIO (F.), « La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés, à travers l'application de la Convention de La Haye de 1954 », *R.I.C.R.*, vol. 86, n° 854, juin 2004, pp. 389-400.

DUTLI (M. T.), BOURKE MARTIGNONI (J.) et GAUDREAU (J.), *Protection des biens culturels en cas de conflit armé*, Rapport d'une réunion d'experts (Genève, 5-6 octobre 2000), CICR, novembre 2001, 223 p.

HENCKAERTS (J.-M.), « New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict », *R.I.C.R.*, vol. 81, n° 835, 1999, pp. 593-620.

HENCKAERTS (J.-M.) et DOSWALD-BECK (L.) (ed.), *Customary International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross (ICRC), 1996.

HLADÍK (J.), « Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, Netherlands (March 15-26, 1999) », *International Journal of Cultural Property*, vol. 8, 1999, n° 2, pp. 526-529.

HLADÍK (J.), « Reporting system under the 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », *R.I.C.R.*, vol. 82, n° 840, 2000, pp. 1001-1016.

HLADÍK (J.), « The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity », *R.I.C.R.*, vol. 81, n° 835, 1999, pp. 621-635.

HLADÍK (J.), « The Review Process of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Impact on International Humanitarian Law », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, pp. 313-322.

HLADÍK (J.), « Marking of cultural property with the distinctive emblem of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », *R.I.C.R.*, vol. 86, n° 854, juin 2004, pp. 379-387.

MAINETTI (V.), « De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 », *R.I.C.R.*, vol. 86, n° 854, juin 2004, pp. 337-366.

MANHART (Ch.), « UNESCO's mandate and recent activities for the rehabilitation of Afghanistan's cultural heritage », *R.I.C.R.*, vol. 86, n° 854, juin 2004, pp. 401-414.

NAHLIK (S. E.), « La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé », *R.C.A.D.I.*, vol. 120, II, 1967, pp. 61-163.

NAHLIK (S. E.), « International law and the protection of cultural property in armed conflicts », *The Hastings Law Journal*, vol. 27, 1976, n° 5, pp. 1069-1087.

NAHLIK (S. E.), « Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 1954: General and Special Protection », in *Istituto internazionale di diritto umanitario, La protezione internazionale dei beni culturali/The International Protection of Cultural Property/La protection internationale des biens culturels*, Rome, Fondazione Europea Dragan, 1986, pp. 87-100.

PROTT (L. V.), « The Protocol to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention) 1954 », in *Humanitäres Völkerrecht – Informations-Schriften* (Bonn, German Red Cross), vol. 4, 1993, pp. 191-194.

TOMAN (J.), *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ainsi que d'autres instruments de droit international relatifs à cette protection*, Paris, UNESCO, 1994, 490 p.

UNESCO, *Rapport sur la mise en œuvre de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé adopté à La Haye en 1954 et de ses deux Protocoles de 1954 et 1999*, Rapport sur les activités de 1995 à 2004 (CLT-2005/WS/6).

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT EN TEMPS DE CONFLIT ARME

SEVERINE BORDERON

VIRGINIE LINDER¹

Résumé

La protection de l'environnement repose sur un arsenal juridique hétérogène mis en œuvre par une pluralité d'acteurs (États, organisations internationales, ONG, secteur privé...). Cette recherche nous a conduit à faire le constat de l'inefficacité de cet ensemble normatif et à envisager de nouvelles pistes de travail. Élaboration et/ou clarification des instruments juridiques, renforcement de la prise en compte de l'environnement dans le cadre opérationnel du conflit (planification - évaluation environnementale), réduction de l'empreinte écologique des équipements militaires, « gestion environnementale » du post-conflit sont autant de propositions envisagées dans le présent rapport.

« La consolidation, la mise en application et la clarification du droit protégeant l'environnement pendant les conflits permettraient de mieux protéger les ressources naturelles des pays en guerre »².

Il existe depuis l'Antiquité des traces de ce que l'on peut qualifier d'atteintes à l'environnement en période de conflits armés. En Mésopotamie, en temps de guerre, les digues furent détruites afin d'inonder les terres agricoles ennemies. Bien plus tard, au XXe siècle, lors de la guerre sino-japonaise, les militaires chinois eurent recours à l'inondation à des fins militaires provoquant « l'acte de guerre écologique le plus dévastateur de toute l'histoire de l'humanité ». Pour stopper la progression des troupes japonaises, l'armée chinoise dynamita la digue de Huayuankow sur le fleuve jaune, provoquant un désastre écologique (11 villes chinoises et plus de 4000 villages furent engloutis).

Durant la guerre du Vietnam, l'armée américaine déversa plus de 70 millions de litres de défoliant (agent orange) sur près de 1,7 millions d'hectares dans le cadre de l'opération « Ranch Hand », dont l'objectif était de chasser de la jungle vietnamienne les combattants communistes. Malgré une condamnation de ces agissements par la communauté scientifique internationale, en raison notamment de la toxicité de l'agent orange pour les hommes et les végétaux, l'action menée par l'armée américaine ne fut suspendue qu'en 1971. Ainsi, 2,1 à 4,8 millions de Vietnamiens furent exposés directement aux herbicides de 1961 à 1971, et 1/5e de la forêt fut détruit.

Au cours de la guerre du Golfe, le sabotage de puits de pétrole koweïtiens fut ordonné (attaques et incendies), causant d'importants dommages environnementaux : pollution du désert (300 lacs de pétrole recouvraient 50 km de désert), des côtes koweïtiennes et saoudiennes, et émanations d'épaisses fumées toxiques...

En ce début de XXIe siècle, le constat qui peut être fait est triste. Les atteintes à l'environnement se sont multipliées, et aggravées : catastrophes chimiques, mines antipersonnel, déforestation, flux de réfugiés, destruction de sites industriels et d'infrastructures, passages d'engins civils et militaires. Ce constat est d'autant plus alarmant, que depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les conflits se concentrent dans les pays en développement à faibles revenus.

¹ Séverine Borderon est doctorante en droit à l'École Nationale Supérieure des Mines de Paris. Virginie Linder est doctorante et ATER en droit public à l'Université de Cergy-Pontoise.

² *Nouveau rapport publié par le Programme des Nations Unies pour l'Environnement : Journée internationale pour la prévention de l'exploitation de l'environnement en temps de guerre et de conflit armé*, Nairobi, le 6 novembre 2009.

Au regard de ce qui précède, force est de constater que l'environnement est toujours touché par le conflit armé. C'est à travers d'une part l'analyse du cadre juridique de la protection de l'environnement en temps de conflits armés (Partie I), et d'autre part l'analyse du cadre opérationnel (Partie II) que nous tenterons de faire émerger de nouvelles pistes de réflexion.

PARTIE I : EVALUATION DU CADRE JURIDIQUE DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT

Les activités militaires sont directement responsables de 30% de la dégradation de l'environnement dans le monde, en prenant en compte non seulement les dommages causés pendant la période de conflit armé, mais également ceux découlant des phases pré- et post-conflit. Le stockage de déchets dangereux ou d'armes chimiques et biologiques, les aires d'entraînement militaire, les armes nucléaires, les munitions qui n'ont pas explosé et le matériel abandonné, la déforestation et l'érosion, témoignent des conséquences de la guerre sur l'environnement.

Le défaut de prise en compte de l'environnement dans le cadre des conflits armés s'explique-t-il par la défaillance du droit ? L'analyse du corpus juridique existant associée à une réflexion relative aux mécanismes de sanction et de réparation des dommages environnementaux permettront de répondre à cette question.

A. Les instruments juridiques : entre protection directe et indirecte de l'environnement

Les instruments juridiques internationaux relatifs à la protection de l'environnement en temps de conflits armés sont peu nombreux et trouvent leur origine dans différents pans du droit international. Dans un souci d'exhaustivité, la protection de l'environnement sera ici envisagée de manière directe (1) et indirecte (2).

1. La protection directe de l'environnement en temps de conflit armé

La prise de conscience de la communauté internationale à l'égard de la préservation de la nature et de l'environnement a émergé au début du XX^{ème} siècle avec la première convention internationale de protection des espèces sauvages du 19 mars 1902 relative à la protection des oiseaux utiles pour l'agriculture. La communauté internationale n'a manifesté que tardivement son intérêt pour l'environnement, sa prise en compte en temps de conflit armé n'intervenant qu'à partir des années 70. La nécessité d'introduire des mécanismes de protection directe de l'environnement en période de conflit armé a fait suite au désastre de la guerre du Vietnam durant laquelle les moyens et méthodes de guerre utilisés ont largement dépassé le principe de nécessité, faisant de l'environnement l'une des principales victimes.

En 1976, une première convention internationale relative aux périodes de conflits engage les Etats Parties à ne pas utiliser l'environnement comme arme de guerre (Convention ENMOD de 1976). L'année suivante en 1977, le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) se réfère à son tour de manière directe à la protection de l'environnement en période de guerre.

1.1. La Convention ENMOD de 1976 : une prise en compte directe aux effets limités

La « Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles », appelée « Convention ENMOD », a été adoptée à New York le 10 décembre 1976 et est entrée en vigueur le 5 octobre 1978. A travers cette Convention, les parties s'engagent « à ne pas utiliser à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves, en tant que moyens de causer des destructions ou des préjudices à tout autre État partie » (Article 1er).

L'article 2 complète ce dispositif et précise la signification des termes « techniques de modification environnementale » qui « désigne[nt] toute technique ayant pour objet de modifier – grâce à une manipulation délibérée de processus naturels – la dynamique, la composition de la Terre, y compris ses biotopes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique ».

Même si l'on peut observer ici un premier pas dans la prise en compte de l'environnement en temps de conflit, les lacunes de ce dispositif se révèlent être nombreuses, restreignant le champ d'application de la Convention :

Tout d'abord, force est de constater que la Convention ne prohibe qu'une « certaine » forme d'atteinte à l'environnement : « l'utilisation de techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles ». L'article 3 § 1 de la Convention ENMOD précise expressément que les dispositions de cette Convention ne gêneront pas l'utilisation de techniques de modifications environnementales à des fins pacifiques.

D'autre part cette interdiction ne concerne que la « manipulation délibérée de processus naturels ». Ainsi, le dommage collatéral résultant d'une attaque contre un objectif militaire ne rentre pas dans le cadre de la Convention.

L'article premier dispose, de plus, que des destructions ou des préjudices causés par la manipulation de l'environnement doivent être infligés « à tout autre État partie », c'est-à-dire que la Convention ne pourra s'appliquer qu'à partir du moment où l'Etat concerné est partie à la Convention : ainsi, si la manipulation affecte un Etat non-partie à la Convention, la Convention ENMOD est inapplicable.

Enfin, l'application de la convention est conditionnée par une ultime exigence : l'emploi de techniques de modification de l'environnement doit produire des effets « étendus, durables ou graves ». Bien qu'alternatives, ces conditions posent un seuil de protection, dont la détermination nécessite un effort de définition. L'annexe à la Convention qui contient un « accord interprétatif » relatif à l'article premier, précise la signification de ces termes : ainsi, le terme « étendu » est défini comme « des effets qui s'étendent à une superficie de plusieurs centaines de kilomètres carrés » ; la notion de « durable » s'entend comme « des effets qui s'étendent à une période de plusieurs mois, ou environ une saison », enfin, la notion de « grave » est interprétée comme « des effets qui provoquent une perturbation ou un dommage sérieux ou marqué pour la vie humaine, les ressources naturelles et économiques ou d'autres richesses ». Toutefois, l'ambiguïté du vocabulaire choisi (une saison, dommage sérieux...) révèle un manque de volonté de la communauté internationale de limiter le champ d'action militaire au profit de l'environnement.

Le constat du faible intérêt pour la protection de l'environnement semble d'autant plus important que l'article 8 de la Convention ENMOD, prévoyant que des conférences de révision à des intervalles

non inférieurs à cinq ans soient organisées, n'a pas été respecté : la première conférence de révision s'est déroulée à Genève en septembre 1984, la seconde s'est tenue huit ans plus tard, avant que ces réunions ne soient totalement abandonnées. Il serait donc convenable de respecter l'article 8 de la Convention ENMOD de manière à encourager le respect de la Convention et de lui permettre de traverser le temps en se conformant aux évolutions technologiques et de s'adapter de ce fait aux besoins de protection de l'environnement.

1.2. Le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 : un champ d'application limité

Un lien inévitable a été établi entre la Convention ENMOD de 1976 et le Protocole additionnel I de 1977 au vu de la complémentarité de ces deux instruments. En effet, alors qu'ENMOD prohibe la manipulation délibérée de l'environnement, le Protocole additionnel I interdit d'attaquer l'environnement per se, le considérant de ce fait comme victime du conflit.

Deux articles du Protocole additionnel n°1 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux font directement référence à la protection de l'environnement :

- l'article 35§3 dispose qu'« il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel » ;
- l'article 55 dispose quant à lui que « [l]a guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population ».

Relevant du droit humanitaire, ces dispositions démontrent une véritable volonté de prendre en compte l'environnement en cas de conflits armés internationaux. Cependant, le champ d'application du Protocole reste limité.

La principale limite relève de l'existence de critères de qualification du dommage. Ces conditions, énoncées de manière cumulative, ne rendent l'article 35 du protocole applicable que si le dommage à l'environnement est à la fois étendu, durable et grave. De plus, ces termes, bien qu'ayant été définis par « l'accord interprétatif » de la Convention ENMOD, ont été repris et interprétés de manière différenciée à travers les travaux préparatoires du Protocole n°1. Ceci contribue au manque de clarté des définitions à donner à ces termes, et laisse place à beaucoup de subjectivité dans leur interprétation. Ainsi par exemple, les travaux préparatoires définissent le terme « étendu » comme le « périmètre ou [le] secteur affecté », et le terme « durable » comme « [des] décennies ».

D'autre part, le Protocole ne s'applique qu'aux conflits armés internationaux. Ainsi, l'objet-même du Protocole I se trouve dépassé par le contexte dans lequel il s'inscrit : alors que le droit international humanitaire s'est développé dans une période de conflits essentiellement interétatiques, la réalité actuelle fait ressortir que la majorité des conflits sont internes. Dans un tel contexte, le Protocole I est inapplicable et par conséquent, l'environnement n'est pas protégé. Le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève relatif aux conflits armés non-internationaux est quant à lui applicable. Il n'existe cependant aucune référence à la protection de l'environnement dans ce texte. Il conviendrait alors d'inclure au sein du Protocole additionnel n°2 des dispositions

similaires aux articles 35 et 55 du Protocole additionnel I, afin que l'environnement puisse être protégé lors de conflits internes, et non uniquement internationaux.

2. La protection indirecte de l'environnement en temps de conflit armé

2.1. Le droit international de l'environnement et le droit international humanitaire

Le droit international humanitaire est un droit créé pour la protection de la vie humaine en temps de conflit, et hormis les dispositions des protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949, la protection de l'environnement ne peut se faire qu'à travers une interprétation des normes applicables à la protection de la vie humaine. C'est donc uniquement de manière incidente que l'environnement pourra être protégé par ce droit. Afin de renforcer la prise en considération de l'environnement par le droit international humanitaire, il s'agirait d'élargir les possibilités d'application de ce droit à la cause environnementale, en le réinterprétant en faveur de l'environnement (en considérant par exemple que le droit à la santé inclut le droit de vivre dans un environnement sain).

En ce qui concerne le droit international de l'environnement, il envisage la protection de l'environnement en temps de paix mais son application en temps de conflit armé est un tout autre enjeu qui n'a malheureusement pas fait l'objet d'un développement efficient. L'applicabilité d'un accord international environnemental s'interprète au regard de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Il s'agit alors d'analyser chaque convention environnementale et de déterminer son applicabilité ou non en temps de conflit armé. Certaines conventions précisent elles-mêmes si elles sont applicables, d'autres posent des limites, d'autres encore se déclarent tout simplement inapplicables en temps de guerre. La situation n'est donc pas figée, et nécessite une étude au cas par cas, en fonction du domaine de l'environnement concerné.

L'application du droit international de l'environnement est également difficile à réaliser pour des raisons pratiques. En effet, il est stipulé que toute infraction au droit des conflits armés impliquera l'application de droit international pénal. Cependant, pour savoir s'il y a une infraction, il est nécessaire – dans un premier temps – d'examiner la situation et d'évaluer la nature de celle-ci. Cette évaluation en temps de guerre peut parfois être difficile, ce qui limite le recours au droit international de l'environnement ainsi qu'au droit international humanitaire. Par exemple, en 2003, après la chute du régime irakien, les représentants de CICR envoyés sur le terrain afin d'examiner la situation ont été incapables d'achever leur mission. Cet exemple montre que les temps de guerre sont des périodes durant lesquelles il est souvent difficile de respecter ses obligations juridiques. Néanmoins ces difficultés n'empêchent pas l'application par les militaires des principes généraux du droit de la guerre.

2.2. Les principes généraux du droit de la guerre

Parce que le droit international de l'environnement ne protège pas ou mal l'environnement en temps de conflit armé, et parce que le droit international humanitaire ne met pas en place suffisamment de dispositions directement relatives à l'environnement, c'est à travers les principes du droit de la guerre et de manière indirecte que l'environnement tente de trouver une protection.

Ainsi par exemple, le principe de nécessité qui figure à l'article 5 du Protocole additionnel n°1 aux Conventions de Genève signifie que l'utilisation d'armes devrait être limitée aux nécessités de la

guerre, et ne devrait pas excéder l'objectif militaire. De même, le principe de proportionnalité vise à réaliser des attaques armées proportionnelles aux objectifs militaires à atteindre. Enfin, le principe de l'équité intergénérationnelle, qui consiste à prendre en compte les générations présentes et futures, est très présent en droit international de l'environnement, et est repris en droit international humanitaire. En effet, nous avons pu l'évoquer de manière indirecte à travers la Convention ENMOD et le Protocole additionnel n°1 lorsqu'ils se réfèrent aux dommages « durables » car cette notion vise de manière incidente à limiter les impacts de la guerre sur l'environnement, et à préserver cette équité intergénérationnelle.

Malgré tout, l'application de ces principes à la cause environnementale reste limitée et les principes de nécessité et de proportionnalité ne sont pas pris en compte par les armées. L'exemple de la guerre du Vietnam est assez évocateur de ce constat. En effet, l'épandage d'agent orange (herbicide) sur 20% des forêts du Sud du pays a violé le principe de proportionnalité et la destruction de 400 000 hectares de terrain agricole par cette même substance chimique a excédé l'objectif militaire, outrepassant ainsi le principe de nécessité.

De plus, en pratique, bien que le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 définisse le principe de proportionnalité dans ses articles 35 (2), 51 (5) (b) et 57 (2) (a) et (b), la protection offerte ne propose pas de règle permettant de délimiter si une attaque militaire est proportionnelle ou non, et n'interdit pas les dégâts environnementaux qui peuvent être proportionnels.

A la lumière des constats que nous venons d'exposer, bien que les principes généraux ne soient pas appliqués, ils n'en restent pas moins communément admis. Il faudrait alors en appeler à l'éthique militaire pour faire respecter ces principes de nécessité, de proportionnalité et d'équité intergénérationnelle. C'est alors à travers la responsabilisation des armées que ces principes peuvent être respectés, et par là-même que l'environnement pourra être protégé.

Ainsi, si la responsabilisation peut être une solution, la responsabilité des acteurs du conflit armé peut en être une autre. C'est alors à travers les juridictions internationales que la responsabilité pour les dommages environnementaux découlant d'un conflit armé va être envisagée.

B. Les juridictions internationales : responsabilité individuelle et responsabilité étatique

Deux catégories de juridictions internationales, compétentes pour statuer sur la protection de l'environnement en temps de conflits armés, seront étudiées ci-contre : les juridictions compétentes pour juger les individus et les juridictions jugeant les actes des Etats.

1. Les juridictions compétentes pour juger les individus

Deux formes de tribunaux sont à distinguer : les tribunaux ad hoc et les tribunaux permanents.

1.1. La compétence des tribunaux ad hoc limitée par leur caractère temporaire

La compétence des tribunaux ad hoc, et en particulier des tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda (TPIR) et pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), n'est envisagée dans leur statut qu'à l'égard des individus (article 5 et 6 du TPIR et articles 6 et 7 du TPIY). Ils ont été créés pour connaître des crimes internationaux commis lors de conflits armés mais sont limités dans le temps et dans l'espace.

La fonction principale de ces tribunaux est de sanctionner les crimes qu'ils définissent dans leur statut. Cette définition peut parfois faire entrer l'environnement dans leur champs de compétence sinon de manière directe, du moins indirectement. A cet égard, le statut du TPIY inclut des dispositions relatives à l'environnement aux articles 2(d) et 3(b). Ainsi, selon l'article 2(d), le TPIY est compétent pour juger les actes de destruction et d'appropriation de biens non justifiés par des nécessités militaires et exécutés sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire. Il est également compétent pour juger de la « destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires » (art. 3(b)).

A travers ces éléments, il est possible d'inclure les villes et villages comme partie de l'environnement, et de considérer par conséquent que ces articles s'appliquent à la protection de l'environnement.

Une telle prise en compte n'est pas utopique puisque les Procès de Nuremberg ont reconnu pour la première fois « un crime de guerre purement environnemental » en condamnant neuf Allemands pour avoir exploité une sylviculture polonaise de manière excessive, dépassant ce qui était nécessaire pour préserver les ressources en bois de construction du pays, et outrepassant les limites imposées par le principe de proportionnalité du droit humanitaire.

1.2. La compétence restreinte des tribunaux permanents : l'exemple de la Cour pénale internationale

A la différence des tribunaux ad hoc, la Cour pénale internationale (CPI) est une juridiction permanente, compétente pour connaître des actes constitutifs de crimes de guerre, génocides, crimes contre l'humanité et crimes d'agression. Le Statut de Rome y fait directement référence à l'article 8(2)(b)(iv) selon lequel « la Cour a compétence à l'égard des attaques délibérées pouvant causer de manière incidente des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu ».

Cette étape importante, qui pose les jalons d'une prise en compte directe de l'environnement par une juridiction permanente, s'accompagne cependant de certaines limites. En effet, comme nous avons pu le constater dans la première partie, la définition des termes « étendus, durables et graves » présents à la fois dans la Convention ENMOD et dans le Protocole additionnel n°1 de 1977 fait défaut. Le statut de Rome reprenant le principe de critères cumulatifs, il peut être supposé qu'il se réfère aux termes du Protocole n°1 et à la définition qui en est faite dans les travaux préparatoires qui l'accompagnent.

Outre ces premières restrictions, le Statut de Rome précise également que ces dommages environnementaux doivent être commis intentionnellement (attaques délibérées), et qu'ils doivent outrepasser les principes de nécessité et de proportionnalité (excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu). Ces conditions restrictives tendent donc à limiter drastiquement la compétence de la Cour pour connaître des dommages causés à l'environnement en temps de guerre.

2. Les juridictions compétentes pour juger les états

Deux exemples : la Cour internationale de Justice et la Commission de compensation des Nations Unies (CINU)

2.1. L'exemple de la Cour internationale de Justice

La Cour internationale de Justice (CIJ), créée en 1946 et établie par l'article 92 de la Charte des Nations Unies, dispose d'une double compétence contentieuse et consultative. Comme le précise l'article 34 de la Charte des Nations Unies, seuls les États ont qualité pour se présenter devant elle et lui soumettre des affaires contentieuses.

Etant compétente pour connaître de « toutes les affaires que les parties lui soumettront » (article 36), et en particulier « l'interprétation d'un traité; tout point de droit international; la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international; et la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international », la Cour peut donc se déclarer compétente pour juger un Etat ayant causé des dommages à l'environnement en temps de conflit armé.

Ainsi par exemple, le 29 avril 1999, la République fédérale de Yougoslavie (RFY) a introduit des requêtes devant la CIJ contre dix Etats membres de l'OTAN pour violation de l'obligation de ne pas recourir à l'emploi de la force contre un autre Etat et a demandé à la Cour d'ordonner la cessation immédiate de l'emploi de la force. Dans ses requêtes, la Yougoslavie a affirmé, entre autres griefs, que les Etats avaient commis « des actes par lesquels [ils] [avaient] violé [leurs] obligation[s] internationale[s] [...] de protéger les populations civiles et les biens de caractère civil en temps de guerre, [et] de protéger l'environnement », et a demandé à la Cour de juger que les dix Etats étaient responsables de violations de leurs obligations internationales, violations auxquels ils sont tenus de mettre fin avant de réparer le préjudice subi. Pour fonder ses demandes, la Yougoslavie avait notamment invoqué l'application des dispositions des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole additionnel I de 1977.

Bien qu'ayant du se déclarer incompétente dans ce cas d'espèce, la CIJ n'en reste pas moins compétente pour juger des dommages environnementaux lorsqu'un Etat en demande la réparation ; l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* du 25 septembre 1997 en est un exemple emblématique³.

2.2. L'exemple de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (CINU)

Faisant suite à la guerre du Golfe et au désastre écologique consécutif, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la résolution 687 du 3 avril 1991 qui crée une Commission d'indemnisation, rendant l'Irak responsable des dommages causés directement à l'environnement. Cette résolution vise également à déterminer le régime juridique applicable à l'Irak en matière de réparations de guerre. Ainsi l'Irak serait « responsable, en vertu du droit international, de toute perte, de tout dommage, y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles, et de tous autres préjudices directs subis par les Etats étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères du fait de son invasion et de son occupation illicite du Koweït ». La question de la responsabilité de l'Irak n'a pas engendré de difficultés car les autorités irakiennes se sont elles-mêmes reconnues responsables d'actes de pollution. La CINU s'est alors penchée, à travers son Comité F4 spécialement dédié à la question environnementale, aux questions de réparation des dommages environnementaux et à l'évaluation de ces dommages.

³ Cour internationale de Justice, Affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, arrêt du 25 septembre 1997. Dans cette affaire, la CIJ s'est déclarée compétente pour juger un conflit opposant la Slovaquie à la Hongrie sur la question de savoir si la protection de l'environnement pouvait soustraire un Etat au respect des dispositions d'un traité.

La création de cette Commission constitue une avancée majeure pour la protection de l'environnement en temps de conflits armés car un travail sérieux d'évaluation des impacts de la guerre sur l'environnement et d'évaluation des réparations nécessaires à une remise en état est actuellement en cours. Cet organe hybride se situant à mi-chemin entre un organe administratif et une juridiction ouvre ainsi la voie à une responsabilité des Etats quant à la dégradation de l'environnement qu'ils peuvent provoquer en période de conflit armé.

Conclusion de la Partie I

Difficultés majeures relevées

La réglementation actuellement existante est inefficace :

- Les termes employés par les instruments contraignants sont vagues et mal définis
- La majeure partie des instruments juridiques faisant référence à la protection directe de l'environnement provient du droit souple.

La prise en compte de l'environnement en temps de conflit armé est incomplète :

- Manque d'interdiction d'activités militaires hostiles dans les zones environnementales protégées au niveau international
- Manque de registres de ces zones protégées
- Manque d'études d'impact avant un conflit armé pour évaluer les pertes possibles
- Manque de mise à jour des procédures militaires relatives aux avancées technologiques et scientifiques.

Recommandations

Clarifier le vocabulaire utilisé dans les instruments contraignants : les auteurs du dernier rapport du PNUE du 6 novembre 2009 recommandent qu'une formulation plus précise soit adoptée, de sorte que le seuil du « dommage environnemental » soit défini comme un dommage grave dont les impacts s'étendent sur plusieurs centaines de kilomètres carrés, et qui perdurent pour une période de plusieurs mois ou d'une saison ;

Intégrer des mécanismes d'évaluation des risques environnementaux aux instruments contraignants : le nouveau rapport du PNUE préconise qu'« au début de tout conflit, les ressources naturelles essentielles et les zones d'importance écologique [soient] délimitées et désignées comme des "zones démilitarisées" » ;

Créer de nouveaux instruments contraignants directement relatifs à la protection de l'environnement en temps de conflits armés : par exemple, créer un nouvel instrument juridique qui « démilitariserait » et protégerait les sites importants et les écosystèmes vitaux, tels que les aquifères souterrains, les terres agricoles et d'élevage, les parcs protégés, les forêts nationales, et les habitats d'espèces menacées ;

L'idée de créer un tribunal international pénal pour l'environnement a été lancée. Il s'agirait d'un tribunal permanent exclusivement destiné à la protection de l'environnement. Sa création nécessitant du temps, il s'agirait alors d'encourager sa mise en place ;

L'arbitrage international est également une bonne alternative : le rapport du PNUE de 2009 « encourage la communauté internationale à considérer le renforcement de la Court permanente d'arbitrage pour régler les disputes liées aux dommages environnementaux durant les conflits », et

suggère que l'année à venir offre une opportunité d'avancer sur ces questions juridiques, notamment durant la première Conférence de révision du Statut de Rome, qui se tiendra à Kampala (Uganda) en juin 2010.

S. BORDERON

PARTIE II : ASPECTS OPERATIONNELS DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENVIRONNEMENT EN TEMPS DE CONFLIT ARME

Le droit international public paraît aujourd'hui assez peu efficace au regard des enjeux environnementaux soulevés par les conflits armés, c'est le triste constat que nous sommes en mesure de faire suite à son analyse. Le cadre normatif général s'avérant inadapté, les dégâts causés à l'environnement par les conflits armés multiples et irrémédiables, de nouvelles voies de protection, directes ou indirectes, se doivent d'être actionnées.

L'évaluation du « cadre opérationnel » du conflit armé pourrait offrir cette alternative. Pour y parvenir nous avons fait le choix de recourir à une classification axée sur les trois grandes phases de déroulement des conflits armés : pré-conflit, syn-conflit et post-conflit.

En se fondant sur diverses sources d'informations (questionnaires, entretiens, rapports, doctrine et réglementation internationale) la présente partie procédera à l'identification de ce cadre, mais surtout à l'évaluation de ses principales failles. Des recommandations seront en dernier lieu émises, en tachant de toujours permettre la conciliation des trois objectifs qui sous-tendent la matière, à savoir les objectifs humanitaires, environnementaux et militaires.

A. La phase de pré-conflit

1. Défense, environnement et formation

Partant du principe que « le droit existant offre une protection suffisante pour autant qu'il soit correctement appliqué », le juriste du CICR Antoine Bouvier, met en perspective un premier élément de réflexion et d'évaluation du cadre opérationnel de la protection de l'environnement en temps de conflit armé. En effet, la connaissance du droit, des obligations juridiques internationales qui en découlent, est indispensable à son application. A ce jour, les « directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé » constituent un premier outil destiné à faciliter l'instruction et la formation des forces armées. Il s'agit là d'un résumé des principales dispositions du droit international relatives à la protection de l'environnement. On y retrouve compilés les principes généraux du droit international ainsi que les règles spécifiques relatives à la protection de l'environnement naturel. Toutefois, ces directives ne constituent qu'un élément de diffusion, la charge d'instruction incombant ensuite aux forces armées. Cependant, au regard de la spécificité de certains domaines du droit relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé, ces directives ne présentent pas exhaustivement les dispositions relatives à la protection de l'environnement. De plus, les formations dispensées devraient inclure non seulement une présentation des aspects juridiques de la question mais également des conditions de terrain.

La formation et l'information relatives à l'environnement et aux enjeux du développement durable peuvent prendre différentes formes. Il peut s'agir de coordonner la recherche dans ce

domaine par le biais de structures réflexion et/ou de partenariats entre les différentes directions, ministères et organismes concernés par la protection de l'environnement. La création de divisions spécialisées au sein de l'Etat major des armées constitue un autre relais d'information et de réflexion. Enfin, une formation relative à l'environnement ainsi qu'à sa protection doit être dispensée aux personnels militaires : celle-ci peut intervenir lors de la scolarité des personnels (ex: création d'une chaire d'enseignement et de recherche spécialisée) ou bien dans le cadre de stages.

L'objectif est, nous le comprenons bien, de rendre les acteurs du conflit armé écologiquement et socialement responsables. A l'échelle internationale, aucune réglementation n'impose cette prise en compte en amont des considérations environnementales. Malgré les efforts de diffusion de l'information entrepris par certains organismes comme le PNUE, l'UICN, le CICR. Cette démarche relève avant tout des ordres régionaux et le plus souvent des ordres nationaux. Notons enfin que cette démarche suppose l'attribution de fonds destinés au financement de la formation. La réalité économique supplantant l'impératif écologique, cet effort de financement ne peut être exigé de la part de tous les pays. *2. Défense, environnement et équipements*

Selon le rapport annuel de l'Institut international de recherche pour la paix de Stockholm les dépenses militaires mondiales n'ont jamais été aussi importantes et ce malgré la crise financière. Elles ont atteint en 2008 un seuil record avoisinant 1465 milliards de dollars. Les Etats-Unis se situent en tête de ce classement suivis par la Chine, la France et le Royaume-Uni, la répartition de ce budget s'articulant généralement autour de trois grands pôles : armement, soutien et maintenance. Nous avons fait le choix de nous intéresser à deux grands types de produits : les infrastructures et les équipements de défense.

Le cycle de vie de ces équipements comprend différentes phases, et pour chacune de ces phases des propositions peuvent être élaborées. De la conception à l'utilisation, en passant par la commercialisation quelles sont les réglementations applicables ? Leurs faiblesses ? Comment y remédier ?

La prise en compte de l'environnement par la défense peut prendre des formes très diverses. Sur le plan national, il est possible d'envisager cette problématique au niveau des infrastructures. En cherchant à réaliser un triple objectif : la préservation des ressources, la diminution des émissions de gaz à effet de serre ainsi que la réduction des consommations énergétiques, les autorités concernées peuvent contribuer à la protection de l'environnement. S'inscrivant dans une démarche plus globale de développement durable, il est possible d'intervenir sur les infrastructures existantes, comme sur celles à venir. Les possibilités sont multiples et propres à chaque pays, c'est pourquoi nous nous contenterons d'en citer quelques exemples : gestion de l'énergie et renforcement de l'utilisation des énergies renouvelables, gestion des déchets, des substances dangereuses, gestion de l'eau, renouvellement de la politique des achats (« achats durables »), application des réglementations relatives aux installations classées, recours aux labels nationaux de construction (de type haute qualité environnementale). Plusieurs outils de contrôle existent déjà et pourraient être employés. C'est le cas de l'audit environnemental, des bilans carbone ou bien encore de la certification ISO 14001.

Concernant les équipements de défense, les contraintes environnementales doivent également être intégrées. En effet, leurs impacts sur l'environnement nécessitent d'être maîtrisés. De manière générale, l'éco-conception mérite d'être soutenue et développée. L'éco-conception est un mode de fabrication durable. Elle concilie optimisation des matières premières ainsi que des procédés et prise en compte des impacts environnementaux d'un produit dès sa conception et pour l'ensemble de son cycle de vie. Pour les équipements existants il s'agit de remplacer dans la mesure du possible les

matériaux susceptibles de générer des dégâts environnementaux, d'utiliser des ressources moins polluantes. Pour les équipements à réaliser, l'éco-conception impose de nouveaux partenariats entre industrie de l'armement et industrie de l'environnement, mais également avec des organismes internationaux comme l'OTAN, l'OMI, l'OIT, de tenir compte de la réglementation existante (ex : convention MARPOL, règlement européen Reach). Afin de garantir cette prise en compte de la contrainte environnementale au stade de la conception et de la réalisation de l'équipement, des clauses « environnement » peuvent et doivent être intégrées aux contrats de développement et d'acquisition des matériels de défense. Souvent évoquée, la gestion du secret ne peut constituer un frein à l'éco-conception.

La question de l'équipement soulève des réflexions plus spécifiques. Deux grandes problématiques existent en matière de défense : le démantèlement des navires de guerre et la gestion de la commercialisation et de l'utilisation des armes.

Réflexion relative à l'empreinte écologique des navires de guerre

Lorsque les navires sont devenus hors d'usage, ces derniers sont très souvent rachetés par des chantiers de déconstruction, pour la plupart installés en Asie du Sud (Inde, Pakistan, Bangladesh), proposant des tarifs très attractifs. Ce démantèlement pose de nombreux problèmes environnementaux : présence de substances dangereuses (amiante, huile, PCB, métaux lourds), absence de dispositif de gestion de ces substances sur les chantiers asiatiques, précarité des conditions de travail. La convention de Bâle de 1989 relative au transfert des déchets en pose le cadre. Les déchets y sont définis comme des « substances ou objets qu'on élimine, qu'on a l'intention d'éliminer, ou qu'on est tenu d'éliminer en vertu des dispositions du droit national ». Il en ressort une obligation d'information et d'obtention d'autorisation préalable du pays destinataire du transfert. Les directives de l'organisation maritime internationale et de l'organisation internationale du travail ainsi que la convention de l'OMI du 15 mai 2009 complètent le cadre juridique opposable au démantèlement et au recyclage des navires. La convention s'intéresse à tout le cycle de vie des navires : conception, exploitation, entretien, démantèlement.

Toutefois, le cadre juridique international paraît insuffisant. En France, l'affaire du Clémenceau a fait émerger un certain nombre d'interrogations quant au démantèlement des navires de guerre.

Lacunes du dispositif :

- Les dispositions de la convention de l'OMI ne s'appliquent pas aux navires de guerre (ni même à la question de l'échouage).
- La définition des déchets retenue par la convention de Bâle peut être contournée. S'engouffrant dans cette faille, les navires encore en mesure de naviguer peuvent rejoindre les chantiers de déconstruction sans être qualifiés des déchets, et par conséquent traverser les frontières sans être soumis aux dispositions de la convention.
- Le passeport vert créé en 2003 par l'OMI, dont l'objectif est de permettre la réduction de l'empreinte écologique des navires tout au long de leur cycle de vie ne concerne pas directement les navires de guerre. Ainsi, le recours à cet instrument de contrôle relève de la volonté des Etats de s'y soumettre.
- Lacunes du dispositif d'autorisation préalable au démantèlement.

Recommandations :

- Compiler les dispositions applicables aux navires de guerre dans le cadre d'une convention internationale.
- Renforcer l'utilisation des passeports verts, et des inventaires. La marine nationale a, par exemple, décidé de doter les navires de guerre de ce passeport vert.
- Augmenter la capacité de démantèlement « écologiquement rationnel » en Europe notamment.

Réflexion relative aux armes

Nous l'avons dit précédemment, jamais les dépenses militaires n'ont été aussi importantes, conséquence directe, jamais le commerce mondial des armes n'avait atteint un tel niveau. L'industrie des armes opère aujourd'hui à une échelle planétaire. Les modes de production sont mondialisés. La réglementation actuelle n'est plus suffisamment efficace et les gouvernements nationaux peinent à contrôler les étapes allant de la conception à la commercialisation des armes. Les coûts humains et environnementaux sont tels que la rénovation du cadre juridique international est nécessaire.

A ce jour, la réglementation des armes repose sur un arsenal d'instruments juridiques tels que :

- La Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction, de 1972, proscrit « de mettre au point, fabriquer, stocker ou acquérir d'une manière ou d'une autre ou de conserver des agents microbiologiques ou autres agents biologiques ainsi que des toxines, quels qu'en soient l'origine ou le mode de production, de types et en quantités qui ne sont pas destinés à des fins prophylactiques, de protection ou à d'autres fins pacifiques, ainsi que des armes, de l'équipement ou des vecteurs destinés à l'emploi de tels agents ou toxines à des fins hostiles ou dans des conflits armés ».
- La convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, entrée en vigueur en 1997.
- La Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, entrée en vigueur en 1999, « interdit l'emploi, la production, l'acquisition, le stockage et le transfert de mines antipersonnel. Elle interdit également d'assister ou d'encourager quiconque à s'engager dans de telles activités ».
- La Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, entrée en vigueur en 1978, « interdit les modifications de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves par des manipulations délibérées de processus naturels et interdit de modifier la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris son atmosphère ou l'espace extra-atmosphérique, dans l'intention de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à tout autre État partie ».
- La Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, est entrée en vigueur en 1983. Elle interdit l'emploi de certaines armes classiques. Elle se décompose en trois protocoles relatifs aux armes conçues pour blesser par des éclats qui ne sont pas localisables par rayons X dans le corps humain (protocole I), à l'emploi sans discrimination de mines, pièges et autres dispositifs (protocole II) et aux armes incendiaires (protocole III).

- Le protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques. Le Protocole interdit l'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous liquides, matières ou procédés analogues, et de moyens de guerre bactériologiques, entré en vigueur en 1928.
- Le traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol, 1972.
- Le traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, 1963.
- Le traité de non prolifération des armes nucléaires, entré en vigueur en 1970.

Toutefois, seul le Protocole relatif aux armes incendiaires prévoit explicitement la protection de l'environnement. Son article 2§4 prévoit « qu'il est interdit d'utiliser des armes incendiaires pour détruire des forêts et autres types de couverture végétale sauf si ces éléments naturels sont utilisés pour couvrir, dissimuler ou camoufler des combattants ou d'autres objectifs militaires, ou constituent eux-mêmes des objectifs militaires ».

Ce n'est qu'indirectement que les autres instruments offrent un cadre de protection de l'environnement, la protection concernant essentiellement les personnes et biens civils. La protection de l'environnement s'opère par « ricochet ». On comprend bien que l'interdiction des armes biologiques ou chimiques contribue indirectement à la protection de l'environnement.

Lacunes du dispositif :

Seul un instrument juridique international prévoit explicitement la protection de l'environnement. Cette disposition reste de plus très limitée, puisque limitée par l'objectif militaire.

L'encadrement juridique de l'armement reste encore aujourd'hui incomplet. Il n'existe pas de convention relative aux armes à sous munitions pourtant dévastatrices. Utilisées en très grand nombre et sans toujours beaucoup de précision, elles causent de nombreux décès et blessés au sein des populations civiles. Considérées comme des armes à grande surface d'action, elles génèrent également des dégâts environnementaux importants. A ce jour, leur utilisation n'est soumise qu'aux règles posées par le Protocole additionnel I aux Convention de Genève.

La problématique du commerce des armes n'est pas résolue. Malgré la nécessité d'une réglementation internationale, aucun traité n'existe encore.

Recommandations :

- Concernant l'armement en « général » : il apparaît nécessaire d'envisager l'élaboration d'un traité relatif au commerce des armes, depuis longtemps réclamé par les ONG, qui pourrait permettre un meilleur cadrage du transfert des armements. Par ailleurs, un renforcement du contrôle de l'armement, sous l'égide des Nations Unies, doit être engagé.
- Concernant les munitions : plusieurs propositions existent aujourd'hui. Deux méritent une attention particulière : le développement des « munitions vertes » (par exemple biodégradables), et le renforcement des mécanismes de marquage et traçage des munitions. L'objectif poursuivi ici est de pouvoir garder le contrôle sur le cycle de vie des munitions. Le marquage, préalable à toute autre technique permet une meilleure classification des munitions, l'identification de celles-ci : type d'explosif, charge contenue, risque d'explosion, risque lors de la manipulation. Le traçage quant à lui se définit comme l'ensemble des méthodes pour identifier une munition de son lieu de conception à son

lieu d'utilisation. Il permet le renforcement de la transparence, et offre surtout une possibilité d'identification du responsable des dommages générés par cette munition. A ce jour au niveau international, aucun consensus n'a encore été trouvé, il n'existe pas d'instrument international fonctionnel relatif au traçage des munitions et au contrôle de leur transfert. Toutefois, la législation brésilienne est un modèle du genre.

Un rapprochement pourrait éventuellement être opéré entre la protection de l'environnement et celle offerte par le droit aux biens civils, certains éléments de l'environnement pouvant être assimilés à des biens civils. De la même manière, la convention de l'UNESCO de 1954 relative à la protection du patrimoine culturel en cas de conflit armé pourrait être invoquée, et son système d'inventaire réutilisé.

3. Défense, environnement et planification

La planification est un processus complexe recouvrant diverses réalités : politique, économique, diplomatique, militaire. La planification permet la préparation des opérations militaires, et fixe la doctrine de coopération.

Elle comprend de multiples facettes :

- Planification des forces, c'est-à-dire doter les forces armées des capacités dont elles auront besoin afin d'exécuter leurs missions : énonciation des politiques de défense, détermination des besoins relatifs aux opérations, détermination des moyens d'évaluation de la réalisation des objectifs de la planification.
- Planification des ressources : cette étape permet de doter les forces armées des ressources financières nécessaires au déroulement de l'opération.
- Planification des armements.
- Planification logistique, à savoir le recensement des capacités logistiques civiles et militaires disponibles, et leur mise à disposition des forces armées.
- Planification nucléaire, civile, des opérations humanitaires.

La planification environnementale peut également faire partie de cet arsenal, et s'effectue par le biais de l'évaluation environnementale. L'évaluation environnementale est un outil d'analyse offrant le moyen d'intégrer les considérations environnementales à tous les niveaux de la planification et du processus décisionnel. Le principe 17 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 y fait référence : « une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente ».

De manière générale l'évaluation environnementale stratégique se définit comme « des approches analytiques et participatives de la prise de décision stratégique qui visent à intégrer les considérations d'environnement dans les politiques, les plans, et les programmes et à évaluer leurs interactions avec les considérations d'ordre économiques et sociales » (OCDE). L'évaluation environnementale s'applique aux premiers stades de décision afin de faciliter l'élaboration des décisions, et de permettre d'évaluer leur efficacité potentielle.

Dans le cadre de la planification militaire, cet outil pourrait être utilisé en amont du conflit offrant aux gouvernants l'opportunité de prendre en compte les dimensions environnementales des opérations extérieures, ainsi que des exercices militaires. L'objectif poursuivi par une telle démarche

est double : la définition et l'identification des principaux enjeux environnementaux, aux fins d'anticipation et de planification. Cette évaluation pourrait également intéresser les divers acteurs du conflit : Etats, organisations humanitaires, organisations internationales, banques multilatérales de développement. L'évaluation contient un ensemble d'informations dont la connaissance est indispensable à la protection de l'environnement : base de donnée sur la situation d'un pays, cartographie, inventaires des espèces, de la biodiversité, recensement des zones protégées (par exemple : les aires protégées, parcs nationaux, registres des biens culturels sous protection spécifique).

Recommandations :

Ce mécanisme doit être généralisé. Le PNUE a, ces dernières années, développé ses compétences en matière d'évaluation environnementale post-conflit (cf. partie 3), la démarche pourrait être organisée en amont et sous son contrôle. De la même manière un parallèle pourrait être fait avec le processus de planification en matière de biens culturels prévu par la convention de l'UNESCO de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Celle-ci prévoit entre autre l'adoption de mesures de sauvegarde en temps de paix, ainsi que l'existence d'un registre international des biens culturels sous protection spécifique.

Les difficultés relatives à sa mise en place sont nombreuses. Son efficacité doit passer par l'harmonisation des indicateurs employés, et des techniques utilisées. Par ailleurs, cette évaluation suppose l'allocation de fonds spécifiques. Une assistance technique et financière devra donc être offerte aux pays les plus démunis. Le recours aux mécanismes mis en place dans le cadre des opérations de développement organisées par les Banques multilatérales pourraient servir de support à la diffusion de cette technique pré-conflit (ex : le modèle d'évaluation environnementale de la Banque mondiale).

B. La phase syn-conflit : défense et droit de l'environnement

La phase syn-conflit soulève également un nombre important d'interrogations lorsque l'on s'intéresse à la protection de l'environnement. La principale consiste à déterminer le droit de « l'environnement » applicable. A ce titre, on distingue le cadre réglementaire international, le droit du pays où se déroule le conflit armé, autrement appelé droit local.

D'une manière générale, la protection internationale de l'environnement en temps de conflit armé relève des dispositions du Protocole I de 1977. L'article 35 dispose qu'il est :

« interdit d'utiliser des méthodes ou des moyens de guerre qui sont conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ».

L'article 55 prévoit que :

« la guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou des moyens conçus pour causer ou dont on peut craindre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement, compromettant de ce fait, la santé ou la survie de la population ».

Les dispositions de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination imposent aux forces militaires de traiter dans la mesure du possible les déchets produits par les opérations extérieures (OPEX) sur le territoire de l'Etat d'accueil. A ce dispositif s'ajoutent les dispositions contenues par les accords spécifiques bilatéraux et multilatéraux conclus dans le cadre d'OPEX particulières. Le cadre juridique international ayant fait l'objet de développements spécifiques préalables nous ne reviendrons pas sur son analyse.

Pour plus de précisions sur les dispositions relatives à la protection de l'environnement en OPEX, il faut se référer au droit national de l'Etat hôte. Si ce droit est moins contraignant que celui de l'ordre juridique dont dépendent les forces armées, celles-ci peuvent prendre pour référence leurs droits nationaux. On distingue ensuite plusieurs doctrines applicables spécifiquement.

L'OTAN détermine les orientations générales applicables aux opérations qu'elle dirige. Pour cela nous pouvons faire référence :

- à l'accord de standardisation (STANAG 7141) qui définit la doctrine environnementale de l'OTAN pour les opérations extérieures et les exercices menés par les forces de l'OTAN.
- à la décision du comité militaire (MC 469) qui pose les principes et politiques militaires de l'OTAN en matière d'environnement.

Selon ces textes, les forces de l'OTAN doivent respecter les dispositions relatives à la protection de l'environnement du pays hôte. A défaut, l'OTAN détermine les règles de conduite à suivre par ses forces armées. L'OTAN reconnaît une responsabilité collective dans la protection de l'environnement, mais ce sont les nations qui supportent la responsabilité des activités de ses troupes.

La doctrine française en matière de protection de l'environnement pose quant à elle le principe de la limitation de l'impact des activités militaires sur l'environnement. C'est une directive inter-armée de 2004 qui en pose le cadre. Pour y parvenir, la défense française dispose de différents outils :

- sensibilisation des commandements aux problématiques environnementales.
- planification environnementale de l'action.
- élaboration d'états des lieux lors de la phase de déploiement et contrôle de ceux-ci lors du repli des troupes.
- détermination de structures chargées de la protection de l'environnement.

Recommandations :

Un code de conduite, pour les OPEX, pourrait être adopté à l'échelle internationale reprenant des principes d'action respectueux de l'environnement, et prévoyant des standards réglementaires applicables en cas de défaillance des ordres nationaux. Par ailleurs, une réflexion est depuis quelques années menée sur la création d'une force armée spécifiquement chargée de protéger l'environnement en période de conflit armé, voire même post-conflit. Une unité de « casques verts » pourraient être créée à cette fin, c'est ce que préconise notamment le PNUE.

Anticipant la réflexion relative à la phase post-conflit, il est primordial d'intégrer à cet arsenal juridique, des instructions relatives au repli des troupes. Ces dernières doivent prendre les mesures nécessaires à la remise en état des zones occupées. Cela passe par une politique de gestion des

déchets, de dépollution des sols. La défense française a pris en compte cette dimension de la protection de l'environnement en période de conflit armé dans le cadre de sa directive de l'Etat major inter-armée de 2004 précédemment citée.

C. La phase post-conflit

1. Opérations de maintien de la paix et protection de l'environnement

En 2009, un rapport du programme des Nations Unies pour l'environnement déclare que 18 conflits violents peuvent être rattachés aux ressources naturelles (gestion, appropriation). Toujours dans ce rapport, le PNUE programme que l'impact des changements climatiques sera à l'avenir d'une telle ampleur qu'en découleront de nouveaux types de conflits. Ces nouvelles menaces à la paix internationale constituent un enjeu nouveau pour le système onusien.

Aujourd'hui considéré comme un pilier du maintien de la paix, la protection de l'environnement est un objectif à réaliser. On observe une tendance à l'élargissement du domaine d'action de l'ONU, et pour le Conseil de Sécurité en particulier dont la pratique semble évoluer dans ce sens. Ce dernier intègre de plus en plus la dimension environnementale dans les opérations de maintien de la paix. Il reconnaît officiellement le lien indirect entre conflit armé et ressources naturelles dans le cadre du conflit au Libéria :

« Reconnaissant le lien entre l'exploitation illégale des ressources naturelles, comme les diamants et le bois, le commerce illicite de ces ressources et la prolifération et le trafic d'armes illégales qui contribuent grandement à attiser et exacerber les conflits en Afrique de l'Ouest, en particulier au Libéria (...) ».

Les opérations de maintien de la paix des Nations Unies se déployant sur la base d'un mandat, c'est au regard de celui-ci que nous pouvons déterminer le degré de prise en compte de l'environnement par le Conseil de sécurité. L'exemple de la MINUL au Libéria est, à ce titre, très révélateur.

Dans les années 1990, une guerre civile éclata au Libéria opposant deux groupements politiques. Malgré le recours aux élections pour la détermination du Président et de son gouvernement, le climat général ne cessa de se dégrader, laissant place à une grande insécurité. Pour y remédier, un accord de paix fut signé entre les différentes parties libériennes prévoyant notamment une intervention de l'ONU. La MINUL, opération de paix multidimensionnelle fut créée en 2003 par une résolution du Conseil de Sécurité (CS 1509). Selon son mandat, la mission a pour objectif « d'aider le gouvernement de transition à rétablir une gestion appropriée des ressources naturelles ». Cette démarche de sécurisation des ressources est une innovation. Pour parvenir à la réalisation de cet objectif ambitieux une unité est créée « Environment and Natural Resources Unit », chargée de coordonner l'action. Des opérations de sécurisation concrètes sont menées comme celles du parc national de Sapo ou des plantations de caoutchouc.

Se fondant sur la réaffirmation de principes généraux du droit international : principe de coopération entre États, souveraineté permanente sur les ressources naturelles et protection de l'environnement, le mandat de la MINUL intègre un objectif de protection de l'environnement. Toutefois ce dernier est restreint, la protection des ressources naturelles se limitant aux éléments concernés par le conflit armé à savoir le bois et les diamants. De plus cette démarche devra à l'avenir être généralisée.

Recommandations :

Offrir à la protection de l'environnement un cadre plus large, ne la limitant pas aux éléments de l'environnement concernés ou à l'origine du conflit. Un principe général de protection doit être intégré aux mandats des opérations de maintien de la paix. Nous recommandons également la création d'une section permanente chargée de la coordination des objectifs du maintien de la paix et de la protection de l'environnement.

2. Conflit armé et évaluation environnementale post-conflit

La première évaluation environnementale post-conflit a été réalisée sous l'égide du PNUE, en 1999, à la suite du conflit armé qui s'est déroulé sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Suivirent d'autres opérations de ce type en Afghanistan, en Irak, au Libéria, dans les Territoires Palestiniens, et au Liban. L'objectif de l'évaluation environnementale est double :

- identifier les risques immédiats pour la santé et l'existence des populations.
- fournir des recommandations : nettoyage, utilisation durable des ressources, renforcement de la gestion environnementale.

De manière générale, les évaluations environnementales ont permis de mettre en évidence des points communs entre les différents conflits :

- le conflit militaire a toujours un impact néfaste sur l'environnement.
- les questions environnementales devraient être intégrées au travail humanitaire, à la reconstruction, au développement.
- le travail environnement contribue au renforcement du processus de paix.

L'évaluation environnementale consécutive au conflit ayant opposé le Liban et Israël illustre bien ce propos. En juillet 2006 débuta un conflit entre le Liban et Israël. Il dura 30 jours et fit de nombreux dégâts environnementaux : destructions d'infrastructures (ponts, installations industrielles, zones résidentielles), impacts environnementaux liés aux bombardements (centrale électrique de Jiyeh, sites industriels dangereux). Sollicité par le milieu libanais de l'environnement, le PNUE a réalisé une évaluation environnementale post-conflit. Une équipe a été envoyée pour une évaluation de terrain. Le rapport d'évaluation fait état des risques consécutifs au conflit :

- présence importante de déchets solides (décombres, déchets dangereux, pétroliers).
- nombreux sites industriels contaminés générant une pollution des sols, de l'eau.
- problèmes liés aux armes utilisées.
- pollution de l'air, de l'environnement maritime et côtier.

L'intérêt de ce rapport est majeur, puisqu'il ne se limite pas à la détermination des impacts environnementaux imputables au conflit armé. Les experts y effectuent les recommandations nécessaires à la sécurisation des sites.

L'évaluation environnementale est un outil d'analyse primordial, dont l'intérêt se mesure dans le cadre de la phase de reconstruction et de réhabilitation, elle est indispensable pour la prise de décision en la matière. Elle permet de quantifier le coût écologique du conflit tenant compte des destructions directes mais également des dommages collatéraux.

Conclusion

Le cadre juridique de la protection de l'environnement en cas de conflit armé revêt une double dimension : il est constitué d'un ensemble d'instruments juridiques internationaux, associés aux dispositions éparses relatives à la conduite des opérations militaires. Ces deux systèmes complémentaires n'offrent toutefois pas de garanties suffisantes à la protection de l'environnement. Le défi de cette protection doit aujourd'hui faire l'objet d'une prise de conscience générale. Pour y parvenir, des efforts sont exigibles de la part de tous les acteurs du conflit armé, et l'objectif militaire ne peut plus être l'objectif prioritaire, les perspectives alarmistes du GIEC notamment en matière de changements climatiques faisant émerger de nouvelles menaces à la paix et à la sécurité internationale.

V. LINDER

L'APPRÉHENSION DES ACTES DE PIRATERIE AU LARGE DE LA SOMALIE PAR LE DROIT INTERNATIONAL

NICOLAS PEREZ¹

Résumé

Devant l'ampleur inédite des attaques menées par les pirates somaliens dans le Golfe d'Aden et dans la partie occidentale de l'Océan indien, la communauté internationale a réagi en mettant en œuvre l'ensemble des outils juridiques offerts par le droit international. Si le cadre juridique traditionnel offert par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer a dû être légèrement adapté à fin de répondre aux spécificités de la crise somalienne, c'est bien la pleine mise en œuvre des droits et obligations actuellement à la disposition des Etats, et non l'invention de nouveaux mécanismes ad hoc, qui permettra une lutte globale et efficace contre cette menace contre les échanges internationaux

Pendant les années 90 et le début des années 2000, le terme de pirates a surtout été utilisé pour renvoyer à la reproduction illicite d'une œuvre sans paiement des droits d'auteur associés. Les pirates n'utilisaient alors plus des navires mais un graveur de CD sur Internet. Si la copie illégale n'a aujourd'hui pas disparu, le terme de pirates semble cependant retourner à ses origines puisque, depuis maintenant presque trois ans, les médias se font quotidiennement l'écho des surprenantes attaques lancées, parfois à des centaines de kilomètres des côtes, par des pirates somaliens.

Si la piraterie est donc pour certains une activité aujourd'hui lucrative, pour d'autres une préoccupation économique ou commerciale, ou encore une cause de danger physique, il convient parfois de rappeler que la piraterie est avant tout un acte criminel en contradiction avec ce que l'on appelait autrefois le droit des gens et que l'on appelle aujourd'hui le droit international.

Naturellement un acte de piraterie est également un acte contraire au droit national, au droit pénal, de chacun des Etats concernés, mais il est avant tout, dans la sphère internationale du moins, un acte qui contrevient à la liberté de navigation posée par le droit de la mer. Le droit international définit la piraterie comme :

« l'un quelconque des actes suivants

a) tout acte illicite de violence ou de détention ou toute déprédation commis par l'équipage ou des passagers d'un navire agissant à des fins privées, et dirigé contre un autre navire ou contre des personnes ou des biens à leur bord, en haute mer- contre un navire, des personnes ou des biens, dans un lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat ;

b) tout acte de participation volontaire à l'utilisation d'un navire lorsque son auteur à connaissance de faits que ce navire est un navire pirate;

¹ Conseiller, Direction des Affaires juridiques, Ministère français de la Défense. Les propos de l'auteur lui sont personnels et n'engagent ni la Direction des Affaires juridiques, ni le Ministère français de la Défense.

c) tout acte ayant pour but d'inciter à commettre les actes définis aux lettres a) ou b) ou commis dans l'intention de les faciliter. »²

Un acte de piraterie se caractérise donc par quatre éléments, un acte de violence impliquant deux navires (ou aéronefs), en haute mer et commis à des fins privés. Il apparaît donc que les actes de détournement de navires et de prises d'otages opérés par des somaliens à bord d'un autre navire en vue d'obtenir une rançon constituent bien des actes de piraterie au sens du droit international.

Quelles sont dès lors les réponses que le droit international peut apporter à cette recrudescence massive de la piraterie au large de la Somalie ? Les règles existantes sont-elles suffisantes ou doivent-elles être réformées afin d'offrir des outils plus efficaces ? Cette étude a pour objet de répondre à ces interrogations et démontrera la pertinence du cadre posé par le droit international. Il apparaît néanmoins que si les modifications spécifiquement adoptées pour répondre aux particularismes de la crise somalienne ont permis de renforcer l'impact de ces mesures, celles-ci ne pourront cependant démontrer leur pleine efficacité que lorsque les différents fardeaux créés par cette situation (intervention militaire, reconstruction des capacités, jugement des suspects, incarcérations des condamnés...) seront équitablement partagés par l'ensemble de la communauté internationale.

PARTIE I : UNE MENACE PRISE EN COMPTE PAR DES DISPOSITIONS EFFICACES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Si la lutte contre la piraterie s'est historiquement articulée, notamment au temps de l'Age d'Or de la piraterie dans les Caraïbes, autour des différentes initiatives nationales destinées à assurer la pérennité d'un empire ou la continuité d'un approvisionnement en matières premières, l'inscription de la lutte contre la piraterie dans les conventions relatives au droit de la mer a constitué un tournant. En effet, cette volonté des Etats de combattre toute tentative d'entrave à la libre circulation sur les mers, combinée avec les dispositions des instruments relatifs à la lutte contre certains actes criminels, peut être considérée comme une première manifestation d'un ordre public international.

A. Un droit international de la mer, principal outil juridique de lutte contre la piraterie

Nous avons précédemment relevé que la seule définition universellement reconnue et acceptée de la piraterie maritime est aujourd'hui inscrite dans la convention de Montego Bay. Les articles relatifs à la piraterie ne constituent certes qu'une infime partie de l'ensemble des dispositions de cette convention, mais les principes posés dans ces quelques articles établissent un cadre précis et efficace de lutte contre la piraterie.

La répression de la piraterie constitue ainsi l'une des très rares exceptions au principe de « juridiction exclusive » de l'Etat du pavillon énoncée à l'article 92, § 1, de la Convention³. Sur cette base, cet Etat est en effet le seul susceptible de réglementer et de contrôler en haute mer les activités des navires battant son pavillon. Il s'agit ici d'un principe cardinal du droit de la mer, destiné à garantir la libre navigation, en haute mer, des navires et l'absence d'entraves à la circulation des

² Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, article 101.

³ « Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer. Aucun changement de pavillon ne peut intervenir au cours d'un voyage ou d'une escale, sauf en cas de transfert réel de la propriété ou de changement d'immatriculation. »

personnes et des marchandises. En effet, toute intervention en haute mer sur un navire ne peut s'exercer qu'avec le consentement préalable et expresse de l'Etat du pavillon. Si les objectifs de cette disposition sont bien compréhensibles, il convient cependant de les confronter à certains impératifs tenant notamment à permettre une répression des crimes les plus graves.

Il existe dès lors un certain nombre d'exceptions à ce principe de juridiction exclusive. L'article 110 énonce ainsi que :

« Sauf dans les cas où l'intervention procède de pouvoirs conférés par traité, un navire de guerre qui croise en haute mer un navire étranger, autre qu'un navire jouissant de l'immunité prévue aux articles 95 et 96, ne peut l'arraisonner que s'il a de sérieuses raisons de soupçonner que ce navire:

- a) se livre à la piraterie;*
- b) se livre au transport d'esclaves;*
- c) sert à des émissions non autorisées, l'Etat du pavillon du navire de guerre ayant juridiction en vertu de l'article 109;*
- d) est sans nationalité; ou*
- e) a en réalité la même nationalité que le navire de guerre, bien qu'il batte pavillon étranger ou refuse d'arborer son pavillon ».*

Quatre circonstances apparaissent donc ici comme étant susceptibles de justifier une intervention directe d'un Etat qui ne serait pas l'Etat du pavillon : piraterie, esclavage, émissions illégales de messages radio/télé et absence de pavillon. L'inscription de la piraterie au premier rang de ces exceptions ne constitue pas une surprise et s'explique par le caractère ancien de cette menace à la navigation et par le consensus historique sur le besoin d'en débarrasser les mers. La piraterie était en effet considérée comme un crime majeur bien avant que l'esclavage ne soit défini comme tel.

Tout Etat qui a de « sérieuses raisons de soupçonner » qu'un navire se livre, s'est livré ou va se livrer à des actes de piraterie est donc en droit, sans avoir à solliciter une autorisation à l'Etat de pavillon du navire suspect, d'arraisonner en haute mer celui-ci. La nature et l'étendue de cette opération sont définies au paragraphe 2 de l'article 110 qui énonce que, dans un premier temps, « le navire de guerre peut procéder à la vérification des titres autorisant le port du pavillon ». Ensuite « si, après vérification des documents, les soupçons subsistent, il peut poursuivre l'examen du navire, en agissant avec tous les égards possibles ». Afin de prévenir tout contrôle abusif et ainsi de concilier ce moyen de répression de la piraterie avec le caractère sacré du principe de libre navigation en haute mer, le paragraphe 3 de l'article 110 précise si « les soupçons se révèlent dénués de fondement, le navire arraisonné est indemnisé de toute perte ou de tout dommage éventuel, à condition qu'il n'ait commis aucun acte le rendant suspect ».

Le dispositif posé par l'article 110 semble donc énoncer des règles précises et circonstanciées permettant de combattre la piraterie. L'examen de cet article fait cependant apparaître de nombreuses interrogations. La première d'entre elles est relative au caractère particulièrement flou de l'expression « sérieuses raisons de soupçonner », qui conditionne pourtant la légalité de l'ensemble de l'opération d'arraisonnement et de contrôle. La lecture de la Convention ne permet de fournir aucun éclaircissement quant au sens précis qu'il faut donner à ces termes. S'il est naturellement compréhensible de n'avoir pas cherché à lister dans la Convention les éléments concrets et matériels susceptibles de constituer ces « sérieuses raisons », il faut constater que la

pratique opérationnelle, développée par les marines de guerre des Etats parties à la Convention, a donc dû s'établir par tâtonnements. Aujourd'hui, il semble que certains faits matériels soient considérés par les navires de guerre, notamment par ceux déployés dans l'océan indien et au large des côtes somaliennes, comme des indicateurs fiables : la navigation dans une zone spécifique (inhabituelle pour un navire non marchand), une façon de se déplacer particulière (route perpendiculaire à la navigation générale, station fixe...), l'absence d'appareils de pêche, la vue d'un grand nombre de barils d'essence à bord, la vue d'armes dans les mains de l'équipage... Si ces éléments permettent de justifier un arraisonnement et un contrôle sur la base de l'article 110, ils ne garantissent cependant aucunement la présence de pirates à bord du navire considéré. Le Yémen a ainsi récemment évoqué les situations dans lesquelles certains pêcheurs yéménites, circulant dans le golfe d'Aden et à proximité des voies de navigation internationale, avaient été arraisonnés et contrôlés par les navires de guerre présents sur la zone. Le perfectionnement des techniques de repérage et d'identification des pirates, notamment grâce à des moyens aériens, est toujours possible mais il s'agit ici de considérations opérationnelles indépendantes du contenu des dispositions juridiques applicables.

La Convention de Montego Bay offre donc un outil important (le droit d'arraisonner et de contrôler) à la communauté internationale afin d'identifier les pirates. Mais son rôle majeur ne s'arrête pas à la fourniture d'instruments permettant un repérage puisqu'elle définit également les règles applicables à la poursuite pénale de ces individus suspectés de piraterie. Ainsi, l'article 105 précise-t-il que « tout Etat peut, en haute mer ou en tout autre lieu ne relevant de la juridiction d'aucun Etat, saisir un navire ou un aéronef pirate, ou un navire ou un aéronef capturé à la suite d'un acte de piraterie et aux mains de pirates, et appréhender les personnes et saisir les biens se trouvant à bord. Les tribunaux de l'Etat qui a opéré la saisie peuvent se prononcer sur les peines à infliger, ainsi que sur les mesures à prendre en ce qui concerne le navire, l'aéronef ou les biens, réserve faite des tiers de bonne foi ». Le caractère novateur de ces dispositions doit tout d'abord être souligné. Il s'agit en effet ici d'une clause destinée à autoriser des poursuites pénales par un Etat sans avoir recours aux traditionnels éléments qui définissent la compétence pénale (compétence personnelle, active ou passive, compétence *ratione loci*). La lecture combinée des articles 110 et 105 donne donc droit à un Etat d'établir sa compétence au regard d'individus étrangers suspectés de piraterie capturés par ses navires de guerre en haute mer sur un navire battant le pavillon d'un autre Etat, sans qu'aucun de ses nationaux n'ait été victime.

Si une telle compétence est qualifiée traditionnellement de compétence universelle, certains praticiens tentent d'établir une distinction entre la compétence universelle reconnue, par exemple, pour certains crimes graves contre le droit international humanitaire et le mécanisme instauré par la Convention de Montego Bay. En effet, l'article 105 ne confère pas la compétence de juger à tous les Etats mais uniquement à celui « qui a opéré la saisie [des pirates] ». Il s'agit donc d'une compétence strictement liée à la capture de ces suspects. Or, l'examen des conventions internationales⁴ ou des jurisprudences dégagant des principes coutumiers⁵ ne fait pas apparaître une telle limitation au principe de compétence de tous les Etats pour juger un individu suspect d'un crime de génocide ou

⁴ Voir par exemple l'article IV b de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid signée le 30 novembre 1973.

⁵ Voir par exemple, pour le crime de génocide : CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 11 juillet 1996 (exceptions préliminaires), *Rec.* 1996, p. 616, § 31.

d'un crime contre l'humanité. Sur la base de cette distinction, la compétence définie à l'article 105 de la Convention de Montego Bay est parfois qualifiée de « compétence quasi-universelle ».

L'interprétation faite de cet article par l'ensemble de la communauté internationale permet cependant de dépasser cette querelle sémantique et juridique. Il apparaît ainsi que, sur la base de siècles de coutume internationale sur ce sujet, les Etats font aujourd'hui une lecture extensive des dispositions de l'article 105 et considèrent que tout Etat sur le territoire duquel un pirate est présent ou amené dispose de la compétence pour juger ce pirate. La condition du jugement par l'Etat qui a procédé à la « saisie » des pirates semble aujourd'hui avoir disparu des réflexions des juristes dans ce domaine. Il est donc possible d'affirmer que la compétence universelle est la règle en matière de piraterie.

Le droit de la mer, et plus particulièrement la Convention de Montego Bay, offre donc deux outils extrêmement importants en matière de lutte contre la piraterie : un droit de visite et de contrôle en haute mer, par exception aux règles de liberté de navigation dans cet espace maritime, permettant d'identifier les pirates, et un mécanisme de compétence universelle permettant de réprimer leurs actions.

B. D'autres conventions internationales peuvent également permettre de réprimer la piraterie

Le droit de la mer ne se résume naturellement pas à une seule convention et à des dispositions coutumières. De nombreuses autres conventions viennent compléter ou préciser les dispositions de la Convention de Montego Bay. Cependant, l'existence ou non de dispositions applicables à la piraterie en dehors de la convention des Nations Unies est un sujet de débats passionnés entre les Etats. Certains considèrent en effet, à l'image de la France, que le régime posé aux articles 101 à 110 de la Convention de Montego Bay est auto-suffisant et exclusif de toute(s) autre(s) disposition(s). D'autres Etats, notamment ceux, comme les Etats-Unis, n'ayant pas signé ou ratifié la Convention de 1982, estiment de leur côté que, puisqu'il existe une convention spécifique sur les actes violents portant atteinte à la navigation maritime internationale, il convient de substituer les dispositions de celles-ci à la convention de Montego Bay.

La convention pour la répression des actes illicites dirigés contre la sécurité de la navigation maritime, signée à Rome le 10 mars 1988 (dite aussi convention SUA) constitue ainsi le cadre de référence des activités de la marine des Etats-Unis au large de la Somalie. Négociée à la suite de la prise d'otages de l'Achille Lauro qui avait vu des terroristes voyageant à bord d'un navire en prendre le contrôle et retenir en otages les autres passagers et l'équipage, cette convention a pour but de couvrir certaines activités criminelles non envisagées par la Convention de Montego Bay. Nous avons en effet relevé précédemment qu'un acte de piraterie, stricto sensu, au sens de cette dernière convention ne pouvait intervenir qu'en haute mer, à l'occasion de la rencontre de deux navires (ou aéronefs) et sur la base d'une motivation privée.

Les infractions relevant de la Convention SUA sont définies à l'article 3 du traité qui énonce que « commet une infraction pénale, toute personne qui illicitement et intentionnellement [...] s'empare d'un navire ou en exerce le contrôle par violence ou menace de violence ». On observe que la condition dite des deux navires n'est pas requise (précisément afin de pouvoir prendre en compte des situations semblables à l'Achille Lauro), et la question des motivations des criminels est laissée

sous silence. S'agissant du lieu de commission des actes, élément fondamental de la définition posée par la Convention de Montego Bay, il est nécessaire de préciser que, si la définition de l'acte criminel énoncée par l'article 3 ne donne aucune indication géographique, le champ limité d'application de la Convention constitue un facteur à prendre en compte. En effet, l'article 4, § 1, de la convention SUA précise que celle-ci ne s'applique que « si le navire navigue ou si, d'après son plan de route, il doit naviguer dans des eaux, à travers des eaux ou en provenance d'eaux situées au-delà de la limite extérieure de la mer territoriale d'un seul Etat, ou des limites latérales de sa mer territoriale avec les Etats adjacents ». Tout acte commis en haute mer est donc nécessairement couvert par les termes de cette définition, mais celle-ci permet d'englober, sous conditions, un acte commis dans les eaux territoriales d'un Etat. Il apparaît donc que les activités criminelles susceptibles d'être réprimées sur la base de la convention SUA sont plus nombreuses que celles entrant dans le champ de la Convention de Montego Bay.

Cependant, les droits ouverts par cette convention aux navires de guerre intervenant pour réprimer ces actes illicites sont plus restreints que les possibilités offertes par la Convention de Montego Bay. Ainsi, si la Convention SUA permet d'arraisonner un navire afin de déterminer s'il est ou non impliqué dans un acte illicite, son article 9 énonce expressément que « aucune disposition de la présente convention n'affecte de quelque façon que ce soit les règles du droit international concernant l'exercice de la compétence des Etats en matière d'enquête ou d'exécution à bord des navires qui ne battent pas leur pavillon ». La Convention SUA n'entend donc pas déroger aux règles traditionnelles applicables aux arraisonnements telles que définies notamment dans la Convention de Montego Bay. Il convient dès lors que l'Etat intervenant recueille, préalablement, l'autorisation expresse de l'Etat du pavillon du navire concerné. Cette contrainte spécifique n'est pas requise par la Convention de Montego Bay.

S'agissant de l'exercice d'une compétence pénale à l'encontre des personnes éventuellement appréhendées, la Convention SUA est à la fois plus restrictive et plus ambitieuse que la Convention de Montego Bay. Plus restrictive tout d'abord car elle n'instaure pas une compétence universelle en matière d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime internationale. Les Etats sont donc tenus, dans l'exercice des poursuites dans ce domaine, par les règles traditionnelles de la compétence pénale à savoir la nationalité de la victime, de l'auteur ou le lieu de la commission de l'infraction. La Convention rajoute cependant une nouvelle hypothèse dans son article 6 § 4, qui demande aux Etats parties d'établir leur compétence « dans les cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur [leur] territoire ». Le premier apport de la Convention SUA est ainsi de mettre à la charge des Etats parties une obligation de criminaliser les actes attentatoires à la sécurité de la navigation maritime⁶ tandis que si la Convention de Montego Bay définit la piraterie, elle n'impose aucunement de l'ériger en infraction. De plus, l'article 10, énonce que « l'Etat partie sur le territoire duquel l'auteur ou l'auteur présumé de l'infraction est découvert est tenu [...], s'il ne l'extrade pas, de soumettre l'affaire sans retard et sans aucune exception, que l'infraction ait été ou non commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour exercer l'action pénale ». Cette procédure dite « extradier ou pourquivre » est ainsi particulièrement contraignante pour les Etats et reprend les termes employés à l'article 7 de la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971.

La Convention SUA ne couvre donc pas la piraterie en tant que telle mais ses dispositions offrent un cadre juridique permettant à certains Etats d'exercer leur compétence pénale et de réprimer les

⁶ Article 5 : « Tout Etat partie réprime les infractions prévues à l'article 3 par des peines appropriées qui prennent en considération la nature grave de ces infractions ».

actes de piraterie. Le texte souffre cependant de certaines limitations, comme le besoin d'obtenir l'autorisation expresse de l'Etat du pavillon avant toute intervention à bord d'un navire, mais dispose de dispositions pénales plus complètes que la Convention de Montego Bay.

Au-delà des conventions spécifiques sur le droit de la mer, il est possible à un Etat s'engageant dans la lutte contre la piraterie maritime d'avoir recours à une convention internationale plus spécifiquement consacrée à l'un des aspects de l'acte de piraterie : la prise d'otages.

Il convient tout d'abord de relever, qu'à la différence de la majorité des actes de piraterie commis en Asie du Sud-Est, les attaques de pirates au large de la Somalie ont, le plus souvent, tant pour objet la capture du navire-proie que la prise en otages des membres de l'équipage. On peut dès lors rechercher au sein de la Convention internationale contre la prise d'otages, signée à New-York le 17 décembre 1979, des éléments susceptibles de permettre la poursuite et le jugement des pirates.

Ainsi, l'article 1er énonce-t-il que « commet l'infraction de prise d'otages au sens de la présente Convention, quiconque s'empare d'une personne, ou la détient et menace de la tuer, de la blesser ou de continuer à la détenir afin de contraindre une tierce partie, à savoir un Etat, une organisation internationale intergouvernementale, une personne physique ou morale ou un groupe de personnes, à accomplir un acte quelconque ou à s'en abstenir en tant que condition explicite ou implicite de la libération de l'otage ». Par ailleurs, si les rédacteurs de cet instrument envisageait plus spécifiquement les hypothèses d'enlèvement sur la terre ferme, ils n'ont cependant pas entendu limiter l'application de la convention à ces derniers. En effet, l'article 5 précise que « [t]out Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions prévues à l'article premier, qui sont commises: a) Sur son territoire ou à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans ledit Etat ». D'une manière similaire à la Convention SUA précitée, l'article 2 de la Convention de New-York oblige les Etats à criminaliser l'acte de prise d'otages puis, dans son article 9, pose comme principal instrument de la répression de ces infractions le principe *aut dedere aut judicare*, y compris dans les cas où l'auteur présumé n'est pas un national mais se trouve sur le territoire de l'Etat partie.

Les enlèvements commis par les pirates somaliens en vue d'obtenir des rançons des Etats dont sont ressortissants les membres d'équipages des bateaux capturés constituent donc une prise d'otages au sens de la Convention de 1979 et leur répression pourrait s'appuyer sur ce texte.

Ainsi, le droit international offre aux Etats de nombreux outils de répression et de lutte contre la piraterie maritime. Le développement exponentiel de la piraterie au large de la Somalie depuis quelques années ne manque dès lors pas de susciter l'interrogation quant aux raisons de ce désordre face auquel les instruments précités semblent aujourd'hui limités.

PARTIE II : LE CONTEXTE SPECIFIQUE DE LA CRISE SOMALIENNE A AMENE LA COMMUNAUTE INTERNATIONALE A DES MESURES EXTRAORDINAIRES

Les actes de piraterie commis en Asie du Sud-Est, et plus particulièrement dans la région du détroit de Malacca, n'ont jamais, malgré leur fréquence et leur gravité, mobilisé autant la communauté internationale que les crimes commis par les pirates somaliens. Ce manque de mobilisation s'explique par la ferme volonté des Etats côtiers concernés de se saisir du problème et de le régler directement dans une optique régionale. La situation géographique du détroit de Malacca et des autres zones concernées (Iles de la Sonde...) par ce phénomène en Asie du Sud-Est

étant particulièrement propice à une action efficace des acteurs étatiques, il n'a jamais été nécessaire de recourir à des intervenants extérieurs tant d'un point de vue opérationnel que juridique. La situation somalienne et la localisation des attaques ne permettent pas d'envisager aujourd'hui un tel règlement exclusivement local de la situation.

A. L'efficacité des mesures traditionnelles de lutte contre la piraterie est affectée par la situation interne des Etats concernés

S'il ne s'agit pas pour nous de revenir sur les causes profondes de la situation actuelle en Somalie, il convient cependant d'en tirer certaines conséquences en matière de lutte contre la piraterie. L'effondrement du régime du général Siad Barré en 1991 amena le pays dans une guerre civile qui continue encore aujourd'hui sous une forme ou sous une autre. La situation de pauvreté critique de la population⁷, combinée à l'incapacité du gouvernement fédéral somalien de contrôler effectivement son propre territoire, a dès lors engendré la recherche par de très nombreux Somaliens de moyens alternatifs de subsistance. Les tentatives faites par de nombreux Etats occidentaux dans les années 70 et 80 pour doter la Somalie d'une flottille de pêche moderne et pour développer des garde-côtes locaux avaient en effet obtenu des résultats très aléatoires. Elles ont cependant eu une conséquence inattendue puisqu'elles ont fourni des bases aux groupes de pirates opérant aujourd'hui. La première différence avec la situation en Asie du Sud Est apparaît donc immédiatement : l'absence d'un pouvoir central fort, ou à tout le moins organisé, et susceptible de s'attaquer depuis la terre, militairement ou par le biais d'un développement économique, aux pirates.

Au-delà de cette incapacité, l'absence de gouvernement central a également engendré, selon certains, des comportements prédateurs de la part de certains Etats ou navires étrangers qui auraient entrepris de piller les ressources halieutiques de la Somalie et/ou d'immerger des déchets toxiques au large des côtes. Si l'on ne peut nier que certaines personnes peu scrupuleuses ont très certainement profité du chaos régnant sur le territoire somalien, il n'existe à ce jour aucune preuve manifeste et directe d'une telle entreprise généralisée. Si des rapports des Nations Unies ou d'organisations non-gouvernementales témoignent de ces activités illégales et de leur impact sur les populations locales, il convient cependant d'apporter une précision juridique. Les autorités somaliennes n'ont jamais renoncé à leur revendication d'une mer territoriale de 200 milles nautiques, et ce malgré les conventions internationales en la matière qui limitent une telle zone à 12 milles. Elles n'ont dès lors jamais établi et fait reconnaître une zone économique exclusive susceptible de conférer à leurs ressortissants une compétence de pêche exclusive au large de leurs côtes. S'il n'est pas dans notre compétence de juger de la véracité ou non des allégations tendant à blâmer les occidentaux pour tout ou partie des difficultés actuelles des communautés côtières somaliennes, cette absence de zone économique exclusive doit être soulignée pour expliquer que des navires étrangers pouvaient, licitement, puiser dans les ressources en poissons situées à plus de 12 milles nautiques des côtes.

A la différence des Etats du détroit de Malacca, la Somalie ne dispose d'aucun vis-à-vis, à l'exception du Yémen au niveau du Golfe d'Aden, susceptible de l'assister dans la maîtrise de son espace maritime. Cette spécificité géographique a contribué à rendre à la fois absolument nécessaire et particulièrement complexe l'intervention de la communauté internationale. En effet, il paraît

⁷ Près de 75% des Somaliens vivent aujourd'hui avec moins de 2 \$ par jour.

difficile d'envisager une réponse juridique ou opérationnelle à laquelle le principal Etat intéressé ne serait pas en mesure de contribuer pleinement. La barrière des eaux territoriales constituait alors un obstacle infranchissable derrière lequel les pirates se réfugiaient habilement, conscients de leur invulnérabilité et de l'incapacité du gouvernement somalien.

Si l'ampleur de cette intervention est aujourd'hui indéniable, celle-ci s'est traduite par le recours à des instruments juridiques ad hoc, distincts de ceux que nous avons envisagés jusqu'à présent. Cette situation de semi-échec des dispositions traditionnelles s'explique, au-delà de l'absence d'interlocuteur fiable et efficace au niveau des autorités somaliennes, par une relative impréparation des Etats membres de la communauté internationale vis-à-vis d'une telle situation. Cette impréparation peut paraître extrêmement paradoxale eu égard au caractère très ancien du crime de piraterie et des dispositions juridiques, spécifiques ou non, que nous avons évoquées. Il est cependant apparu manifeste très rapidement que les Etats parties à la Convention de Montego Bay n'avaient que très partiellement, au mieux, transposé dans leurs droits nationaux les droits offerts par cet instrument en matière de lutte contre la piraterie.

Ainsi, dans de nombreuses marines de guerre, les commandants de navires ne disposent pas de la compétence pour constater et réprimer des actes de piraterie, alors que ce droit leur est expressément accordé par l'article 110. Cette situation relève parfois de l'organisation administrative et judiciaire interne des Etats considérés. Ainsi des Etats comme les Etats-Unis ou le Japon n'ont conféré aucune compétence de « law enforcement » à leur marine de guerre, cette capacité étant exclusivement dévolue à des unités de garde-côtes. Une telle situation impacte donc sensiblement la capacité d'un navire de guerre à accomplir les différentes missions envisagées par la Convention de Montego Bay.

De même, les législations pénales des Etats ignorent encore trop souvent la voie de la compétence universelle ouverte par l'article 105 de la Convention et font actuellement reposer les poursuites pénales sur des incriminations générales (prise d'otages, meurtres, vols, détournement de navire...) pour lesquelles seules les conditions classiques de la compétence juridictionnelle sont disponibles. La France constitue sur ce point un exemple intéressant puisque si une loi du 10 avril 1825 pour la sûreté de la navigation et du commerce maritime avait instauré en droit français un crime de piraterie, les éléments constitutifs de celui-ci étaient fondamentalement différents de la définition donnée 160 ans plus tard par la Convention de Montego Bay. Cette législation, vestige de l'histoire, n'était donc jamais utilisée par les juridictions françaises et son obsolescence a été remarquée par le législateur qui l'a donc abrogée par une loi du 20 décembre 2007 dite de « simplification du droit ». A ce jour, le juge français ne dispose donc d'aucune infraction spécifique de piraterie et n'est compétent pour connaître de l'un des actes constitutifs du crime de piraterie (enlèvement, séquestration, détournement de navires...) que si l'auteur, ou plus probablement la victime, est un ressortissant français. Cette situation juridique, qui est loin de constituer une spécificité française, s'avère donc un frein considérable à la répression de la piraterie telle qu'elle avait été envisagée par les rédacteurs de la Convention de Montego Bay.

B. Le recours nécessaire à des novations juridiques qui restent cependant insuffisantes

La multiplication des actes de piraterie au large de la Somalie au cours de l'année 2008 et la reconnaissance de l'incapacité du gouvernement fédéral de transition somalien (GFT) à traiter lui-même ce problème a entraîné une prise de conscience des différents acteurs de la communauté

internationale. Premier d'entre eux, le Conseil de sécurité a ainsi appelé, à l'occasion de l'une de ses nombreuses résolutions sur la situation générale en Somalie, à la mobilisation des Etats et des organisations régionales afin de « prendre des mesures pour protéger les navires participants au transport et à l'acheminement de l'aide humanitaire destinée à la Somalie et aux activités autorisées par l'ONU »⁸. Cette résolution, qui faisait suite à de nombreux appels du programme alimentaire mondial victime du piratage de certains de ces navires par des pirates somaliens, fut très vite complétée par une première résolution spécifiquement dédiée à la piraterie en Somalie.

Cette résolution 1816, datée du 2 juin 2008, est une véritable novation juridique à la fois parce qu'elle constitue la première résolution sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies jamais adoptée en matière de piraterie⁹ et par l'autorisation spéciale qu'elle délivre aux Etats. Cette résolution, adoptée avec le consentement du gouvernement fédéral de transition somalien, énonce en effet que les Etats coopérant avec le GFT sont autorisés à :

« a) entrer dans les eaux territoriales de la Somalie afin de réprimer les actes de piraterie et les vols à main armée en mer, d'une manière conforme à l'action autorisée en haute mer en cas de piraterie en application du droit international applicable;

b) à utiliser, dans les eaux territoriales de la Somalie, d'une manière conforme à l'action autorisée en haute mer en cas de piraterie en application du droit international applicable, tous moyens nécessaires pour réprimer les actes de piraterie et les vols à main armée ».

Soumis à une simple inscription par le GFT auprès du Secrétaire général des Nations Unies, ce nouveau droit d'intervention dans les eaux territoriales s'analyse comme une exception remarquable au principe de souveraineté de l'Etat côtier posé par l'article 2 de la Convention de Montego Bay¹⁰. La résolution 1816 permet donc aux Etats de continuer une poursuite de pirates entamée en haute mer et d'éliminer ainsi cette zone refuge que constituaient les eaux territoriales somaliennes. Initialement prévue pour une durée de 6 mois, cette autorisation a été renouvelée¹¹ pour une période de 12 mois et ensuite été remplacée par une autorisation plus large permettant de « prendre toutes mesures nécessaires et appropriées en Somalie aux fins de réprimer ces actes de piraterie et de vols à main armée en mer »¹². L'accès à l'ensemble du territoire somalien est donc autorisé par cette construction juridique particulièrement novatrice, dans le but de mettre fin et de réprimer les actes de piraterie.

Le deuxième volet des innovations juridiques dans le cadre de la lutte contre la piraterie en Somalie est constitué par la mise en place d'un traitement judiciaire centralisé. Si nous passerons

⁸ Résolution 1814 en date du 15 mai 2008, § 11.

⁹ Le Conseil de sécurité n'a cependant pas été jusqu'à qualifier dans ce texte les actes de piraterie de « menace à la paix et à la sécurité internationale ». Il s'est ainsi livré à une qualification indirecte à travers la situation générale du pays, elle-même déjà qualifiée de menace à la paix internationale. Il a ainsi constaté que « *les actes de piraterie et les vols à main armée subis par des navires dans les eaux territoriales de la Somalie ou en haute mer, au large de ses côtes, enveniment la situation dans le pays, laquelle continue de menacer la paix internationale et la sécurité de la région* ». Résolution 1816 du 2 juin 2008.

¹⁰ Conscient du caractère extraordinaire de cette autorisation, le Conseil fut contraint d'en limiter immédiatement dans cette même résolution 1816 la portée en précisant que « l'autorisation donnée dans la présente résolution s'applique à la seule situation en Somalie et n'affecte pas les droits, obligations ou responsabilités dérivant pour les Etats membres du droit international, notamment les droits ou obligations résultant de la Convention [de Montego Bay] pour ce qui est de toute autre situation ». Il s'agissait ici du seul moyen de faire accepter cette disposition clé aux Etats soucieux de leur souveraineté et l'intégralité de la Convention de Montego Bay.

¹¹ Résolution 1846 du 2 décembre 2008.

¹² Résolution 1851 du 16 décembre 2008, renouvelée par la résolution 1897 du 30 novembre 2009.

rapidement sur le déploiement de l'opération ATALANTA, première opération maritime de l'Union européenne, il est nécessaire de s'arrêter sur les accords conclus par l'Union européenne avec certains Etats de la région afin de permettre le jugement, par ces derniers, des pirates capturés par les forces européennes. Nous avons vu que le droit coutumier et l'interprétation communément admise de la Convention de Montego Bay posent un principe de compétence universelle permettant à tout Etat de juger un individu suspecté d'un crime de piraterie. C'est sur cette base et dans une optique dite de « *burden-sharing* » que les Etats européens engageant des moyens navals au large de la Somalie ont entendu instaurer une coopération avec certains Etats de la région à travers un mécanisme leur permettant de remettre des individus capturés à des Etats disposant des instruments juridiques nécessaires à ces poursuites.

Le Kenya fut ainsi le premier Etat à être sollicité et à accepter un tel mécanisme. Un accord par échanges de lettres fut conclu le 12 mars 2009 entre le gouvernement kenyan et l'Union européenne. En échange de son acceptation et afin de se conformer aux garanties procédurales énoncées dans l'accord, le Kenya sollicita une assistance de la communauté internationale. Ce soutien international prend actuellement la forme d'un soutien financier, technique et logistique au système judiciaire et carcéral par l'Union européenne, l'Organisation des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONUDC) et le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD). Même si les autorités kenyanes ont annoncé, en mars 2010, leur intention de dénoncer cet accord à l'expiration du préavis de 6 mois, cette coopération a cependant permis la remise d'une centaine de pirates actuellement détenus au Kenya.

Devant la multiplication des attaques et l'accroissement du rayon d'action des pirates, les Seychelles, dont l'industrie de pêche et le tourisme constituent les principales activités économiques, se sont inquiétées du possible impact de ces activités criminelles sur son économie. Elles ont donc accepté de coopérer avec l'opération ATALANTA, dont la zone d'opérations couvre également les eaux seychelloises, et ont signé, en octobre 2009 un accord avec l'Union européenne sous la forme d'un échange de lettres, similaire dans son esprit à celui unissant l'UE et le Kenya. Les faibles capacités pénitentiaires de cet Etat ne permettent cependant pas d'envisager que celui-ci constituera une alternative crédible à l'accord avec le Kenya.

Des accords similaires ont été signés par les Etats-Unis, le Royaume-Uni, le Danemark et l'Espagne avec le Kenya. L'ensemble de ces textes constitue certainement un moyen d'impliquer directement certains Etats de la région dans la lutte contre un phénomène qui les affecte tous. Ils peuvent également s'analyser comme une réponse à l'absence de volonté politique de nombreux Etats occidentaux de transposer dans leur droit pénal interne les droits ouverts par la Convention de Montego Bay. Cette réticence manifeste s'explique le plus souvent par le refus d'accueillir dans leurs prisons un nombre conséquent de pirates présumés et par la crainte de voir ces individus rechercher l'asile politique à la fin de leurs peines. De plus, la question posée par les garanties à offrir en matière de droits de l'homme (droits de la défense, délai de rétention...) à des pirates capturés et détenus par des navires de guerre, apparaît encore parfois insoluble à de nombreux Etats occidentaux qui préfèrent donc ne pas avoir à gérer de tels cas. Si le caractère massif du crime de piraterie et le nombre de personnes impliquées peuvent en effet être un sujet de préoccupation, ils ne doivent pas être un obstacle à la pleine exécution par les Etats de leurs engagements internationaux en la matière. En effet, il faut relever que la proportion de pirates effectivement présentés à un juge à l'issue de leur arraisonnement par les marines déployées dans l'océan indien constitue une faible minorité, un grand nombre de suspects étant simplement désarmés et relâchés faute de preuve tangible de leur participation à un acte criminel. L'augmentation de ce taux de judiciarisation doit

constituer maintenant un des objectifs majeurs de la communauté internationale, y compris lorsque cette augmentation impose des réformes structurelles au niveau national et international.

PARTIE III : LE SUCCES DANS LA LUTTE CONTRE LA PIRATERIE EN SOMALIE PASSERA TOUT AUTANT PAR UN ENGAGEMENT ACCRU DES ETATS QUE PAR UNE ADAPTATION DU DROIT INTERNATIONAL

Le caractère spectaculaire de certaines attaques ou la très longue durée de détention de certains otages¹³ ne doivent cependant pas occulter l'efficacité des opérations internationales ou nationales actuellement déployées au large de la Somalie. Ainsi le nombre d'attaques de pirates somaliens rapportées par le Bureau maritime international a considérablement diminué entre le premier semestre 2009 (102 incidents) et le premier semestre 2010 (67 incidents)¹⁴. Les efforts conséquents fournis par la communauté internationale dans son ensemble doivent cependant se poursuivre afin de ne pas hypothéquer les progrès concrets réalisés en matière de prévention et de répression des attaques. Le système actuel semble, cependant, avoir aujourd'hui atteint un pallier et de nouvelles mesures doivent être envisagées si l'on souhaite aller au-delà de ces premiers succès.

A. Une pleine application des conventions internationales par tous les acteurs constitue maintenant un impératif

Nous avons précédemment relevé la relative impréparation dans laquelle se sont retrouvés les Etats occidentaux, y compris ceux disposant d'une véritable tradition maritime, lorsque les pirates somaliens ont multiplié leurs attaques en 2007 et 2008. Presque trois ans après ces premiers événements, il est regrettable de constater que seule une très faible proportion d'Etats a entrepris les ajustements rendus nécessaires par cette nouvelle situation. En effet, si certains Etats ont enclenché les processus législatifs permettant de réviser leur droit pénal interne, de trop rares Etats ont réussi à terminer ces travaux¹⁵. La situation de la France et de l'Espagne est, à ce titre, particulièrement significative. En effet ces deux Etats peuvent être considérés comme les Etats pionniers de l'opération ATALANTA de l'Union européenne et ont été particulièrement touchés par les attaques de pirates¹⁶. Ils ont tous deux entamé, dès 2008, des travaux en vue de modifier leur législation pénale en la matière. Cependant, à ce jour, aucune de ces deux révisions législatives n'a abouti. Seules ces réformes législatives pourront, pour la France et l'Espagne comme pour tous les autres Etats de la communauté internationale, permettre d'inscrire l'effort de lutte contre la piraterie dans une perspective de long terme.

La coloration judiciaire que ces évolutions donneront à l'engagement jusqu'à présent très militaire des Etats occidentaux ne doit de plus pas être négligée. Des efforts conséquents en matière de renforcement des capacités judiciaires et pénitentiaires de la région sont certes entrepris par l'intermédiaire de l'Union européenne et des Nations Unies, mais il faut rappeler que le « burden-sharing » doit concerner l'ensemble des fardeaux de la lutte contre la piraterie. Il n'est en effet pas

¹³ Un couple de retraités britanniques, Paul et Rachel Chandler, respectivement âgés de 59 et 55 ans, sont ainsi détenus depuis octobre 2009 en Somalie après avoir été attaqués à bord de leur voilier.

¹⁴ Rapport 2010 du Bureau maritime international, consulté sur [<http://www.icc-ccs.org/>]

¹⁵ On peut ainsi citer le cas du Japon qui a adopté en juin 2009 une loi autorisant ses navires de guerre à mener des opérations anti-piraterie et à escorter des navires étrangers, ou encore la Belgique qui a adopté en décembre 2009 une législation instaurant un crime de piraterie maritime en droit belge et une compétence quasi-universelle pour ses juridictions.

¹⁶ Affaires du Ponant, du Carré d'As et de la Tanit pour la France, du Playa de Bakyo et de l'Alakrana pour l'Espagne.

raisonnable de croire à une séparation stricte des rôles dans ce domaine : aux Etats occidentaux le déploiement militaire et l'aide au développement, aux Etats régionaux la charge de poursuivre et d'emprisonner les pirates. Si cette formule semble jusqu'à aujourd'hui avoir été la règle¹⁷, la dénonciation par le Kenya de son accord avec l'Union européenne semble annoncer la fin de cette séparation des tâches. Tout comme les Etats de la région doivent, en liaison avec les Etats occidentaux, augmenter leurs capacités propres de lutte contre ce fléau, notamment par le développement de marines et de garde-côtes spécifiquement formés, les Etats occidentaux doivent accepter de faire passer en jugement des individus n'ayant pas directement commis de crimes contre leurs ressortissants. Une telle inflexion des positions nationales passe donc par un changement politique, par la création des mécanismes juridictionnels nécessaires, mais aussi par l'acceptation du besoin d'adopter des systèmes de garanties des droits de ces individus conformément aux standards habituellement pratiqués. Cette question qui ne se pose pas uniquement pour la lutte contre la piraterie mais pour toutes les opérations dans lesquelles des navires de guerre peuvent être amenés à capturer et prendre à leur bord des individus suspectés d'un crime¹⁸ devra faire l'objet de travaux certainement complexes mais indispensables à la crédibilité de ces opérations de lutte.

B. La création d'une juridiction spécifique pour juger les pirates ne saurait constituer une solution miracle

Un temps évoqué, l'idée d'une convention internationale spécifiquement dédiée à la lutte contre la piraterie maritime, semblable à la convention SUA précitée ou à la convention de Montréal au sujet de la piraterie aérienne, un temps évoquée semble aujourd'hui oubliée. Elle n'aurait en effet probablement pas constitué une véritable révolution puisque la Convention de Montego Bay offre déjà un cadre juridique relativement complet et homogène sur ce sujet. Si l'on peut regretter l'absence d'une disposition *aut dedere aut judicare* dans la Convention de 1982, l'absence de mise en œuvre concrète de ses dispositions par de nombreux Etats ne permet pas de juger de l'absence d'efficacité ou de pertinence de cet instrument.

Afin de pallier les difficultés actuelles en matière de jugement, tenant à la fois au très faible nombre de pays volontaires pour poursuivre les pirates et aux faibles moyens capacitaires de ceux-ci, certains Etats ont ouvertement plaidé pour la création d'une juridiction internationale dans ce domaine. Les formes de cette future juridiction varient grandement d'une proposition à l'autre. On peut ainsi citer, parmi les méthodes envisagées, la création par le conseil de sécurité d'un tribunal international pour la piraterie en Somalie (à l'image des TPI), la signature d'une convention multilatérale créant une cour internationale compétente pour tous les crimes de piraterie commis sur la planète (sur le modèle de la CPI) ou encore la solution d'une juridiction hybride, en Somalie ou ailleurs, qui associerait des juges de l'Etat concerné à des personnels internationaux (conformément à l'exemple du Tribunal des Nations Unies pour le Cambodge ou de la Chambre spéciale bosniaque pour les crimes de guerre). Si chacune de ces formules présente ses propres avantages, elles ont toutes un défaut en commun : le caractère extrêmement long de la création de telles institutions. Il s'agirait en effet de négocier une résolution au Conseil de sécurité ou un accord multilatéral, puis des

¹⁷ Les Etats occidentaux n'ont à ce jour dans leurs prisons qu'une quarantaine de pirates en attente de jugement (, 15 en France, 12 aux Etats-Unis, 6 en Allemagne, ainsi qu'un certain nombre en Espagne et aux Pays-Bas) contre plus de 100 au Kenya, 40 aux Seychelles et un nombre indéterminé en Somalie.

¹⁸ Voir en ce sens CEDH (GC), *Medvedyev et autres c. France*, Requête n° 3394/03, arrêt du 29 mars 2010 à propos d'une opération de lutte contre le trafic de stupéfiants par voie maritime.

accords avec l'Etat de siège de cette juridiction et avec les Nations Unies (pour la fourniture du personnel), et enfin des accords avec les Etats acceptant d'accueillir dans leur système carcéral les individus suspects ou condamnés pour l'exécution de leur peine. S'il ne faut pas pour autant disqualifier ces idées qui permettraient de donner un caractère véritablement universel à cette répression, le délai nécessaire à la mise en place de l'ensemble de ces accords se calculant en années, il est nécessaire que l'ensemble des Etats concernés continue de s'engager à un niveau national dans ces opérations de lutte.

Conclusion :

La situation actuelle en Somalie constitue une malheureuse première dans l'histoire des relations internationales. La disparition quasi-totale d'une structure gouvernementale pendant une période de plus de vingt ans s'avère dès lors propice au développement de phénomènes criminels ou mafieux agissant comme des structures sociales de substitution. La lecture des ouvrages d'histoire consacrés à la piraterie à travers les âges démontre bien que la seule action en mer ne peut résoudre durablement les problèmes posés par la prolifération des pirates. De l'île de la Tortue aux Barbaresques, une intervention à terre par des moyens militaires ou par les voies politique et économique a toujours été nécessaire afin d'éradiquer ce danger pour la navigation internationale. Si un consensus international ne semble à ce jour pas prêt de se dessiner sur une véritable opération internationale de restauration des capacités de l'Etat somalien, cette option ne doit cependant pas être considérée comme exclue.

En attendant la réalisation de cet objectif final, le succès de la lutte internationale contre la piraterie maritime ne saurait donc se mesurer uniquement à l'aune de son éradication. Il s'agit en effet pour la communauté internationale de faire passer la piraterie sous un certain seuil de tolérance. Faire diminuer le nombre d'attaques menées ou réduire encore drastiquement le pourcentage d'attaques réussies permettrait d'amener la piraterie à un niveau où les gênes politiques (ressortissants détenus en otage) et économiques (renchérissement des produits transitant dans la zone) occasionnées par ces actes seraient considérées comme négligeables. Pour atteindre ce but, il n'est pas utile de révolutionner le droit international qui offre aujourd'hui tous les outils nécessaires à la mise en place d'opérations efficaces. Les deux impératifs de ces opérations devront cependant être, d'une part, de s'assurer du soutien de l'ensemble de la communauté internationale, et notamment des Etats de la région directement concernés, et, d'autre part, de voir chaque Etat assumer pleinement l'ensemble de ses droits et obligations en matière de poursuite des individus suspectés de piraterie.

Bibliographie

Documents officiels :

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée le 10 décembre 1982 à Montego Bay ;

Convention pour la répression des actes illicites dirigés contre la sécurité de la navigation maritime, signée à Rome le 10 mars 1988 ;

Convention internationale contre la prise d'otages, signée à New-York le 17 décembre 1979 ;

Conseil de sécurité des Nations, S/RES/1814, 15 mai 2008 ;
Conseil de sécurité des Nations, S/RES/1816, 2 juin 2008 ;
Conseil de sécurité des Nations, S/RES/1846, 2 décembre 2008 ;
Conseil de sécurité des Nations, S/RES/1851, 16 décembre 2008 ;
Conseil de sécurité des Nations, S/RES/1897, 30 novembre 2009.

Articles de doctrine :

GIRERD (P.), « De l'utilité du concept de piraterie », *Annuaire de droit maritime et océanique*, 2005, pp. 153-177.

GUILFOYLE (D.), « Counter-piracy law enforcement and human rights », *I.C.L.Q.*, 2010, pp. 141-169.

GUILFOYLE (D.), « Piracy off Somalia : UN Security Council Resolution and IMO Regional counter-piracy efforts », *I.C.L.Q.*, 2008, pp. 609-699.

LALY-CHEVALIER (C.), « Lutte contre la piraterie maritime et droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 2009, pp. 5-51.

MOMTAZ (D.), « La piraterie en haute mer » in ASCENSIO (H.), DECAUX (E.), PELLET (A.), *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2000, pp. 505-509.

MORITA (A.), « Piracy Jure Gentium revisited – For Japan's future contribution », *Japanese Yearbook of international law*, 2008, pp. 85-89

ODIER (F.), « Piraterie, terrorisme : une menace pour les navires, un défi pour le droit de la mer », *Annuaire du droit de la Mer*, 2005, pp. 263-274.

PANOSSIAN (A.), « L'affaire du Ponant et le renouveau de la lutte internationale contre la piraterie », *R.G.D.I.P.*, 2008, pp. 660-667

PELLETIER (B.), « De la piraterie maritime », *Annuaire de droit maritime et aérospatial*, 1987, pp. 217-235.

TREVES (T.) « Piracy, Law of the Sea and the use of force : developments off the coast of Somalia », *Journal européen de droit international*, 2009, pp. 399-414.

VOELCKEL (M.), « La piraterie entre Charte et Convention : à propos de la résolution 1816 du conseil de sécurité », *Annuaire du droit de la mer*, 2008, pp. 1-24.

BIOGRAPHIES

Sara AMINI est doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et chercheur dans le cadre des projets MARS et transatlantique sur la question de la lutte contre le financement du terrorisme. Elle prépare une thèse de doctorat en droit international à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne sur le sujet : *Le concept d'un ordre public international en droit international économique*. Elle est également l'auteur d'un article intitulé « Le juge national face à l'internationalisation du droit en matière de lutte contre le terrorisme : tour d'horizon européen » (*in* J-M. SOREL, S. ZAŠOVA (dir.), *L'internationalisation du jugement des actes de terrorisme*, Paris, Pedone, à paraître en 2010).

Ayant acquis une expérience professionnelle dans le domaine de l'assurance du risque politique (au sein du Groupe COFACE) ainsi qu'au sein de cabinets d'avocats internationaux, elle a également occupé le poste Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (A.T.E.R.) en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et y a enseigné le droit international du commerce, le droit européen des affaires et le droit des affaires.

Régis BISMUTH est Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (A.T.E.R.) à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne II et docteur en droit de la même université, après avoir soutenu une thèse sur la coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public. Il est également titulaire d'un L.L.M. de la Columbia Law School. Dans le cadre de ses activités de recherche, Régis Bismuth s'intéresse particulièrement à la régulation internationale des activités économiques. Ses principales publications incluent notamment : « Le système international de prévention des crises financières. Réflexions autour de la structure en réseau du Forum de Stabilité Financière », *Journal du Droit International*, vol. 134, 2007, n° 1, pp. 57-83 ; « Le développement de standards professionnels pour les journalistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, vol. 81, 2010, n° 1, pp. 36-66 ; « Anatomy of the Law and Practice of Interim Protective Measures in International Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 26, 2009, n° 6, pp. 773-821 ; « Financial Sector Regulation and Financial Services Liberalization at the Crossroads : The Relevance of International Financial Standards in WTO Law », *Journal of World Trade*, vol. 44, n° 2.

Séverine BORDERON est doctorante en droit à l'Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris. Ses recherches portent principalement sur la responsabilité des entreprises dans le domaine de l'environnement, en particulier la question des études d'impacts environnementales. En 2008, elle a été conseillère juridique d'associations environnementales et a participé au processus d'élaboration de la législation européenne relative aux produits phytopharmaceutiques. Actuellement membre du bureau de la section des jeunes chercheurs de la Société française pour le droit international (SFDI), elle a également travaillé sur le droit du développement et le droit international de l'environnement à l'Université d'Auckland en Nouvelle Zélande.

Isabelle FOUCHARD est docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et docteur en relations internationales de l'Institut des hautes études internationales de Genève. Elle a été affectée à la Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit du Collège de France, en qualité d'A.T.E.R., puis en qualité de chercheur associée, en charge du projet européen ATLAS (*Armed Conflicts, Peacekeeping, Transitional Justice : Law as Solution*), poste qu'elle occupe depuis septembre 2008. Le sujet de sa thèse de doctorat est : « Crime international. Entre

internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international » (à paraître en 2011, éd. Bruylant). Ses travaux portent principalement sur le droit international pénal, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme. Parmi ses publications on peut citer, notamment : « La formation du crime contre l'humanité en droit international » (Chapitre 1), in M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA, L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, P.U.F., Coll. Que Sais-je ?, septembre 2009, pp. 7-43 ; « L'adaptation des droits latino-américains au Statut de Rome : l'exemple des pays du cône sud », in M. DELMAS-MARTY, K. MARTIN-CHENUT (dir.), *Figures de l'internationalisation du droit - Amérique latine*, Paris, Société de législation comparée, à paraître en 2010 ; « L'outrage au Tribunal et autres atteintes à l'administration de la justice pénale internationale » (Chapitre 27), in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, 2^e éd., Paris, Pedone, à paraître en 2010 ou encore J-M.SOREL, I. FOUCHARD (dir.), *Le rôle des tiers dans la protection de la population civile en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, à paraître en 2010.

Hélène HAMANT est docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Maître de conférences en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, elle est membre du Centre de droit international de cette Université et est chercheur associé au Centre d'étude et de recherche en droit international de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Actuellement, ses recherches concernent principalement le maintien de la paix. Depuis 2008, elle intervient sur le thème « Les opérations de maintien de la paix et les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies » dans le cadre du stage annuel organisé par le Ministère français de la défense qui vise à former les futurs conseillers juridiques militaires. Ses axes de recherche portent également sur les questions de droit international concernant l'espace post-soviétique. Elle a publié en 2007 un ouvrage « Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'Etats » (Bruxelles, Bruylant, publication n° 64). Elle a aussi consacré un article à « La succession d'Etats de l'URSS en matière militaire » dans *l'Annuaire français de droit international* (2004, pp. 213-230). Par ailleurs, doit paraître prochainement aux éditions Bruylant un recueil de documents sur la succession de l'URSS qui regroupe des textes rassemblés, traduits et introduits par cet auteur.

Virginie LINDER est doctorante et Attachée temporaire d'enseignement et de recherche (A.T.E.R.) à l'Université de Cergy Pontoise. Elle effectue sa thèse de doctorat sous la direction de M. Le Professeur Cosnard, sur le thème de la contribution des institutions financières internationales à la protection de l'environnement. Parallèlement, elle dispense des cours de méthodologie appliquée en théorie de l'Etat et en droit constitutionnel.

Anne-Thida NORODOM est docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et a soutenu en mai 2009 une thèse portant sur « L'influence du droit des Nations Unies sur le développement du droit international public », s'intéressant notamment à l'interaction des ordres juridiques et au droit des organisations internationales. Actuellement A.T.E.R. à l'Université Panthéon-Assas, elle enseigne le droit public interne et international et est, par ailleurs, agrégée de l'Université en économie, option gestion administrative. Ses domaines de recherche portent notamment sur le droit de la sécurité internationale, la délimitation des frontières entre États anciennement colonisés et la codification du droit international.

Florence PARODI est docteur en droit international de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Elle a rédigé une thèse de doctorat en droit international et en droit comparé sur le sujet des sociétés militaires et de sécurité privées, ce qui l'a amenée à participer deux années de suite à la formation

des conseillers juridiques militaires français en intervenant sur ce sujet. Elle dispense par ailleurs un cours sur les règles qui entourent l'usage de la force à Sciences Po Paris, et occupe actuellement un poste de conseiller juridique au Ministère français de la défense.

Nicolas PEREZ est conseiller juridique en charge du droit de la mer à la Direction des affaires juridiques du Ministère français de la défense. Membre de la délégation française au sous-groupe juridique du groupe de contact sur la piraterie au large de la Somalie, il a participé à l'élaboration du cadre juridique des opérations françaises et européennes de lutte contre la piraterie dans le Golfe d'Aden et dans l'Océan indien. Diplômé du Master 2 de droit international public et organisations internationales de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et ancien doctorant de cette même université, Nicolas Perez a été allocataire de recherche et Attaché temporaire d'enseignement et de recherches (A.T.E.R.). Il a dispensé des travaux dirigés en relations internationales et organisations internationales pendant cinq années à l'Université Paris 1 et en relations internationales à l'Institut d'études politiques de Paris dans le cadre du cours de « Réalités internationales » de M. Hubert Védrine. Il a également été chargé du cours de droit constitutionnel au profit des futurs greffiers militaires dans le cadre du centre pédagogique de la justice militaire. Il est l'un des auteurs, sous la co-direction de MM. les professeurs Eisemann et Pazartzis, de la 5^{ème} édition réactualisée du *Manuel de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*.

Athanasia PETROPOULOU est doctorante en droit international à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et à l'Université d'Athènes. Son sujet de recherche porte sur les mesures antiterroristes et le Conseil de l'Europe. Elle a publié un article intitulé « La CEDH, la Charte de l'ONU et ses rapports nébuleux devant les juridictions internes et internationales » (*in Revue hellénique de droit international* 2009, n° 1, pp. 239-296) et un article intitulé « The European Convention on Human Rights and Extraordinary renditions » (*in* M. NOWAK, R. SCHMIDT (dir.), *Extraordinary Renditions and the Protection of Human Rights*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Anvers, Intersentia, Study series of the Blotzmann Institute, 2010).

Lilian RICHIERI HANANIA est docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et avocate (São Paulo et Paris). Elle occupe actuellement un poste de conseillère à la Sous-direction des affaires économiques internationales du Ministère français des Affaires étrangères et européennes. Ses travaux récents portent notamment sur la protection de la diversité culturelle et le droit international économique. Ses publications incluent : *Diversité culturelle et droit international du commerce* (Monde européen et international, CERIC, Paris, La Documentation française, 2009, 480 p.), « La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles » (*in Annuaire du Québec*, 2007, pp. 396-403), « Intellectual property and cultural expressions in a digital environment » (*in International Journal of Intellectual Property Management*, vol. 4, n° 1/2, 2010, pp. 96-113), « Le principe de précaution et son application dans l'OMC » (*in* H. RUIZ FABRI et L. GRADONI (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, UMR de Droit comparé de Paris, vol. 16, Société de législation comparée, 2009, pp. 555-575). Elle est aussi co-auteur avec Héléne Ruiz Fabri des articles « The 2005 UNESCO Convention and International Cooperation on Development », (à paraître, *in* T. KONO, J. WOUTERS et S. VAN UYTSEL (dir.), Helsinki, Intersentia), « Commentary on article 8 » et « Commentary on article 17 » (à paraître, *in* S. von SCHORLEMER, *Commentary on the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*).

Lilian Hanania est également membre du Réseau international de juristes pour la diversité des expressions culturelles (RIJDEC).

Svetlana ZAŠOVA est chercheur au Centre d'étude et de recherche en droit international (CERDIN) de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et achève une thèse de doctorat sur le sujet « Le régime juridique des agents onusiens de maintien de la paix. De l'autonomie relative de l'organisation internationale dans le domaine du maintien de la paix ». Ses recherches portent principalement sur le maintien de la paix, le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire. Elle a notamment publié des articles relatifs à la lutte contre le terrorisme international (« La lutte contre le terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes », *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2008, pp. 481-505), à l'applicabilité du droit international humanitaire (« L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », in C.L. POPESCU, J-M. SOREL (dir.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 47-85) et à l'action des organisations internationales (« Le rôle des organisations internationales dans l'incitation des groupes armés au respect du droit international humanitaire : *quo vadimus* ? », in J-M. SOREL, I. FOUCHARD (dir.), *Le rôle des tiers aux conflits armés dans la protection des populations civiles* (à paraître en 2010 aux éditions Pedone)).