

16. CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

En guise de conclusion, tâchons de donner quelques éléments de réponse à certaines des interrogations fondamentales qui sont apparues au fil des chapitres qui précèdent. Le droit humanitaire est-il dépassé par l'évolution sans cesse grandissante des hostilités, la diversité des acteurs qui y participent et les nouvelles technologies qui y sont déployées ? De façon générale, est-il encore en phase avec la réalité des conflits armés contemporains ? Doit-il être adapté, voire réformé en profondeur ? D'emblée, soulignons le caractère lacunaire des réponses que nous apporterons à ces questions. En effet, nous les tirerons des seules thématiques analysées dans le cadre de ce manuel. Or certains aspects importants du droit humanitaire ont été éludés¹, d'autres n'ont été abordés que brièvement². Ces aspects feront l'objet de compléments ultérieurs.

Pour tenter d'éclaircir ces interrogations, commençons par épingler les principaux défis auquel le droit humanitaire est confronté à l'heure actuelle³ (1). Dans un second temps, évoquons les réformes et les adaptations qui devraient, selon nous, être entreprises pour faire face à ces enjeux. Nous verrons que diverses pistes de réflexion devraient être amorcées selon les domaines concernés (2).

1. Les défis

Reprenons donc, tour à tour, les principales thématiques abordées dans cet ouvrage : les sources (1.1.), les conflits armés (1.2.), les droits de l'homme (1.3.), les acteurs non étatiques (1.4.), l'occupation (1.5.), les forces multinationales (1.6.), les prisonniers de guerre et les internés civils (1.7.), le principe de distinction (1.8.), les principes de conduite des hostilités (1.9.) et la mise en œuvre (1.10.)

¹ Par exemple, les questions de protection spéciale accordée aux femmes, aux enfants et aux étrangers situés en territoire occupé ou les spécificités des guerres maritimes et aériennes n'ont pas été étudiées comme telles. De la même manière, les dispositions relatives aux personnes disparues, décédées, réfugiées ou déplacées mériteraient d'être analysées à l'avenir.

² Par exemple, les questions de protection des blessés, malades et naufragés ainsi que du personnel sanitaire et religieux n'ont été abordées qu'incidemment.

³ V. de façon générale les défis repris dans le rapport du CICR – très instructif et dont nous nous sommes inspirés – intitulé « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », *Rapport préparé à l'occasion de la XXXI^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 31/C/11/5.1.2, Genève, CICR, 28 novembre - 1^{er} décembre 2011. Dans le cadre de ce chapitre, nous ne citerons pas la doctrine et la jurisprudence relatives aux conclusions que nous tirerons. Nous renvoyons le lecteur aux notes de bas de page figurant dans les chapitres qui précèdent, à l'exception toutefois de quelques références au rapport susvisé du CICR qui n'auraient pas été évoquées précédemment.

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

1.1. Les sources

La problématique des sources du droit humanitaire, et en particulier, des sources coutumières pose des problèmes épistémologiques épineux. Ceux-ci tournent autour de deux questions principales intimement liées l'une à l'autre. Premièrement, les éléments constitutifs de la coutume internationale doivent-ils être adaptés à la spécificité du droit humanitaire ? Deuxièmement, dans quelle mesure la pratique et l'*opinio juris* des acteurs non étatiques et, notamment des groupements armés, doivent-elles être prises en compte ? Nous avons vu qu'en raison de la nature essentiellement prohibitive des normes de *jus in bello* et des violations régulières dont elles sont l'objet, plusieurs instances internationales se sont affranchies des règles traditionnelles gouvernant l'établissement de la coutume internationale. Mais jusqu'où ce processus d'affranchissement peut-il être conduit sans profondément altérer – voire dénaturer – la notion de coutume ni affecter sa crédibilité et son autorité ?⁴ La réponse à cette question ne fait pas l'unanimité. De la même manière, ni la doctrine ni la jurisprudence ne s'accordent sur la participation des acteurs non étatiques à l'élaboration du droit international coutumier. Et ce, même si une tendance semble désormais se dessiner en faveur de la prise en compte de leurs faits et gestes dans l'établissement des règles les concernant. Pour certains, cette façon de procéder garantirait que le droit humanitaire coutumier soit adapté à la spécificité de ces acteurs et, en particulier, à leur aptitude à respecter les obligations dont ils sont destinataires. En tenant compte de leurs préoccupations, elle permettrait également de les inciter à respecter davantage de telles obligations. Cela dit, la mise en œuvre de cette approche est confrontée à des obstacles concrets tirés de la diversité des groupements armés et de l'hétérogénéité de leurs pratiques. Elle se heurte également à des raisons d'ordre politique liées à la légitimité accrue que ceux-ci chercheraient à en tirer et que les Etats ne sont pas prêts à leur reconnaître. Enfin, rien ne garantit qu'elle aboutisse à un renforcement de la protection des individus concernés.

1.2. Les conflits armés

Au cours de ces vingt dernières années, la jurisprudence internationale et la doctrine ont largement contribué à l'élaboration de définitions plus précises des notions de conflits armés internationaux et de conflits armés non internationaux. Mais, durant cette période, des conflits d'un nouveau genre – marqués, notamment, par l'absence d'ancrage idéologique et par une durée

⁴ Au-delà de cette question, il conviendrait d'examiner dans quelle mesure les juges – nationaux et internationaux – qui sont appelés à appliquer le droit humanitaire coutumier peuvent s'affranchir d'une conception trop formaliste du principe de la légalité pénale. En effet, celle-ci les condamne bien souvent à effectuer des contorsions conceptuelles vis-à-vis des règles d'établissement du droit coutumier.

CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

accrue – ont pris une dimension singulière et lancés de nouveaux défis au droit humanitaire⁵. De façon générale, retenons que cinq types d'hostilités continuent à poser des problèmes délicats de qualification. Il s'agit, premièrement, des conflits armés internationalisés qui se caractérisent par une multitude d'interventions extérieures aussi bien d'Etats que d'organisations internationales. Certes, la nature du contrôle requis pour l'internationalisation de tels conflits – qui a fait couler beaucoup d'encre par le passé – ne semble plus guère poser aujourd'hui de difficultés. Cependant, les conséquences de ces interventions sur la nature des hostilités mériteraient d'être clarifiées. Convient-il de différencier, au sein de conflits armés internationalisés, leurs composantes internationales et non internationales ou de qualifier ces composantes, toutes, d'internationales ? Dans ce dernier cas de figure, à quelles conditions ? Par ailleurs, l'intervention des organisations internationales doit-elle être traitée différemment de celle des Etats ? Nous y reviendrons ci-dessous. Il s'agit, deuxièmement, des conflits armés transnationaux qui se sont multipliés au cours de cette dernière décennie. Doivent-ils être qualifiés de non internationaux, dès lorsqu'ils opposent des Etats à des groupements armés, ou d'internationaux, lorsque, par exemple, l'« Etat agressé » a manifesté son opposition à toute intervention sur son territoire ? La doctrine est profondément divisée sur ce point. Il s'agit, troisièmement, des conflits dits « déstructurés » qui se distinguent, notamment, par l'affaiblissement – voire la disparition – des structures de l'Etat concerné, une intensité des hostilités très variable, le morcellement des factions en combat et leur faible niveau d'organisation. Les conditions d'intensité et d'organisation, traditionnellement retenues pour qualifier des hostilités de non internationales, peuvent-elles être assouplies dans ces circonstances ? Il s'agit, quatrièmement, des combats menés par des groupes mafieux ou des bandes criminelles dont l'intention semble différer de celle de belligérants classiques. Convient-il de les traiter différemment d'autres conflits armés compte tenu des desseins soi-disant spécifiques nourris par ces acteurs ? Il s'agit, enfin, des conflits armés de longue durée et dont la nature évolue au gré des interventions extérieures et, surtout, de la perte ou du regain d'effectivité des régimes qui y participent. Dans cette situation, comment déterminer précisément le moment à partir duquel de tels conflits changent de nature, compte tenu des incidences pratiques que ces changements pourraient avoir sur le statut des combattants ou des personnes détenues ? En guise de conclusion de cette section, notons que, de façon générale, ces difficultés tiennent à la complexification des conflits armés et au manque de clarté réservé au statut des acteurs non étatiques qui y sont

⁵ CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », *op. cit.*, p. 7.

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

impliqués. Observons également qu'elles sont renforcées par l'absence d'autorité habilitée à déterminer officiellement, au nom de la communauté internationale, la nature des hostilités concernées.

1.3. Les droits de l'homme

L'interaction entre le régime des droits de l'homme et celui du droit humanitaire crée des incertitudes d'ordre doctrinal. Nous les avons étudiées en détail. Elle suscite également deux types d'interrogations pratiques : les premières sont liées au champ d'application des droits de l'homme, les secondes, aux difficultés de surmonter les incompatibilités entre ces deux régimes dans le cadre des conflits armés non internationaux. Au premier rang des interrogations relatives au champ d'application figure l'applicabilité des droits de l'homme aux groupements armés. Même si elle génère d'inévitables tensions d'ordre politique, cette question mériterait d'être clarifiée, en particulier, lorsque de tels groupements peuvent être *de facto* assimilés à des autorités étatiques – lorsqu'ils exercent un contrôle territorial et ont acquis une certaine stabilité – et sont, ainsi, capables de mettre en œuvre les droits de l'homme. L'application extraterritoriale de ces droits n'est pas non plus exempte de controverses, notamment, en matière d'usage de la force⁶. Parmi les interrogations du second type, nous relèverons, par exemple, la question controversée de savoir si un Etat doit ou pas déroger aux dispositions en matière de droits de l'homme lorsqu'il souhaite interner des individus dans le cadre de conflits armés non internationaux⁷. Cette problématique prend une dimension singulière lorsque d'autres Etats interviennent à ses côtés. En effet, tous ces Etats ne sont pas nécessairement liés par les mêmes conventions de droit de l'homme ni donc soumis au même régime juridique⁸. Dans le domaine de l'usage de la force, l'articulation entre le droit humanitaire et les droits de l'homme est d'autant plus difficile à établir que le premier est peu développé dans le cadre de conflits armés non internationaux et que les seconds sont particulièrement restrictifs⁹.

1.4. Les acteurs non étatiques

Nous avons déjà eu l'occasion de souligner, à plusieurs reprises, que les acteurs non étatiques, dont les groupements armés, apparaissent comme les « oubliés » du droit humanitaire pour des raisons autant pratiques et symboliques que politiques. Au-delà des questions théoriques posées par les

⁶ Et ce, même si l'Etat concerné exerce un contrôle effectif sur le territoire ou les personnes concernées.

⁷ CICR, « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », *op. cit.*, p. 20-21.

⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁹ *Ibid.*, p. 23-24.

CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

fondements de leurs droits et obligations humanitaires, ce sont, avant tout, des préoccupations pratiques qui mobilisent désormais l'attention des organisations internationales, des Etats et des ONG à leur endroit. Celles-ci tiennent à la nécessité de trouver de nouveaux moyens pour encourager ces acteurs à respecter davantage le droit humanitaire en nouant un dialogue renforcé avec eux. Il n'en demeure pas moins que des questions délicates de responsabilité demeurent sans réponse, en particulier, lorsque les violations qu'ils commettent ne peuvent être imputées à un Etat. En effet, le droit international ne précise pas clairement que la responsabilité des acteurs non étatiques peut être engagée en tant que telle. En tout état de cause, aucune juridiction internationale ne possède la compétence pour connaître de pareilles questions de responsabilité.

1.5. L'occupation

Six difficultés méritent d'être évoquées. Premièrement, nous avons vu combien il était difficile de définir précisément le début et la fin d'une situation d'occupation. Or, aucune théorie élaborée en la matière – que ce soit celle de la « substitution effective d'autorité », de la « substitution potentielle d'autorité » ou celle dite « fonctionnelle » – ne fournit de solution claire à cette problématique. De plus, aucune d'entre elles ne paraît parfaitement adaptée aux enjeux contemporains de l'occupation. Deuxièmement, la gestion d'une période de transition entre une situation d'occupation et de non occupation suscite des problèmes de partage et de transmission – souvent progressive – de responsabilités que ne régule pas le droit humanitaire. Troisièmement, les dispositions en matière d'occupation figurant dans la Convention de Genève IV ont été conçues pour des situations transitoires entre la fin des hostilités et la conclusion d'un accord de paix. Or, certaines d'entre elles sont difficilement compatibles avec les exigences d'occupations prolongées qui se produisent de plus en plus régulièrement¹⁰. Quatrièmement, le régime de l'occupation est aujourd'hui exclu en cas de conflits armés non internationaux lorsque, par exemple, des groupements armés s'emparent d'une partie du territoire national et l'administrent eux-mêmes. Nous comprenons parfaitement que les Etats ne soient pas enclins à leur accorder le statut d'occupant. Cela étant, il convient de se demander si ces groupements ne devraient pas être tenus de respecter des obligations similaires à celles d'une puissance occupante vis-à-vis des populations civiles placées sous leur autorité. Cinquièmement, il n'est pas rare que, même après la prise de contrôle d'un territoire et l'établissement d'une autorité, un Etat soit confronté à des forces armées continuant à lutter contre lui. Dans ces situations, peut-il user de la force militaire,

¹⁰ *Ibid.*, p. 32.

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

conformément aux principes de conduite des hostilités, ou doit-il se contenter de prendre des mesures de maintien de l'ordre, conformément aux lois en vigueur dans l'Etat occupé¹¹ ? La réponse à cette question est loin de faire l'unanimité. Sixièmement, au cours de ces deux dernières décennies, l'ONU a exercé de nombreux mandats d'administration de territoires et de reconstruction de sociétés et, dans ce cadre, des responsabilités qui s'apparentent à celles d'une puissance occupante. Or l'exercice de ces mandats et responsabilités est souvent incompatible avec les exigences consacrées par le droit de l'occupation, dès lors qu'il implique de modifier, en profondeur, le droit et les institutions de l'Etat concerné. La question de savoir si le régime de l'occupation s'applique dans cette hypothèse est sans aucun doute controversée. Quoiqu'il en soit, l'action de l'ONU, comme celle de n'importe quel Etat ou d'organisation internationale, devrait être encadrée – le cas échéant en dehors du droit de l'occupation – de façon à ce qu'elle ne puisse pas nuire aux populations concernées.

1.6. Les forces multinationales

L'application du droit humanitaire aux forces multinationales suscite également beaucoup de questions vivement débattues¹². Parmi celles-ci, il convient, en priorité, d'identifier les prescrits du droit humanitaire qui s'appliquent lorsque de telles forces sont engagées dans un conflit. S'agit-il de celui relatif aux conflits internationaux ou de celui concernant les conflits non internationaux ? En effet, certains préconisent que ces forces soient soumises au même régime juridique que les Etats (et donc que ce régime varie selon qu'elles sont confrontées à des Etats ou à des groupements non étatiques). D'autres, en revanche, prônent une application généralisée du droit des conflits armés internationaux. Il importe également d'éclaircir si les parties au conflit regroupent, non seulement les Etats intervenant sous la houlette d'une organisation internationale, mais également l'organisation elle-même (avec toutes les conséquences susceptibles d'en résulter pour les autres Etats membres étrangers au conflit)¹³. Enfin, il est nécessaire de trouver des solutions pour harmoniser les divergences d'interprétation du droit humanitaire entre les divers Etats participant à une entreprise multinationale¹⁴.

¹¹ *Ibid.*, p. 20-21.

¹² *Ibid.*, p. 34-38.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

1.7. Les prisonniers de guerre et les internés civils

Dans le cadre des conflits armés internationaux, le statut des prisonniers de guerre et des internés civils, leurs conditions de détention et leur traitement en détention sont réglés par des normes très détaillées. Certaines d'entre elles pourraient apparaître aujourd'hui désuètes par rapport à la réalité des conflits armés contemporains. Elles sont par ailleurs difficiles à mettre en œuvre. Cependant, la plupart demeurent justifiées et constituent un cadre légal indispensable. C'est en cas de conflits armés non internationaux que les difficultés se posent avec le plus d'acuité. En effet, les règles de droit humanitaire relatives à l'internement d'individus sont succinctes, voire inexistantes. Dans ce contexte, il est impératif de consacrer en droit positif les motifs susceptibles de justifier pareil internement et les droits de recours contre toute décision en la matière. Il est, par ailleurs, nécessaire de renforcer les dispositions du 2^{ème} Protocole additionnel gouvernant les conditions de détention, tout en gardant à l'esprit qu'elles doivent pouvoir être mises en œuvre par des groupements armés moins bien organisés que des Etats. Toutes ces incertitudes prennent une dimension singulière en cas d'interventions multinationales car les Etats concernés sont susceptibles de suivre des pratiques différentes.

1.8. Le principe de distinction

Il n'y a aucun doute que le principe de distinction, comme les autres principes cardinaux de conduite des hostilités, s'appliquent en cas de conflits armés tant internationaux que non internationaux. Toutefois, la multiplication des acteurs participant désormais à des combats – qu'il s'agisse de factions en tout genre, de sociétés privées ou de « *peacekeepers* » – ont rendu la ligne de démarcation entre combattants et civils particulièrement opaque. Malgré les nombreuses tentatives de clarification d'un principe en apparence simple et clair, plusieurs dimensions fondamentales demeurent vivement contestées. Par exemple, quels sont les critères à prendre en compte pour déterminer si des membres de forces irrégulières font bel et bien partie intégrante des forces armées d'un Etat ? Qu'en est-il des compagnies privées ? Comment définir le concept de forces armées agissant dans les conflits armés non internationaux ? Quels sont les contours de la notion de participation directe aux hostilités ? Quel est le champ d'application *ratione temporis* de cette notion ?

1.9. Les principes de conduite des hostilités

Dans le cadre limité de ces conclusions, nous ne pouvons évoquer en détail les défis que suscitent les principes de nécessité militaire, d'humanité, de proportionnalité, de précaution et d'interdiction de causer des maux superflus régissant la conduite des hostilités. Contentons-nous de constater,

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

de façon générale, qu'à l'exception de certaines règles spécifiques en matière, par exemple, de protection de l'environnement, il n'est plus aujourd'hui contesté que ces principes s'appliquent, de la même façon, aux conflits armés aussi bien internationaux que non internationaux. Nous avons d'ailleurs vu qu'à l'inverse des règles de Genève, ces principes sont souvent formulés en termes suffisamment généraux, et avec assez de souplesse, pour être mis en œuvre par toutes les forces armées, quelles qu'elles soient, y compris donc par des groupements peu organisés. Cela étant, de tels atouts peuvent également constituer des faiblesses. En effet, la généralité et la souplesse de ces principes laissent une grande – voire une trop grande – marge de manœuvre – voire d'incertitude – aux décideurs politiques et militaires qui les appliquent concrètement sur le théâtre des hostilités. De la même manière, elles placent les juges pénaux, tenus de se prononcer sur la responsabilité de ceux qui auraient violés de tels principes, en porte-à-faux par rapport à l'exigence de précision consacrée par la règle cardinale de la légalité pénale. Plus fondamentalement, les caractéristiques susvisées de généralité et de souplesse traduisent la volonté de certains Etats de ne pas se soumettre à des règles trop détaillées de façon à se garder les mains, aussi libres que possible, pour combattre l'ennemi. C'est pour remédier à ces difficultés qu'il convient de définir précisément les contours de ces principes. Nous avons d'ailleurs, nous-mêmes, tenté de le faire en les décomposant en sous-principes. Force est toutefois de constater que ces sous-principes suscitent, eux aussi, de nombreuses controverses. Par ailleurs, ils ne sont pas aisément identifiables dans la mesure où ils proviennent de sources très diverses, qu'il s'agisse de manuels militaires, de décisions jurisprudentielles, de résolutions du Conseil de sécurité, de déclarations d'Etats ou d'articles de doctrine. Cette problématique nous amène à nous poser la question de savoir si le droit de La Haye, tel qu'il est conçu à l'heure actuelle, établit un juste équilibre entre les deux exigences suivantes : d'une part, l'impératif de généralité requis par la multiplicité des situations ainsi que des forces et groupements armés auxquels ce droit s'applique et par les évolutions technologiques auxquelles il est confronté¹⁵ ; et d'autre part, le critère de précision qui exige la fixation de points de repère clairs pour tous ceux tenus de l'appliquer. Cet équilibre peut-il être amélioré ? Dans l'affirmative, comment ? Au cœur de cette question figure la nécessité de préserver un autre équilibre fondamental sous-tendant tout le droit humanitaire : celui devant exister entre les nécessités militaires et les préoccupations humanitaires.

¹⁵ Nous avons pu nous en rendre compte, en analysant au chapitre 9, les problèmes liés à l'utilisation de la cyber-technologie et des systèmes d'armement sans pilote.

CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

1.10. La mise en œuvre

Plus encore que l'adaptation du droit humanitaire aux conflits armés contemporains, la question de la mise en œuvre de ce droit pose problème et mérite d'être repensée. En effet, en dépit de la création et du développement de nombreux mécanismes de protection et d'assistance humanitaire, d'enquête, de répression et de réconciliation, le droit humanitaire demeure constamment violé et les victimes, souvent civiles, sont entièrement démunies face à cette situation. Il convient, en conséquence, de se demander si nous pouvons nous contenter des mécanismes existant – quitte à les renforcer – ou si nous devons en instituer de nouveaux¹⁶. Cette question devrait être examinée à la lumière du constat suivant. De façon générale, les moyens actuels de mise en œuvre du droit humanitaire sont : soit entièrement tributaires de la volonté des Etats en conflit et donc inefficaces dans bien des cas (les Puissances protectrices ou la Commission internationale d'établissement des faits) ; soit perçus comme étant politisés et donc souvent décrédibilisés (le Conseil des droits de l'homme ou le Conseil de sécurité) ; soit limités dans leur champ de compétence et d'action et donc en décalage par rapport au déroulement d'événements qui les dépassent (les tribunaux internationaux, les commissions vérité et réconciliation et les commissions d'enquête) ; soit tenus de respecter certaines exigences fondatrices de neutralité et d'indépendance et donc empêchés d'agir dans certains domaines (le CICR) ; ou soit dépourvus de moyens contraignants et donc peu respectés (les ONG).

2. Les réformes et les adaptations

Interrogeons-nous désormais sur les réformes ou les adaptations à entreprendre pour pallier aux nombreuses incertitudes et insuffisances du droit humanitaire que nous venons d'évoquer. Soulignons d'ores et déjà qu'une refonte totale des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels ne nous apparaît ni nécessaire ni souhaitable. En effet, la plupart des principes figurant dans ces conventions demeurent d'actualité¹⁷. Ancrés dans la mémoire, la pratique et les traditions de nombreuses armées du monde et dans la jurisprudence de leurs tribunaux, ils constituent des points de repère indispensables pour les acteurs politiques, militaires et judiciaires.

¹⁶ V. de façon générale le rapport très instructif du CICR intitulé « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés », *Rapport préparé à l'occasion de la XXXI^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 31/C/11/5.1.1, Genève, CICR, 28 novembre - 1^{er} décembre 2011, p. 13-16.

¹⁷ J. KELLENBERGER, « Le droit de la guerre est-il adapté aux conflits actuels », *Entretien*, 21 septembre 2010, document disponible à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/ihl-development-interview-210910.htm>

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

N'oublions pas non plus que ces principes ont été acquis au prix de complexes et tumultueuses négociations. Or, dans le contexte actuel, les Etats cherchent, plus que jamais, à combattre librement les menaces – notamment terroristes – auxquelles ils sont confrontés. Rien ne nous garantit donc que de nouvelles tractations aboutiraient à relever ces défis, tout en renforçant la protection des personnes concernées. Dans ce contexte, plutôt que d'entreprendre des réformes globales, nous préconisons de mettre en place des stratégies spécifiques qui varient en fonction des enjeux concernés. En effet, dans certains domaines, la conduite d'une réflexion générale par les institutions compétentes à cet effet devrait suffire (2.1.). Dans d'autres, en revanche, un renforcement du droit conventionnel s'impose (2.2.). Par ailleurs, certains pans du droit humanitaire ne peuvent être développés d'une seule et même manière. Ils nécessitent un approfondissement multisectoriel (2.3.). Enfin, des réformes institutionnelles sont incontournables (2.4.).

2.1. Une réflexion théorique

Nous avons vu ci-dessus que plusieurs aspects du droit humanitaire suscitaient des défis théoriques de taille. L'un d'entre eux mériterait, selon nous, d'être approfondi : celui des sources coutumières. Certes, l'Etude du CICR sur le droit humanitaire coutumier a identifié avec beaucoup de minutie et de précision les règles coutumières applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux. Elle n'a toutefois pas épuisé les problèmes conceptuels posés par ce sujet. Or, en 2011, les experts de la CDI ont envisagé de lancer un programme de travail à long terme intitulé « [f]ormation et identification du droit international coutumier »¹⁸. Compte tenu de l'importance grandissante de la coutume en droit humanitaire, peut-être conviendrait-il que la CDI consacre une attention particulière à cette problématique et tâche, en particulier, de répondre aux questions délicates de savoir : i) si la formation du droit coutumier occupe une place à part en droit humanitaire ; et ii) si les acteurs non étatiques pourraient – voire devraient – y participer. L'Institut de Droit international pourrait également contribuer à éclaircir ces questions.

¹⁸ Rapport de la CDI, Soixante-troisième session 26 avril, 3 juin, 4 juillet et 12 août 2011, Assemblée générale, Documents officiels, Soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10), Annexe A.

CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

2.2. Un renforcement du droit conventionnel

Il est certains domaines du droit humanitaire – comme ceux de l'internement dans les conflits armés non internationaux¹⁹ ou de l'occupation – qui ne devraient pas, d'après nous, échapper à des aménagements conventionnels. En effet, s'agissant du premier, nous voyons mal comment les acteurs concernés – Etats, groupements armés ou organisations internationales – qui ont, de plus en plus, recours à des mesures d'internement pourraient continuer à se passer d'un régime juridique clair encadrant cette question et, en particulier, celle des motifs justifiant ces mesures et celle des recours contre celles-ci. En effet, nous avons vu que les droits de l'homme exigeaient désormais que ces motifs et recours soient inscrits dans un texte de droit positif. Or les droits nationaux sont généralement muets sur cette question. S'agissant de la deuxième problématique, nous avons souligné combien le droit de l'occupation pouvait apparaître, aujourd'hui, à bien des égards, lacunaire, voire dépassé, lorsqu'il s'agissait, par exemple, de régir des situations prolongées d'occupation ou d'administration territoriale. Là aussi, nous pensons que seuls des aménagements conventionnels pourraient remédier efficacement à ces insuffisances et créer un régime juridique offrant une véritable sécurité aux populations concernées, tout en tenant compte des préoccupations nouvelles de l'occupant. Bien entendu, nous n'ignorons pas que les Etats peineront à former un consensus autour de problèmes aussi sensibles. Comment souvent, c'est sans doute la survenance d'un événement majeur qui les obligera, sans guère de distance critique, à prendre les décisions qui s'imposent et dictera à la hâte l'approche nouvelle.

2.3. Un approfondissement multisectoriel

Il ne sera souvent pas possible d'envisager la signature de nouvelles conventions. Il serait alors opportun de diversifier les solutions en fonction de chaque cas d'espèce. Certains principes, comme ceux relatifs à la conduite des hostilités, peuvent, par exemple, continuer à faire l'objet d'approfondissements jurisprudentiels au niveau international et interne. Il va de soi que les manuels militaires et les règles d'engagement de chaque pays contribuent également à en fixer les contours. Même si elles ne sont pas contraignantes, les études du CICR, comme celle relative à la participation directe aux hostilités, demeurent à ce titre des outils d'harmonisation et de réflexion indispensables. Par ailleurs, des instruments divers – comme les engagements unilatéraux, les accords *ad hoc* ou les codes de conduite

¹⁹ V. CICR, « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés », *op. cit.*, p. 9. V. également S. VITÉ, « Comment adapter le droit international humanitaire à l'évolution de la nature de la guerre ? », *Entretien*, CICR, 28 novembre 2011, document disponible à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/2011/ihl-development-interview-2011-11-28.htm>

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

susceptibles d'être adoptés notamment par les groupements armés – permettent de combler, en partie, les nombreuses lacunes du droit applicable dans les conflits armés non internationaux.

2.4. Des réformes institutionnelles

Lorsque nous avons évoqué les mécanismes d'enquête au chapitre 12 du présent ouvrage, nous avons préconisé que le Secrétaire général de l'ONU, en tant qu'organe compétent en matière de bons office, désigne une personne neutre et indépendante chargée de coordonner, au niveau international, toutes les activités d'établissement des faits entreprises par l'ONU. En effet, nous avons dit que ces activités étaient, à l'heure actuelle, exercées par de multiples organes et que cette situation n'était pas propice à une action cohérente, efficace et transparente. Nous avons également souligné qu'une seconde option pourrait être de revitaliser la CIEF. En effet, cette commission présente l'avantage d'être une organisation instituée par un traité largement ratifié, autonome et totalement indépendante. Quelle que soit l'option choisie²⁰, nous pensons que la seule manière de remédier efficacement aux lacunes des organismes existants serait d'en créer (ou en raviver) un possédant les caractéristiques²¹ suivantes :

- être composé de personnalités de haut rang et influentes issues notamment du monde politique, judiciaire ou académique et de la société civile ainsi que d'experts de renommée internationale ;
- ne pas être tributaire du consentement des belligérants pour exercer ses compétences ;
- posséder un vaste champ de compétence comme celles de : qualifier la nature des hostilités en cause ; négocier avec les belligérants des accords de cessez-le-feu ou visant, notamment, à assurer la protection des civils ; récolter des informations au sujet des violations du droit humanitaire ; identifier leurs auteurs aux fins qu'ils soient traduits devant les juridictions nationales ou internationales compétentes ; dans certaines conditions, « stigmatiser » publiquement la commission de telles violations ; imposer aux belligérants des mesures de nature à empêcher que d'autres violations ne soient perpétrées ; et s'en référer aux organes politiques compétents – et, en particulier, au Conseil de sécurité de l'ONU – pour qu'ils puissent prendre les sanctions nécessaires ;
- disposer de toutes les garanties de neutralité et d'indépendance indispensables à l'exercice de telles fonctions ;

²⁰ *Ibid.*, p. 13-16.

²¹ V. à ce sujet : S. VITÉ, « Comment adapter le droit international humanitaire à l'évolution de la nature de la guerre ? », *op. cit.*

CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES

- être autorisé à choisir librement les mesures qui s'imposent en fonction de chaque cas d'espèce ; et
- prendre des décisions contraignantes²² vis-à-vis des belligérants, Etats ou groupements armés concernés.

Parallèlement à la création d'un tel organe, il pourrait être envisagé d'instituer un fonds mondial d'indemnisation des victimes d'actes de guerre. Composé d'experts indépendants, ce fonds fonctionnerait selon des procédures administratives souples et rapides tout en respectant les exigences essentielles d'équité et de neutralité. A l'instar de certains fonds nationaux d'indemnisation de victimes d'actes de terrorisme, il aurait la compétence d'accorder diverses mesures de réparation, indépendamment de toute question de responsabilité étatique ou individuelle. Ces mesures ne devraient pas être limitées à l'indemnisation, mais couvrir également d'autres formes de réparation adaptée à la criminalité de guerre comme la réadaptation (à savoir, la prise en charge médicale et psychologique des victimes, l'offre d'accès à des services juridiques et sociaux, etc.)²³. Alimenté par l'ensemble des Etats, ce fonds consacrerait à l'échelon international une forme de solidarité collective vis-à-vis des victimes des violations du droit humanitaire.

²² Comme nous l'avons vu au chapitre 5 du présent ouvrage, il convient toutefois de ne pas sous-estimer les difficultés conceptuelles posées par l'imposition d'obligations aux acteurs non étatiques.

²³ V. la résolution de l'Assemblée générale du 16 décembre 2005 relatives aux *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 (A/RES/60/147)*. V. également CICR, « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés », *op. cit.*, p. 16. A l'évidence, ordonner certaines mesures préconisées par cette résolution de l'Assemblée générale – comme la restitution, la satisfaction ou les garanties de non répétition – ne serait pas aisé sans se prononcer sur la responsabilité de l'Etat concerné. Or cette question ne devrait pas relever de la compétence d'un fond de nature administrative.