

L'articulation des règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme applicables aux forces internationales et aux administrations civiles transitoires internationales

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Le principe de l'applicabilité du droit international humanitaire aux organisations internationales

Cette étude a montré que **le principe de l'applicabilité du droit international humanitaire aux organisations internationales est désormais acquis**. Dans la mesure où l'une de ces organisations est en droit, conformément à ses buts et ses fonctions, de conduire des opérations militaires, elle a la capacité subjective d'être destinataire de droits et d'obligations relevant de cette branche normative. Il y a donc applicabilité *ratione personae* du droit humanitaire. **Par ailleurs, l'intervention, en tant que telle, de l'organisation ne confère pas un statut juridique particulier aux opérations concernées**. La nature des affrontements qui peuvent survenir dans ce contexte doit être évaluée à la lumière des critères que fixe le droit international humanitaire pour délimiter ses différents seuils d'applicabilité. Si l'un de ces seuils est objectivement atteint dans le contexte d'une opération internationale, les règles pertinentes s'appliqueront. Il y a dans ce cas applicabilité *ratione materiae* du droit international humanitaire. Pour l'essentiel, cette évaluation dépend de l'intensité des combats et du degré d'organisation des parties. Le fait que l'organisation internationale bénéficie d'une légitimité particulière, puisque son intervention est en principe suscitée par le Conseil de sécurité, n'est pas pertinente pour la détermination du droit applicable.

Cela ne veut pas dire pour autant que les soldats des opérations internationales puissent être légitimement attaqués, lorsqu'ils ne participent pas à des combats. Il est vrai que leur statut de membres de forces armées ne permet pas de leur octroyer la protection que prescrit le droit international humanitaire pour les civils. **En revanche, l'interdiction d'attaquer les forces de maintien de la paix relève d'un autre domaine de droit, celui des privilèges et immunités accordés aux agents des organisations internationales**. A cet égard, les conditions d'application de la Convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé par rapport à celles du droit international humanitaire méritent quelques clarifications.

La seule interprétation qui permette de respecter l'harmonie entre le droit de la sécurité des agents internationaux et le droit international humanitaire consiste à rappeler qu'il n'y a pas opposition entre ces deux régimes, puisqu'ils couvrent des domaines mutuellement exclusifs et parfaitement complémentaires. **Lorsque les forces d'une organisation internationale reçoivent un mandat coercitif, basé sur les chapitres VII ou VIII de la Charte des Nations Unies, ou lorsqu'elles se trouvent engagées *de facto* dans des combats, elles ne sont pas couvertes par la Convention de 1994, et le droit international humanitaire leur est applicable**. Inversement, lorsque ces forces, comme c'est le cas dans les opérations de maintien de la paix, n'ont pas le droit d'utiliser la force armée, sauf en cas de légitime défense, et qu'elles ne sont pas impliquées dans des hostilités, elles bénéficient des immunités accordées au personnel non-combattant par la Convention. On se trouve en

effet dans ce cas dans une situation de paix. Le droit international humanitaire n'est donc pas applicable.

Les sources des normes applicables aux organisations internationales impliquées dans des conflits armés

La reconnaissance, de principe, de l'applicabilité du droit international humanitaire aux organisations internationales n'épuise toutefois pas toutes les interrogations liées à cette problématique. Il est d'abord indispensable d'identifier plus précisément les sources des normes applicables aux organisations internationales impliquées dans des conflits armés. Traditionnellement, la doctrine, inspirée sur ce point par une pratique consistante, admet largement que le droit international coutumier doit être pris en compte. La pratique récente des Nations Unies, celle que codifie notamment la Circulaire de 1999 du Secrétaire général, montre toutefois que le droit a évolué sur cette question. **Si la coutume reste pertinente pour répondre aux besoins opérationnels des forces internationales engagées sur le terrain, cette pratique confirme qu'il est parfois indispensable, et juridiquement fondé, de s'inspirer d'autres sources normatives, notamment du droit conventionnel, pour trouver des solutions adéquates.**

Les normes applicables aux organisations internationales impliquées dans des conflits armés

Le véritable obstacle à l'application du droit international humanitaire aux organisations internationales ne se situe donc pas au niveau des sources de droit, mais à celui des normes. Certaines dispositions, qui présupposent une structure étatique, ne sont en effet pas adaptées à la nature particulière des organisations internationales. Il est donc nécessaire de trier les règles en vigueur, en vue de déterminer celles qui sont applicables sans autre aux organisations internationales, celles qui demandent une adaptation matérielle et celles qui tout simplement ne peuvent pas être reprises. **Ce travail implique un effort de concrétisation normative qui doit être mené par chacune des organisations concernées. Ce processus, débuté aux Nations Unies avec la Circulaire de 1999, mérite aujourd'hui d'être poursuivi, afin d'aboutir à une description aussi complète que possible du droit applicable aux forces de l'organisation engagées dans des combats.** En fin de compte, ce n'est plus sur l'applicabilité en tant que telle du droit international humanitaire que la pratique est hésitante aujourd'hui, mais sur l'appréciation de la pertinence matérielle de chacune des normes concernées.

Dans cette optique, la doctrine a envisagé principalement deux possibilités de concrétisation: l'adhésion des organisations internationales aux traités relatifs au droit des conflits armés (*de lege lata*), d'une part, et la conclusion d'une convention spéciale (*de lege ferenda*), d'autre part. Or, aucune de ces solutions ne paraît véritablement satisfaisante ni même utile. Dans l'hypothèse de l'adhésion, certaines règles conventionnelles ne sont tout simplement pas adaptées à la structure des organisations internationales. Une adhésion ne pourrait donc être que partielle et demanderait de retravailler l'ensemble des instruments concernés, en formulant les adaptations nécessaires sous forme de réserves, en vue d'aboutir à un texte adéquat. Il faudrait ensuite soumettre le résultat de cette démarche à la volonté des autres parties contractantes, ce qui risquerait d'entraîner des négociations longues et incertaines. De même, l'hypothèse de l'adoption d'une convention spéciale ne serait pas meilleure. Le processus d'élaboration, puis de négociation, puis de ratification d'un tel instrument serait probablement long et d'issue incertaine. Ce processus

risquerait en outre de fragiliser le droit applicable actuellement, puisque l'ouverture d'une démarche conventionnelle pourrait impliquer la remise en question de normes existantes.

Face à ces inconvénients, sans doute faut-il s'en tenir au statut actuel. Par voie d'interprétation fondée sur la pratique, nous savons que les règles coutumières de droit international humanitaire, de même que la plupart des règles conventionnelles sont applicables aux forces des organisations engagées dans un affrontement armé. En vue de clarifier le contenu exact de ce corpus juridique, **il est souhaitable que le Secrétaire général poursuive son travail commencé avec sa Circulaire de 1999 en explicitant plus précisément les règles de droit international humanitaire que doivent respecter les forces des Nations Unies.** La Circulaire s'en tient en effet, pour l'essentiel, à des principes fondamentaux et n'est exhaustive en aucune manière.

En attendant de futurs développements à cet égard, les hésitations liées à l'interprétation des règles existantes, et l'incertitude juridique qui en découle, pourraient être réduites **en reconnaissant officiellement l'existence d'une « présomption légale » en vertu de laquelle toutes les normes de droit international humanitaire, quelles soient coutumières ou conventionnelles, seraient applicables dans les situations que nous étudions.** Cette présomption pourrait être renversée par l'organisation concernée en démontrant, dans un cas donné, qu'une norme est matériellement inadéquate.

La titularité des droits et obligations du droit international humanitaire

L'application du droit international humanitaire aux forces des organisations internationales nécessite encore un examen *in concreto* de la répartition des pouvoirs. Etant donné que les organisations internationales utilisent la force par le biais des troupes mises à disposition par leurs Etats membres, il est souvent difficile de dire qui, de l'organisation ou de ses membres, constitue le destinataire des droits et obligations applicables et doit assumer par conséquent la responsabilité en cas d'acte illicite. En vertu du principe de l'effectivité, le titulaire de ces règles est l'autorité qui exerce en pratique le commandement et le contrôle des forces engagées sur le terrain.

Les opérations de maintien de la paix sont soumises la plupart du temps à une structure de commandement complexe qui mélange à la fois autorité des Nations Unies et pouvoir des Etats membres, si bien qu'il faut admettre qu'il y a « double contrôle » dans ces situations. Il est donc inutile de chercher à montrer que l'une des parties détient un contrôle exclusif sur le déroulement de l'opération, puisque cette hypothèse ne correspond pas aux réalités du terrain. Il importe plutôt de déterminer qui dirige les forces à titre principal, c'est-à-dire qui adopte en dernière instance les décisions stratégiques de l'opération. **La titularité des droits et obligations du droit international humanitaire, ainsi que la responsabilité qui en est le corollaire, doivent donc être appréhendées systématiquement dans leurs dimensions principale et secondaire.**

L'acteur qui n'assume pas la titularité principale n'est donc pas délié de toute obligation. Lorsqu'il s'agit d'un Etat de contingent, il est tenu de vérifier que les décisions adoptées par l'organisation qui dirige l'opération restent conformes au droit international humanitaire. Inversement, lorsqu'une organisation internationale autorise des Etats, ou une autre organisation internationale, à recourir à la force armée, elle doit s'assurer que les règles pertinentes seront appliquées et que les mesures de mise en œuvre adéquates seront adoptées. Ces obligations découlent de la règle coutumière et

conventionnelle en vertu de laquelle, tant les Etats que les organisations internationales sont tenus de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances.

Notre analyse du fonctionnement de l'OTAN lors de l'Opération Force Alliée a montré par exemple que ce sont les Etats membres qui exercèrent le pouvoir de commandement opérationnel en l'espèce, dans la mesure où chacun d'entre eux garda la faculté de s'abstenir d'avaliser les phases de bombardements qui ne lui convenaient pas. Ce sont donc bien ces derniers qui furent titulaires à titre principal des droits et obligations du droit international humanitaire. L'OTAN quant à elle ne bénéficia pas d'un pouvoir de décision autonome, mais elle se limita à coordonner le processus de décision.

Droit des conflits armés internationaux et droit des conflits armés non internationaux

Une autre incertitude tient à l'étendue du droit applicable aux forces internationales en situation de combat. S'agit-il du droit des conflits armés internationaux ou internes ? Si la doctrine, renforcée en ce sens par deux textes relativement récents, semble pencher en faveur de l'application du droit des conflits armés internationaux, il n'est pas certain que cette solution soit la mieux adaptée aux besoins de la pratique. Certaines règles conçues pour les conflits interétatiques sont en effet inadéquates dans l'hypothèse où les forces internationales sont confrontées à des groupements armés peu structurés ou ne contrôlant pas un territoire propre.

Dans ce cas, **il serait possible de retenir le droit des conflits armés internes, tout en envisageant la conclusion d'accords spéciaux entre les parties en vue d'élargir le cercle des normes applicables en cas de besoin.** Cette solution aboutirait ainsi à un résultat normatif mieux adapté à la réalité des conflits opposant des forces internationales et des troupes non gouvernementales. Elle aurait en outre l'avantage de préserver la cohérence du système juridique, puisque l'on aboutirait à des conclusions identiques pour des situations qui ne sont fondamentalement pas différentes, à savoir celles dans lesquelles un mouvement non gouvernemental s'oppose tantôt à une organisation internationale, tantôt à un Etat. **Une autre possibilité serait de considérer que le droit des conflits armés internationaux est applicable en principe, non pas dans son ensemble, mais seulement en partie.** Il serait alors envisageable d'en moduler certaines dispositions, notamment celles qui ont trait au statut de prisonnier de guerre, en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce.

Quel que soit le point de départ retenu, le résultat obtenu dans les deux cas pourrait être similaire, puisque l'on procéderait tantôt au renforcement du droit des conflits armés non internationaux par l'adjonction de règles sur la conduite des hostilités, tantôt à la réduction du droit des conflits armés internationaux au travers de la limitation de certaines protections. En tout état de cause, ce débat risque d'apparaître passablement académique, en raison du rapprochement considérable que connaissent déjà aujourd'hui les contenus normatifs coutumiers de ces deux blocs du droit des conflits armés.

Le droit de l'occupation militaire

En ce qui concerne le cas plus particulier du droit de l'occupation militaire, son application aux activités des organisations internationales dépend de la nature des opérations entreprises. Lorsque des forces internationales se déploient sur un territoire en vertu d'un mandat coercitif adopté sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, les conditions objectives d'application du droit de l'occupation peuvent être réunies. En

revanche, ce cas de figure est beaucoup plus improbable dans le cadre des opérations de maintien de la paix. Celles-ci sont en effet toujours mises en place suite à un accord préalable entre l'organisation concernée et l'Etat d'accueil, ce qui exclut, au début tout au moins de l'opération, l'application du droit de l'occupation.

En ce qui concerne les ACIT, nous avons abouti à la conclusion que droit de l'occupation n'est pas applicable. Etant donné que l'ACIT trouve son fondement dans une résolution du Conseil de sécurité qui requiert une transformation du système juridique et institutionnel du territoire concerné, notamment dans ses fonctions de police et de justice, le système imposé ne correspond pas aux caractéristiques du régime de l'occupation et nécessite dès lors que des règles spécifiques soient appliquées.

En revanche, le droit de l'occupation peut offrir des solutions appropriées aux besoins spécifiques des institutions transitoires, particulièrement au cours des premiers mois de la mise en place du nouveau régime. Il ne s'appliquera pas *de jure* dans ce cas, mais fonctionnera comme une source d'inspiration *de facto*. Pour limiter les incertitudes juridiques liées à cette manière de faire, **les organisations concernées devraient clarifier leur position à cet égard en reconnaissant comme applicable, dès le début de l'ACIT, le droit de l'occupation, ou certains de ces aspects.** Le Conseil de sécurité des Nations Unies pourrait par exemple le faire au moyen de sa résolution créant une nouvelle ACIT. Pour répondre aux besoins spécifiques de ce type de régime par rapport à celui des occupations, il pourrait préciser par ailleurs que cette obligation lierait les autorités mises en place à titre supplétif. Ces règles s'appliqueraient obligatoirement à tous les domaines qui ne feraient pas encore l'objet d'un règlement adopté par les autorités de l'administration transitoire. Le droit de l'occupation jouerait ainsi un rôle déterminant au début de l'opération, c'est-à-dire au moment où il est de la plus grande utilité, puis serait progressivement remplacé au fur et à mesure des activités développées par les nouvelles institutions. Il constituerait ainsi une législation d'urgence, applicable immédiatement, en attendant que soient réglementés certains domaines qui, comme l'administration de la justice ou le régime de la propriété, ne peuvent pas être mis en place du jour au lendemain.

Le principe de l'applicabilité du droit international des droits de l'homme aux ACIT

A lui seul, le droit de l'occupation n'est donc pas suffisant pour assurer la protection des personnes sous administration internationale. S'il propose un régime utile pendant la phase de déploiement de la présence internationale, il devrait être progressivement remplacé par des règles mieux adaptées aux besoins d'une situation normalisée. **Dans ce cas de figure, le droit international des droits de l'homme peut trouver sans autre application.** Conformément à la théorie de la personnalité juridique fonctionnelle des organisations internationales, l'organisation instituant une ACIT, en tant que sujet du droit international, devient destinataire des normes de droits de l'homme, du fait de l'exercice de ses activités opérationnelles sur le territoire. Une ACIT exerce en effet des prérogatives de la puissance publique qui touchent à la vie et au statut des personnes physiques et morales du territoire concerné.

Les sources du droit international des droits de l'homme applicable aux ACIT

Reste toutefois à déterminer quelles sources juridiques se révèlent en l'occurrence pertinentes. Etant donné que les organisations internationales, en l'état actuel du droit, ne sont pas parties aux instruments conventionnels existant en matière de droits de l'homme, **c'est vers le droit**

international général qu'il faut se tourner. En pratique, cette solution souleva plusieurs problèmes. Si le principe de l'applicabilité des « règles internationalement reconnues en matière de droits de l'homme » dans le fonctionnement des ACIT est admis, sa mise en œuvre s'est avérée plutôt décevante. En particulier, la question de l'applicabilité directe de certaines de ces règles, ainsi que leur position dans la hiérarchie normative des ACIT, n'ont pas été réglées. Par ailleurs, il faut rappeler que le contenu du droit international général des droits de l'homme n'est pas clairement déterminé. **Il nous semble donc préférable que les organisations internationales instituant des ACIT participent aux conventions internationales pertinentes en la matière.** Dans ce but, plusieurs possibilités sont envisageables.

Le texte des Conventions pourrait être modifié en vue d'y inclure des clauses autorisant l'adhésion des organisations internationales. Ces dernières pourraient ainsi manifester explicitement, en tant que sujet distinct des Etats membres, leur engagement vis-à-vis de la protection des droits de l'homme. **Une alternative à l'adhésion est l'acceptation *ad hoc* des instruments pertinents au cours d'une opération particulière ou d'une ACIT, comme ce fut le cas au Kosovo et au Timor oriental. Une autre alternative serait l'adoption d'une déclaration *ex ante facto* engageant l'organisation, de manière générale, à respecter et mettre en œuvre au moins certaines obligations conventionnelles.** Cette solution permettrait de surmonter toutes objections visant à contester la participation de l'organisation à un instrument conventionnel sur un pied d'égalité formelle avec les Etats parties. Dans le cas des Nations Unies, **cette déclaration pourrait prendre la forme d'une circulaire du Secrétaire général à l'instar de ce qui s'est fait à propos du droit des conflits armés.**

A défaut d'une participation des organisations internationales aux traités existants, l'application de ces instruments aux activités opérationnelles reste envisageable par le biais des engagements conventionnels des Etats membres. Cette possibilité n'est cependant valable que pour le *personnel militaire*, étant donné qu'il garde un lien de subordination avec les Etats d'envoi respectifs. En revanche, cette conclusion ne peut pas s'appliquer aux *agents civils*, puisqu'ils ne dépendent que de l'organisation internationale. Ils ne sont donc tenus que par les normes applicables à cette dernière. En d'autres termes, cette méthode d'application du droit des droits de l'homme ne se révèle utile que pour les activités des forces de paix, non pour celles des composantes civiles des ACIT.

La question de l'applicabilité des normes internationales des droits de l'homme aux opérations des organisations internationales appelle également une réflexion sur **le régime des immunités dont jouissent les Nations Unies**, en vertu du régime général établi par la Convention de 1946 sur les privilèges et les immunités, ainsi que des accords *ad hoc* régissant le statut d'une force ou d'une mission déterminées. Cependant, **le régime des immunités ne représente qu'un obstacle de nature procédurale**, sans incidence sur la substance des obligations. En d'autres mots, **ce régime ne s'oppose pas au principe de l'applicabilité *ratione personae* des droits de l'homme aux membres des missions des organisations internationales.** Ses effets doivent dès lors être évalués dans le cadre de la mise en œuvre du droit international des droits de l'homme dans les activités des ACIT et des forces de paix (v. *infra*).

Les normes du droit international des droits de l'homme applicable aux ACIT

Quant aux normes de droits de l'homme applicables, il faut préalablement rappeler que la mise en place des ACIT au Kosovo et au Timor oriental marqua la fin d'opérations militaires

d'envergure et le début d'une stratégie plus articulée. Dans les deux cas, les Nations Unies se trouvèrent donc intervenir dans des situations où, du moins dans une première phase, la paix existait seulement sur papier. Ce n'est que dans une seconde phase que le contexte de ces missions s'est progressivement normalisé. Le droit applicable doit donc s'adapter aux évolutions du terrain.

Dans un premier temps, la composante militaire se voit attribuer l'essentiel du pouvoir, en raison de l'absence des forces de police locales ainsi que d'un système judiciaire. Elle se charge ainsi non seulement du maintien de l'ordre public, mais aussi des fonctions de police administrative et judiciaire. Malheureusement, il est difficile d'évaluer l'exercice de ces fonctions en pratique, puisque les ordres d'opération et les règles d'engagement des forces militaires ne sont pas publics. Dès lors, il n'est pas facile de déterminer quel est le droit appliqué *ratione materiae*, surtout dans la première phase de l'opération, lorsque les premiers contingents militaires se déploient dans un territoire ravagé par un conflit.

En tout état de cause, il est d'abord nécessaire que les forces engagées, quel que soit l'objectif de leur mission, soient tenues de respecter les règles internationales relatives au recours à la force armée. Lorsque l'opération atteint le seuil du conflit armé, ces règles sont bien entendu celle du droit international humanitaire. Lorsque l'opération relève de la police internationale, les modalités d'utilisation de la force sont réglementées par les textes pertinents de droits de l'homme. En particulier, les forces internationales devraient se conformer aux prescriptions du *Code de conduite pour les responsables de l'application des lois* et des *Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois*. Dans les deux cas, l'utilisation de la force devra répondre aux principes de la distinction et de la proportionnalité. **De plus, les pouvoirs de maintien de l'ordre public et de police doivent être transférés le plus vite possible aux organes de l'ACIT.** Enfin, **le recours par chaque contingent national à ses propres normes nationales en la matière doit être strictement limité aux cas où cela est vraiment nécessaire.** L'exigence d'un droit et d'une procédure uniformes sur tout le territoire objet de l'opération s'impose à notre avis à la lumière du respect du principe de la sécurité juridique et de la prévisibilité du droit applicable.

Si l'état d'urgence est invoqué en vue de suspendre l'application de certains droits, il doit être conforme aux critères inscrits dans les conventions de droits de l'homme et qui font désormais partie du droit international général. En tout état de cause, il faut rappeler que certains droits et garanties fondamentales ne peuvent être suspendus en aucune circonstance, même en cas de conflit armé, une hypothèse possible notamment lors de la toute première phase du déploiement de l'opération sur le terrain.

Les mécanismes de mise en œuvre prévus par le droit international humanitaire

La pratique que nous avons étudiée montre que les mécanismes de mise en œuvre prévus par le droit international humanitaire ne sont pas d'un grand secours, lorsqu'il s'agit d'évaluer le comportement des forces internationales sur le terrain. Même si, du point de vue du droit, rien ne s'oppose à l'application de ces mécanismes dans ces situations, seul le CICR est parvenu à fonctionner en pratique. A cet égard, **la compétence du CICR en la matière devrait être renforcée en étant reconnue officiellement par les organisations internationales concernées, notamment les Nations Unies.** Il est indispensable que le droit d'action de cet organisme, en particulier sont droit d'accès aux détenus en mains des forces internationales, soit consacré de manière générale. Les accords *ad hoc* conclus de cas en cas

n'auraient dès lors pas pour but d'autoriser les activités du CICR dans un contexte particulier, mais simplement de préciser les modalités d'un droit déjà accepté en tant que tel.

Les activités du CICR, quoique nécessaires, ne sont toutefois pas suffisantes. Le CICR, en tant qu'institution humanitaire, cherche en priorité à accéder aux victimes des conflits armés. En revanche, il n'a pas pour fonction principale de déterminer les responsabilités des belligérants. Il privilégie la négociation, plutôt que la dénonciation. C'est pour cette raison que ses constatations sont en principes confidentielles et qu'il se montre extrêmement circonspect lorsqu'on lui demande de se prononcer sur une allégation de violation du droit humanitaire. **Il est donc indispensable de développer de nouvelles voies qui renforceront la mise en œuvre du droit humanitaire dans les opérations internationales en complétant le travail accompli par le CICR.**

A cet égard, il est indispensable que **soit considéré le rôle que pourrait jouer la Commission internationale d'établissement des faits prévue à l'article 90 du Protocole additionnel I de 1977**. En cas d'infractions graves et d'autres violations graves du droit international humanitaire, cette disposition propose un mécanisme d'enquête et de bons offices auquel les organisations internationales devraient recourir. Dès lors que les membres de la Commission sont déjà nommés et que les modalités de la procédure sont fixées, l'ouverture de la procédure serait grandement facilitée. Il suffirait que la Commission soit saisie, par exemple, par accord *ad hoc* entre les parties en conflit. On pourrait aussi envisager que son intervention sur un cas donné soit imposée par le Conseil de sécurité en vertu de ses compétences découlant du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Enfin, les conclusions et recommandations de la Commission seraient sans doute mieux acceptées par les parties, dans la mesure où la Commission est un organe indépendant.

Les mécanismes universels de mise en œuvre des droits de l'homme

En raison de la faiblesse de la mise en œuvre du droit international humanitaire, il est en outre indispensable de développer les compétences des mécanismes relevant de la mise en œuvre des droits de l'homme. Il est d'abord nécessaire que ces mécanismes se réfèrent systématiquement au droit international humanitaire, et non plus uniquement aux droits de l'homme, ce qu'ils commencent à faire depuis quelques années. Il faut ensuite qu'ils consacrent, au travers de leurs activités, l'extension de leurs compétences *ratione personae* aux organisations internationales.

La pratique ébauchée à cet égard par le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme pour l'ex-Yougoslavie dans le contexte de la présence internationale au Kosovo mériterait ainsi d'être reprise par d'autres organes de la Commission. Les procédures spéciales, qu'elles soient établies pour des pays ou pour des thèmes, devraient examiner désormais systématiquement les activités des organisations internationales. Cette évolution ne présupposerait pas un changement radical du système, puisque les mandats respectifs des différents organes concernés sont formulés de manière suffisamment large pour englober la supervision d'autres acteurs que les Etats.

Par ailleurs, il faut s'interroger sur le possible rôle des mécanismes conventionnels des Nations Unies. Dans le cas de la MINUK, par exemple, le Conseil de sécurité, en adoptant la résolution 1244 qui jetait les bases de l'administration transitoire internationale, aurait pu établir les conditions de mise en œuvre des droits de l'homme dans ce contexte en demandant, par exemple, aux nouvelles autorités du Kosovo de remettre régulièrement des rapports au

Comité des droits économiques, sociaux et culturels et au Comité des droits civils et politiques des Nations Unies. Une autre possibilité de fonder la compétence de ces comités aurait été la conclusion d'accords bilatéraux entre la MINUK et chacun des organes concernés. Ces derniers auraient ainsi pu combler en partie les carences constatées dans la mise en œuvre des droits de l'homme dans le cadre de l'administration internationale transitoire au Kosovo.

La mise en œuvre des droits de l'homme sur le terrain : les mécanismes judiciaires

L'existence de mécanismes de recours internes effectifs à la disposition de tout individu s'estimant victime d'une violation de ses droits et libertés par les autorités est un véritable pilier de l'Etat de droit : il est codifié par les instruments internationaux en la matière et fait désormais partie du droit international général. **Ce principe doit nécessairement s'appliquer aux activités opérationnelles des organisations internationales. L'obligation de mettre en place ces garanties est d'autant plus évidente dans le cas d'une ACIT, qui se substitue aux autorités étatiques dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique sur un territoire donné.**

Dans la pratique, la question de la mise en place de voies de recours effectives s'est posée d'une manière particulièrement évidente dans le domaine de la détention. L'insuffisance, voire l'absence de mécanismes judiciaires permettant aux individus de contester la légalité de leur détention constitue une violation patente des normes internationales telles que codifiées par la CEDH et par le Pacte international sur les droits civils et politiques. Ces carences se sont manifestées encore plus clairement pour ce qui est des détentions administratives, décidées par les autorités d'une mission civile ou militaire. Le bilan qu'on peut établir en la matière est franchement décevant. Les mécanismes de révision sont normalement mis en place avec des retards considérables et s'avèrent de surcroît insuffisants. Un plus haut degré de transparence et de respect des normes internationales sur les droits de l'homme s'impose. Par ailleurs, l'indépendance des mécanismes de recours mis sur pied à ces fins se révèle d'importance essentielle. Il s'agit surtout de mettre un terme à la pratique de procédures de révision de type administratif, où l'ACIT est à la fois juge et partie.

Le régime d'immunité prévu au bénéfice des missions internationales et de leurs membres peut représenter en outre un obstacle à la mise en œuvre de ces garanties. Cela est particulièrement préoccupant lorsque ces immunités s'étendent au-delà des seuls actes de fonction. Tel est notamment le régime normalement adopté pour les missions militaires et leur personnel. Il faut distinguer à ce propos les volets civils et militaires.

Un régime d'immunité, dans la mesure où il vise à protéger le déroulement des opérations sur le terrain contre les interférences du gouvernement hôte, perd sa raison d'être dans le cas de la mise en place d'une ACIT. Comme l'a affirmé l'Ombudsperson du Kosovo, la mission civile agit en tant que substitut d'État (« *surrogate state* »), puisqu'elle exerce les fonctions gouvernementales sur un territoire, à l'exclusion de tout autre Etat souverain; c'est le cas de la MINUK au Kosovo. Dès lors, une ACIT ne devrait jouir d'aucun régime d'immunité, puisque cela revient à lui permettre d'échapper aux juridictions qu'elle a elle-même mises en place.

Si un régime est cependant prévu, par le biais d'actes *ad hoc* (cas du Kosovo) ou en vertu de la Convention sur les privilèges et les immunités des Nations Unies de 1946, **il faut qu'un**

mécanisme permettant la levée de l'immunité soit prévu. A cet égard, le Secrétaire général peut-être chargé de cette tâche afin de garantir que la bonne marche de la justice sur le terrain ne soit pas entravée.

La mise en œuvre des droits de l'homme sur le terrain : les mécanismes non judiciaires

L'expérience des Nations Unies, celle du Kosovo en particulier, a montré que les opérations de paix souffrent d'un manque de transparence quant à l'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux acteurs internationaux ainsi que de la faiblesse des mécanismes de contrôle déployés sur le terrain. Pour pallier le premier manquement, **il est souhaitable qu'un registre soit établi et régulièrement mis à jour. Cet instrument, qui pourrait prendre la forme de rapports du Secrétaire général des Nations Unies, serait ouvert au public et recenserait les violations du droit constatées sur terrain et les mesures adoptées pour assurer la sanction des coupables et l'octroi d'une réparation aux victimes.**

Cette mesure devrait être complétée par un renforcement des pouvoirs attribués aux organismes de contrôle constitués sur le terrain. Il est indispensable que ces organismes soient indépendants des autorités dirigeant les opérations et voient leurs compétences s'étendre autant aux institutions civiles qu'aux forces militaires. Mme Coomaraswamy, Rapporteur spécial des Nations Unies sur la violence contre les femmes, a elle-même préconisé que des mesures particulières soient adoptées pour que tous les fonctionnaires internationaux qui commettent des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, notamment à l'encontre des femmes et des filles, aient à répondre de leurs actes et soient poursuivis. Elle a ainsi proposé que des enquêtes soient systématiquement effectuées en cas de violation et qu'elles soient rendues publiques, notamment dans des rapports périodiques du Secrétaire général. Elle a en outre recommandé la création « d'un poste de médiateur ou de tout autre mécanisme de surveillance et de discipline dans le cadre de toutes les opérations de soutien à la paix ».¹

A cet égard, l'institution de l'Ombudsperson mériterait d'être renforcée. Il est notamment particulièrement important qu'elle ne relève, à l'instar de ce qui se passe au Kosovo, ni des Nations Unies, qui exercent le pouvoir civil, ni de l'OTAN, qui dirigent les forces armées, mais d'une organisation tierce, en l'occurrence l'OSCE. Il est aussi indispensable que la compétence de cette instance couvre tant le personnel civil que militaire d'une mission. Au Kosovo, par exemple, cette compétence devrait ainsi s'étendre aux activités de la KFOR. Même lorsque la compétence de l'Ombudsperson est établie, son pouvoir réel est limité dans la mesure où il ne dispose pas de moyens effectifs pour la mise en œuvre de ses recommandations. Il est dès lors essentiel que des modalités de coopération plus efficaces soient établies avec les autorités de la mission civile disposant de pouvoirs disciplinaires et pénaux. Enfin, il va sans dire que le renforcement du rôle de cette instance passe par une augmentation de ses ressources financière afin qu'elle puisse amplifier sa capacité de travail.

¹ Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique, Violence contre les femmes, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy, présenté en application de la résolution 2002/52 de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2003/75, 6 janvier 2003, par.101.

Les mécanismes régionaux de mise en œuvre des droits de l'homme

Notre réflexion mécanismes régionaux de mise en œuvre des droits de l'homme s'est concentrée sur la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci peut avoir, *de lege lata*, un rôle très important à jouer pour la mise en œuvre des droits et garanties inscrits dans la CEDH dans le cadre des opérations des organisations internationales auxquelles participent des contingents militaires des Etats parties. Dans la mesure où les Etats retiennent, du point de vue opérationnel, le contrôle sur les agissements de leurs troupes respectives, la Cour peut se déclarer compétente pour connaître des recours introduits contre les Etats par les victimes de violations des normes conventionnelles. En effet, elle s'est prononcée dans ce sens à plusieurs reprises, sur la base d'une interprétation de la notion de « juridiction » des Etats membres à la lumière du « contrôle effectif » exercé sur un territoire et ses habitants. Le tout récent arrêt *Bankovic* semble marquer, malheureusement, un revirement dans cette jurisprudence, même si des indications encore différentes émergent de l'affaire *Issa*, qui porte également sur des violations commises en dehors du territoire de la Convention. Dès lors, il est difficile de prévoir l'évolution de la jurisprudence de la Cour sur ce point. A notre avis, la compétence *ratione loci* de la Cour ne devrait pas être appréciée de façon trop restrictive. La nécessité de mettre en œuvre le régime conventionnel partout où les Etats parties exercent les prérogatives de la puissance publique devrait l'emporter. C'est par exemple le cas du Kosovo, où les violations commises par la KFOR ne sont certainement pas imputables à la Serbie-Monténégro.

La situation actuelle sur ce point n'est toutefois pas satisfaisante et exige des développements. Dans le cas du Kosovo, la juridiction de la Cour ne s'étend pas aux membres de la MINUK ni à ceux de la KFOR dont les Etats de nationalité ne sont pas parties à la CEDH. De plus, l'ordre juridique interne kosovar n'offre pas (encore) de voies de recours effectives et efficaces. **Il faut donc envisager, de lege ferenda, d'autres possibilités de fonder la compétence de la Cour sur la mission internationale au Kosovo.**

Il serait d'abord envisageable de conclure un accord entre la MINUK et la Serbie-Monténégro. L'accord devrait indiquer de manière explicite que les parties accepteraient la compétence de la Cour sur le territoire du Kosovo. Cet engagement serait subordonné à une clause résolutoire, car il prendrait fin avec la décision finale sur le statut international de la région. Quant au contenu spécifique de l'accord, la MINUK devrait accepter d'être liée par les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme et s'engagerait à leur donner exécution sur le territoire kosovar. En ce qui concerne l'obligation d'épuiser les voies de recours internes comme condition préalable à la saisine de la Cour, l'accord devrait aussi préciser que les recours offerts par la Serbie-Monténégro n'entreraient pas en ligne de compte. Il faudrait aussi que soit réglémentée clairement la question des immunités du personnel tant de la MINUK que de la KFOR.

Alternativement, une autre solution consisterait à ne pas modifier le *status quo*, en attendant que des recours soient introduits devant la Cour européenne contre la Serbie-Monténégro pour des violations commises par la MINUK ou la KFOR sur le territoire du Kosovo et que la Cour tranche, en conséquence, sur sa compétence à connaître de ces affaires. Cette dernière solution pourrait être la plus probable, puisque des recours ont été récemment introduits par des individus résidant au Kosovo contre le personnel militaire et civil des présences internationales.

La responsabilité internationale des organisations internationales et l'attribution des faits illicites

Enfin, un renforcement de l'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux activités des organisations internationales passe par un renouvellement de la réflexion relative à la responsabilité internationale. Si le principe de la responsabilité internationale des organisations internationales pour les actes illicites qui leur sont imputables est fondé en droit, les modalités du processus qui aboutit à la réparation méritent encore de nombreuses clarifications.

En ce qui concerne l'attribution des violations du droit international, les mêmes principes s'appliquent aux organisations internationales et aux Etats. Leur sont attribuables les actes et omissions de leurs organes et agents. Cela implique que l'imputation ne dépend pas seulement des liens formels qui unissent l'organisation à ses organes ou ses agents, mais peut encore être déduite en vertu d'une sujétion de fait. Dans ce cas, c'est le critère du contrôle effectif qui doit être retenu.

Lorsque l'organisation se voit conférer le « commandement opérationnel » de l'intervention, comme dans le cas des opérations de maintien de la paix, le contrôle des troupes est suffisamment établi, tant en droit que dans les faits, pour que les violations du droit international lui soient imputables. Les contingents mis à disposition de l'organisation se trouvent dans ce cas dans une situation analogue à celle de l'organe d'un Etat donné mis à la disposition d'un autre Etat. En revanche, l'allégeance à l'organisation internationale n'empêche pas que les troupes concernées se trouvent en même temps sous le « commandement organique » de leur Etat d'origine. Une répartition de la responsabilité peut donc être envisagée dans ce cas.

Sur ce point, il a été suggéré que le poids du fait illicite devait reposer uniquement sur le sujet qui exerce le commandement et le contrôle opérationnel des forces en présence. En ce qui concerne les Nations Unies, le Secrétaire général proposa ainsi que la responsabilité de l'Etat de contingent ne fût engagée qu'en cas de négligence grave ou de faute intentionnelle ou lorsque l'auteur du comportement encourt une poursuite pénale internationale. Dans ces hypothèses seulement, l'Organisation aurait alors le droit de se retourner contre l'Etat concerné dans les cas moins graves. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante du point de vue des personnes lésées. Elle ne leur permet en effet de ne se tourner que contre l'Organisation. Or, les procédures en indemnisation dirigées contre celle-ci sont très limitées et d'accès difficile. Les victimes risquent donc de se trouver sans recours. **Il est dès lors préférable de retenir dans cette hypothèse le principe de la responsabilité conjointe.** La personne lésée aurait le choix de s'adresser soit à l'organisation, soit à l'Etat du contingent, pour obtenir réparation, quitte à ce que les deux acteurs responsables solidairement s'entendent entre eux pour la répartition finale des conséquences de la responsabilité. Cette manière de procéder aurait l'avantage de renforcer les droits de la victime, puisqu'elle pourrait choisir la procédure qui lui est le plus accessible.

Dans le cas des opérations internationales sous contrôle exclusif des Etats, la situation est bien entendu différente. En application du critère de l'effectivité du pouvoir exercé, seuls ces derniers portent la responsabilité internationale pour les violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme perpétrées sur le terrain. En revanche, **une responsabilité secondaire de l'organisation qui a autorisé l'opération, ou qui y a contribué d'une autre manière, peut être envisagée.** Dans ce cas, l'acte illicite en tant que

tel ne peut pas être imputé à l'organisation, mais peut révéler la violation d'une autre obligation internationale lui incombant. L'organisation doit en effet adopter toutes les mesures qui relèvent de son pouvoir pour assurer que l'opération sera conduite en conformité avec le droit international.

Les circonstances excluant l'illicéité

Le droit international prévoit que l'illicéité d'un fait peut être écartée lorsque certaines circonstances sont réalisées. La Commission du droit international en a recensé six, à savoir le consentement, la légitime défense, les contre-mesures, la force majeure, la détresse et l'état de nécessité. Elle a toutefois précisé que ces circonstances ne peuvent pas exclure l'illicéité de la violation d'une « obligation découlant d'une norme impérative du droit international général », c'est-à-dire du *ius cogens*. Moyennant quelques adaptations, ce régime est identique pour les Etats et les organisations internationales.

La règle de la légitime défense apparaît notamment comme difficilement applicable aux organisations internationales. En effet, en droit international, la légitime défense est spécifiquement conçue pour régler les relations entre Etats. Elle n'est autorisée qu'en réponse à une agression, à savoir à une attaque armée touchant « la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies ». ² On comprend que cette définition ne s'accorde pas avec les caractéristiques des organisations internationales. Il est vrai que les forces de maintien de la paix se sont vu reconnaître un droit de « légitime défense » lors de leurs engagements sur le terrain. Ce type de réaction est toutefois plus proche de la « légitime défense » telle que la définit le droit interne, puisqu'il régit principalement les relations interindividuelles sur le terrain. La notion utilisée dans le cadre de la responsabilité internationale concerne en revanche les relations interétatiques ou du moins *inter potestates*. Dans un cas comme dans l'autre, l'illicéité des violations du droit international humanitaire ne peut toutefois pas être écartée. Ce droit permet en effet de régler la plupart des situations qui résultent du recours à la légitime défense, qu'elle soit comprise au sens du droit international ou du droit interne. Dans la mesure où ces situations atteignent le niveau d'intensité requis, le droit international humanitaire doit s'appliquer entièrement. Il serait absurde d'invoquer, comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait, une circonstance qui constitue précisément la condition matérielle d'application du droit qui a été violé.

La question de l'état de nécessité semble par ailleurs avoir été spécifiquement traitée par le Secrétaire général des Nations Unies à propos des opérations de la paix conduites par les Nations Unies. Dans son *Rapport sur les aspects administratifs et budgétaires du financement des opérations de maintien de la paix des Nations Unies*, le Secrétaire général a en effet considéré que la responsabilité internationale de l'Organisation devait se limiter aux dommages « causés suite à des violations des règles du droit international humanitaire et ne pouvant pas être justifiés par des 'impératifs militaires' ». ³ Cette prise de position est toutefois regrettable, car elle se heurte tant aux règles de la responsabilité internationale qu'au droit humanitaire.

L'expression même d'« impératifs militaires » est malencontreuse, puisqu'elle semble s'étendre à un nombre de situations plus important que ce que souhaite le projet de la

² Résolution AG 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974.

³ *Rapport du Secrétaire général sur les aspects administratifs et budgétaires du financement des opérations de maintien de la paix des Nations Unies*, A/51/389, 20 septembre 1996, par. 16.

Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Tandis que celui-ci n'autorise l'exclusion de l'illicéité que dans des conditions définies restrictivement, à savoir lorsqu'un intérêt essentiel est menacé, d'une part, et lorsque le péril est grave et imminent, d'autre part, la formule du Secrétaire général permet d'envisager d'autres justifications de caractère moins exceptionnel. Cette formule semble en effet renvoyer à la nécessité militaire, qui englobe toutes les actions nécessaires pour atteindre des objectifs conformes aux buts de la guerre.

Par ailleurs, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué comme cause d'exclusion de l'illicéité, si l'obligation primaire concernée écarte cette possibilité. Or les conventions relatives au droit des conflits armés ont précisément été établies pour s'appliquer à des situations menaçant gravement des intérêts essentiels. Etant donné que le droit international humanitaire a été conçu pour s'appliquer à des situations d'urgence particulièrement graves, les normes qu'il prescrit expriment déjà un équilibre entre le principe d'humanité et les nécessités militaires. Exiger que celles-ci soient prises en compte à nouveau au moment de l'application de ces normes seraient donc contraire à l'esprit même du droit de la guerre. Une dérogation n'est dès lors envisageable que lorsque la règle en question l'autorise expressément.

La mise en œuvre de la responsabilité internationale des organisations internationales

Enfin la réglementation de la responsabilité internationale des organisations internationales souffre de la faiblesse de sa mise en œuvre. Les procédures en la matière sont bien souvent inexistantes ou d'accès difficile. De manière générale, il n'existe pas de moyens juridictionnels permettant de faire valoir la responsabilité internationale de ces organisations. Les procédures prévues en droit international sont en principe ouvertes contre les Etats uniquement. Celles de droit interne se heurtent à l'immunité de juridiction dont bénéficient la plupart des organisations internationales, immunité qui est, par ailleurs, absolue. Il est vrai que les Accords sur le statut des forces, qui sont conclus entre les Nations Unies et les Etats sur le territoire desquels est déployée une opération de maintien de la paix, prévoient la création d'instances arbitrales chargée des trancher les différends qui peuvent survenir entre les parties. Ces procédures n'ont toutefois jamais été utilisées en pratique. La plupart de ces accords prévoient en outre la création de commissions de réclamation ouvertes aux particuliers. Ces procédures fonctionnent cependant rarement en pratique. Elles sont généralement laissées de côté au profit de procédures d'indemnisation strictement internes à l'organisation. Comme l'a montré l'exemple de la KFOR au Kosovo, la structure même de ces procédures internes ne permet pas d'assurer le degré d'indépendance requis pour trancher des demandes en réparations. **Il est donc indispensable que les organisations internationales actives sur le terrain, et les Nations Unies en particulier, mettent en place systématiquement des instances de plaintes qui répondent aux exigences d'impartialité et d'équité indispensables en la matière.**

Au titre de la réparation accordée aux victimes de violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme commises par un agent international, l'Organisation et l'Etat participant à une mission internationale doivent assumer conjointement une obligation de répression pénale. L'exécution de cette obligation est toutefois une attribution de l'Etat, qui est le seul à disposer des capacités juridiques et matérielles nécessaires à cette fin. Le système se fonde sur la présomption que l'Etat agira en conséquence. Si tel n'est pas le cas, l'Organisation devrait adopter toutes les mesures nécessaires pour que des poursuites soient tout de même lancées et menées à terme. De plus,

comme il a été dit plus haut, **aucune immunité pénale ne devrait être prévue, pour les membres des ACIT.** Etant donné que ces personnes ne gardent aucun lien organique avec leurs Etats de nationalité respectifs, **une compétence pénale exclusive de ces Etats sur leurs ressortissants n'a aucune raison d'être.** Si, cependant, un régime d'immunité est tout de même prévu pour les actes de fonction, il est impératif que le Secrétaire général des Nations Unies soit investi du pouvoir de lever l'immunité dans un cas donné. C'est la seule manière de concilier à la fois les intérêts de la mission internationale et les exigences de la justice pénale.