

INTRODUCTION AU CONCEPT D'ACTION HUMANITAIRE¹

Pareille introduction se fonde sur une quadruple approche :

- 1° historique ;
- 2° sémantique et épistémologique ;
- 3° éthique ;
- 4° juridique.

I. QUELQUES POINTS D'HISTOIRE

L'action humanitaire est née pour soulager certains maux de la guerre. Trois guerres à peu près contemporaines au milieu du XIX^e siècle marquent une césure entre les guerres napoléoniennes qui étaient encore pour une large part des guerres d'Ancien Régime et la Première Guerre mondiale.

Ces trois guerres sont : la guerre de Crimée (1854-1855), la campagne menée par la France et le Piémont contre l'Autriche (1859) et la Guerre de Sécession (1861-1865).

a) La guerre de Crimée

La victoire obtenue par la Russie sur l'Empire ottoman en 1853 ne plut ni au Gouvernement britannique ni à Napoléon III qui entretenait des sujets de mécontentement avec le tsar. Le premier souhaitait contrecarrer la poussée russe vers la Méditerranée. Le Piémont (Sardaigne) se joignit aux deux grandes puissances, trop heureux de jouer dans la cour des grands.

Cette guerre inutile et très sanglante se termina par la victoire des alliés, le siège et la prise de Sébastopol (en Crimée) étant les faits les plus saillants de la campagne. De nombreux soldats furent les victimes moins des armes ennemies que de la désorganisation du commandement anglais et des déplorables conditions hygiéniques des armées. Une infirmière anglaise, Florence Nightingale, se signala par sa préoccupation dans ce domaine et par les mesures d'amélioration qu'elle préconisa. Le traité de paix fut signé à Paris le 30 mars 1856. Aux puissances belligérantes se joignirent deux autres Etats, l'Autriche et la Prusse. Le traité de Paris doit pour deux motifs retenir l'attention.

Le premier est que, en sa qualité de l'une des puissances victorieuses, l'Empire ottoman ne pouvait être tenu à l'écart des négociations. Mais c'était la première fois qu'un Etat non chrétien était admis dans " le cercle enchanté " (*the charmed circle*) des Etats européens, auxquels s'étaient déjà agrégés d'autres nations chrétiennes, les Etats-Unis et les républiques indépendantes d'Amérique du Sud. Dans l'article VII du traité de Paris, les autres puissances " déclarent la Sublime Porte admise à participer aux avantages de droit public et du concert européens " ². Les mêmes puissances s'engagent à respecter l'indépendance et l'intégrité territoriale de l'Empire ottoman, disposition inspirée par le

¹ Paru dans *Cultures et Sociétés*, no. 16/17, p. 49-69. Extrait (chapitre, « éthique »). **A disposition bibliothèque PIAH.**

² Texte français du traité dans : *The Consolidated Treaty Series*, edited and annotated by Clive Parry (Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York), vol. 114, p. 409.

gouvernement britannique, hostile au démembrement de cet Empire, qui ne pourrait être favorable qu'à des puissances continentales, l'Autriche et la Russie.

La seconde raison pour laquelle le traité de Paris de 1856 a une portée historique est beaucoup plus pertinente pour l'objet du présent enseignement. L'article IX contenait en effet des dispositions relatives à la protection des minorités chrétiennes de l'Empire ottoman. Cet article était rédigé en termes diplomatiques aptes à ménager la susceptibilité du Sultan. L'article IX débutait dans les termes suivants : " Sa Majesté impériale le Sultan dans sa constante sollicitude pour le bien-être de ses sujets ... " exprimait la volonté unilatérale d'abolir toute discrimination de religion ou de race dans l'administration des sujets chrétiens de l'Empire.

b) La guerre franco-autrichienne

La sanglante bataille de Solferino (1859) qui fit 40.000 victimes et le sort misérable des blessés et des mourants laissés sur le champ de bataille inspirèrent un philanthrope suisse, Henri Dunant, à prendre l'initiative d'un mouvement international tendant à " l'humanisation " de la guerre. Il fut à l'origine de l'institution de la Croix Rouge internationale et de l'adoption d'une série de traités de droit humanitaire de la guerre, le premier en date étant la Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne.³ Il existait déjà deux actes internationaux antérieurs réglant la guerre sur mer : Convention de Washington du 22 juillet 1854 entre la Russie et les Etats-Unis sur les droits des Neutres en mer⁴ ; Déclaration de Paris du 16 avril 1856 sur la guerre maritime⁵.

c) La Guerre de Sécession

Ce que les Américains appellent *Civil War* se distingua des deux conflits précédents par l'absence d'élément international, par sa beaucoup plus longue durée, par son caractère inexpiable et par sa nature de " guerre totale ". Les populations civiles furent violemment et directement touchées par les opérations militaires et la guerre ne pouvait se terminer que par la victoire totale d'un des belligérants. Les solutions de compromis qui auraient été possibles avant le déclenchement du conflit furent exclues en raison de la radicalisation des positions antagonistes. En cela, la Guerre de Sécession est la préfiguration de la Première Guerre mondiale : les efforts consentis et les pertes subies excluaient toute paix " blanche " c'est-à-dire le retour à la situation régnant avant l'ouverture des hostilités. L'idée qui avait prévalu en Europe depuis de nombreux siècles et que la Paix de Westphalie (1648) avait consolidée, consistait en ce que l'ordre juridique international était formé d'Etats en compétition et luttant pour une forme d'hégémonie, sans qu'aucun n'entendît poursuivre la destruction d'aucun des autres Etats. Il existait une solidarité interétatique qui survivait à tous les différends. La Guerre de Sécession introduisit aussi une notion nouvelle, qui caractérisera les deux conflits mondiaux (le second beaucoup plus encore que le premier), à savoir la dimension éthique du conflit armé. L'abolition de l'esclavage dans le premier cas, la destruction du régime national-socialiste dans le second étaient perçus comme des enjeux éthiques conférant à l'un des belligérants ou à un groupe de belligérants une position privilégiée.

La Guerre de Sécession occupe aussi une place de choix dans l'histoire du droit humanitaire parce qu'en 1863, à l'inspiration d'un réfugié politique allemand Franz

³ Première Convention de la Croix Rouge, Clive Parry, vol. 129, p. 361.

⁴ Clive Parry, vol. 112, p. 87.

⁵ Clive Parry, vol. 115, p. 1.

(devenus Francis) Lieber, le Gouvernement fédéral promulgua des “ Instructions pour la direction des armées des Etats-Unis en campagne ”, portant le n° 100 des ordres généraux et généralement appelé “ Lieber Code ”.

d) Remarques conclusives

C'est au milieu du XIXe siècle que naît une branche nouvelle du droit international, qualifiée d'humanitaire. Elle est due pour l'essentiel à l'action de personnalités attentives au sort des armées en campagne. Henri Dunant et Francis Lieber jouèrent un rôle décisif mais qui correspondait sans doute à l'esprit du temps (*Zeitgeist*). Même si l'influence de Florence Nightingale se déploya plutôt dans un domaine extrajuridique, sa personnalité participe du même esprit.

II. SEMANTIQUE ET EPISTEMOLOGIE

a) Humanité et humanitaire

Le “ droit humanitaire ” (sous entendu “ de la guerre ”) vise à l'amélioration de la condition des personnes impliquées dans des opérations armées : combattants et populations civiles. Le mot “ humanité ” a une double signification : il désigne d'abord la totalité des êtres humains, qui forment une seule race (se distinguant des espèces animales), ce qui porte condamnation de toute forme de distinction des races à l'intérieur de l'humanité. L'un des signes biologiques de l'unité de la famille humaine est que, si divers soient-ils, leurs membres peuvent se reproduire entre eux.

Mais le mot “ humanité ” désigne encore une vertu, tenue pour l'expression des comportements que les différents membres de l'humanité doivent respecter dans leurs relations mutuelles. On parlera en ce sens des “ principes d'humanité ” ou des “ lois de l'humanité ”. Cette dernière notion apparaît dans ce qu'on appelle généralement la clause de Martens, du nom du diplomate russe Fyodor Martens, laquelle est inscrite au préambule de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 sur les lois et coutumes de la guerre. Il y est précisé que jusqu'à l'adoption d'un code plus complet de lois de la guerre :

Les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire du droit des gens (law of nations) tels qu'ils résultent des usages établis entre les nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.⁶

Cette disposition est d'autant plus intéressante qu'elle devra être reprise dans l'examen de la fonction de l'éthique. La clause de Martens se divise en deux branches : alors que la première se réfère à des éléments de droit positif, la seconde entend combler les lacunes du droit humanitaire de la guerre par des notions éthiques, telles étant sans conteste la nature des “ lois de l'humanité ” et des “ exigences de la conscience publique ”.

b) Droit humanitaire et action humanitaire

Le droit humanitaire impose des devoirs, les principaux étant d'abstention, à des agents étatiques : les membres des forces armées, ainsi que le commandement militaire et les autorités politiques responsables de la conduite des opérations armées. Pour l'essentiel,

⁶ Clive Parry, vol. 205, p. 277, p. 279.

devoirs d'abstention, puisque la nature même de la guerre suspend l'application de certaines règles fondamentales du droit pénal interne : en temps de guerre il est permis de porter atteinte à l'intégrité physique des membres des forces armées ennemies et même de les tuer, mais pas de n'importe quelle manière. Le droit humanitaire de la guerre interdit la torture et le meurtre de prisonniers de guerre, l'attentat à l'intégrité physique des populations civiles, etc. Il comporte aussi quelques obligations positives, par exemple pour le traitement des ennemis blessés ou prisonniers.

Les règles du droit international humanitaire de la guerre ont été étendues aux conflits armés non internationaux et elles s'imposent alors aux combattants de forces armées non étatiques : révolutionnaires, guerrilleros, partisans, etc., lesquels sont aussi protégés par les mêmes règles.

Qu'est-ce qui distingue l'action humanitaire du droit humanitaire ?

L'expression "droit humanitaire" désigne un ensemble de règles de droit positif obligatoires pour les Etats et dont le respect s'impose à leurs organes : l'un des devoirs des Etats est d'organiser leurs forces armées de manière telle que les membres de celles-ci et au premier chef le haut-commandement et les organes du pouvoir politique veillent à leur respect. L'une de ces obligations consiste à incriminer selon le droit pénal interne les violations des lois et coutumes de la guerre (actuellement codifiées dans les quatre Conventions de Genève et les deux Protocoles additionnels)⁷ commises par les membres des forces armées de l'Etat. Mais il reste exceptionnel que des poursuites soient effectivement exercées dans un Etat contre un membre des forces armées du même Etat.⁸

L'expression "action humanitaire" se réfère à d'autres catégories d'acteurs : on ne donnera pas cette qualification aux soins apportés aux prisonniers blessés ou aux vivres distribués à la population d'un territoire sous occupation militaire. Il s'agit d'une application pure et simple du droit humanitaire de la guerre. L'action humanitaire est accomplie par une autre catégorie d'agents, le plus souvent des organisations non gouvernementales poursuivant un but proprement "humanitaire". La distinction est parfois malaisée parce que de telles organisations coopèrent souvent avec les gouvernements ou avec les autorités d'occupation après un conflit armé.

c) Action humanitaire et intervention d'humanité

L'exercice des diverses formes d'action humanitaire exige que les organisations qui les assument aient accès au territoire dans lequel cette action se localise, ou, à tout le moins, soient autorisées à y envoyer les secours appropriés. L'Etat sur le territoire duquel est situé un camp de réfugiés ou un centre de détention de réfugiés, peut-il faire obstacle à l'exercice de l'action humanitaire ? La réponse affirmative est justifiée par le principe du caractère exclusif de la compétence exercée par chaque Etat sur toute l'étendue de son territoire. Par intervention humanitaire il faut entendre le droit ou le pouvoir de contraindre un Etat à accueillir sur son territoire les secours dont la population a besoin ou à permettre le transit de ces secours vers le territoire d'un autre Etat. La question si la force armée peut être utilisée pour obtenir un tel effet de contrainte est plus controversée. Il y a

⁷ Les quatre Conventions de Genève du 12 avril 1949 ont été complétées par deux Protocoles signés le 10 juin 1977.

⁸ Voir par exemple la procédure introduite aux Etats-Unis après le massacre de My Lai durant la guerre du Vietnam : *United States v. Calley*, 46 CMR 1131, aff'd 22 CM 534 (1973).

certes quelque paradoxe à ce qu'on puisse avoir recours à la force armée, c'est-à-dire à faire la guerre pour soutenir le déploiement d'une action humanitaire. L'intervention est certes licite si des moyens de pression adéquats — diplomatiques ou économiques — sont mis en œuvre en faveur des populations que le souverain du territoire entend isoler de certains contacts extérieurs.

La notion d'intervention d'humanité a pris naissance au XIXe siècle et elle a, pour l'essentiel, caractérisé les politiques d'intervention menées par les grandes puissances européennes au profit des populations chrétiennes de l'Empire ottoman. Elles ont souvent consisté à soutenir une révolution nationale contre le souverain territorial. L'un des premiers exemples a été l'aide apportée aux révoltés grecs en 1827 par la France, la Grande-Bretagne et la Russie. L'indépendance de la Grèce fut proclamée grâce à la victoire des patriotes grecs et au soutien diplomatique et politique des grandes puissances. Ce qui fut jugé la cruauté excessive de la répression exercée par les forces armées ottomanes confère à l'intervention extérieure la qualification d'intervention d'humanité. Il ne faut toutefois pas se leurrer sur le prétendu désintéressement des gouvernements se posant en défenseurs d'intérêts humanitaires. A cet égard aussi l'action humanitaire est très différente de l'intervention d'humanité. Les deux principaux acteurs étatiques dans la région des Balkans, la Russie et l'Autriche (à partir de 1867 l'Autriche-Hongrie) poursuivirent une politique d'agrandissement territorial ou la constitution d'Etats clients dans cette région. Dans un autre hémisphère la guerre hispano-américaine de 1898 a été présentée par le président McKinley comme étant conduite “ *in the cause of humanity* ”, mais après avoir chassé les Espagnols de Cuba et des Philippines les Etats-Unis installèrent leur protectorat à Cuba et ils annexèrent les Philippines, Porto Rico et l'île de Guam.⁹

Que l'allégation de violation de droits fondamentaux des citoyens d'un Etat — ce qui inclut les membres des minorités de cet Etat — puisse justifier une intervention armée d'autres Etats est, à tout le moins, une affirmation ouverte à la controverse. Les exemples tirés de la pratique du XIXe siècle sont loin d'être convaincants et ce pour deux raisons au moins. Non seulement, ainsi qu'il vient d'être rappelé pareilles interventions furent tout sauf désintéressées, mais elles eurent lieu à une époque où le droit international ne faisait pas obstacle au déclenchement d'une guerre d'agression. La Russie a plusieurs fois attaqué l'Empire ottoman et ses prompts victoires furent mises en échec par une coalition européenne — en 1855-1856 par la Guerre de Crimée, en 1877-1878 par la convocation de la Conférence de Berlin — non parce qu'elles étaient jugées contraires au droit international mais parce qu'elles risquaient de mettre en péril l'équilibre européen.

Après l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies — et déjà entre les deux guerres mondiales au profit des Etats membres de la Société des Nations — il n'y a que deux exceptions à la prohibition absolue du recours à la force armée, à savoir la légitime défense¹⁰ et les mesures coercitives décidées et mises en œuvre par le Conseil de Sécurité des Nations Unies et à tout le moins avec son approbation.¹¹

Il n'y a pas trace dans la Charte d'un prétendu “ droit ” ou “ devoir ” d'intervention, si l'on entend par là le pouvoir de recourir à la force armée pour mettre fin à une violation

⁹ Pour un bon raccourci des interventions d'humanité au XIXe et au XXe siècle, voir la motivation du jugement du Tribunal militaire américain (*Justice Case*), *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10* (Nuremberg, October 1946-April 1949), vol. III (United States Government Printing Office, Washington, 1951), p. 980-982. A ne pas confondre avec le Tribunal militaire *international* qui siège dans le même Palais de Justice de Nuremberg.

¹⁰ Charte des Nations Unies, art. 51.

¹¹ Charte des Nations Unies, art. 2 et 39.

massive des droits fondamentaux imputable à un Etat. Les expériences récentes — la guerre du Kosovo et la guerre d’Afghanistan — confirment cette analyse. Le succès d’une guerre menée avec des moyens sans commune mesure avec ceux de l’adversaire n’a pas été suivi d’une restauration d’un ordre étatique démocratique. La paix apparente observée au Kosovo depuis l’éviction des forces armées serbes n’est possible que grâce à la présence continue d’une armée étrangère (environ quarante mille hommes) sans que l’avenir de la province (autonomie, partition, rattachement à l’Albanie ou association avec les populations albanaises de la Macédoine ou du Montenegro) ne se laisse tracer avec même quelque probabilité. La situation interne de l’Afghanistan est trop incertain pour qu’on puisse entrevoir l’instauration d’un régime démocratique respectueux des droits fondamentaux de toute la population.

L’expérience déjà plus ancienne de la Bosnie-Herzégovine n’invite pas davantage à une évaluation positive des interventions extérieures. Les accords de Washington (ayant en 1994 contribué à l’institution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, union des Croates et des Bosniaques ayant réussi à refouler partiellement les forces armées serbes) et de Dayton en 1995 (ayant formé un Etat confédéral composé de deux entités, la Fédération précitée et la Republika Srpska) ont établi une paix instable maintenue, ici aussi, grâce à la présence permanente de forces armées internationales. Il est incertain si l’avenir de la Bosnie-Herzégovine tendra à la révision des accords de Dayton, soit par la partition du territoire de l’Etat (avec le risque de rattachement de la Republika Srpska à la Serbie) soit au contraire (ce qui paraît très illusoire) à la reconstitution d’un Etat unitaire.

Une seule observation vaut pour les trois pays ou régions considérés, Bosnie-Herzégovine, Kosovo, Afghanistan, à savoir l’instauration du protectorat international qui prive les peuples qui les occupent de l’exercice de leur droit d’autodétermination. La leçon que l’on peut retenir de la mise en œuvre du prétendu devoir d’intervention est claire : après que l’intervention armée a détruit la présence “ ennemie ”, il subsiste une nécessité permanente de maîtriser l’après-conflit et de maintenir sur le territoire une force d’occupation.

Il ne faut dès lors pas s’étonner si, dans son interprétation de la Charte des Nations Unies, la Cour internationale de Justice a émis des opinions très négatives sur le recours à la force pour mettre fin à la violation systématique et massive des droits fondamentaux¹².

d) Droit international humanitaire et protection internationale des droits de l’homme et des libertés fondamentales

Dans la subdivision précédente il a été déjà débordé sur la matière des droits de l’homme. Les prétendues interventions d’humanité se prévalent du droit (ou du devoir) d’ingérence¹³ pour recourir à des mesures coercitives tendant à la protection des droits fondamentaux dans le territoire d’un Etat qui résiste à une telle intervention. Il faut à présent remonter un peu plus haut, à l’époque du milieu du XIXe siècle, où le droit international humanitaire prend ses premiers contours. La protection des droits de l’homme n’est pas alors tenue pour une obligation internationale de l’Etat. En dépit de leur affinité sémantique les épithètes “ humanitarian ” et “ human ” ont des significations différentes et ils ont chacun qualifié une branche du droit (respectivement : droit humanitaire et droits de l’homme) à des moments différents de l’histoire et dans des environnements séparés.

¹² Arrêt du 9 avril 1949, Affaire du détroit de Corfou (fond), *Recueil CIJ 1949*, p. 4, p. 35 ; Arrêt du 27 juin 1984, Affaire concernant les activités militaires et paramilitaires dans et contre le Nicaragua (fond), *Recueil CIJ 1986*, p. 14, p. 134-135.

¹³ Voir par exemple : M. Bettati et B. Kouchner, *Le devoir d’ingérence* (Denoël, 1987) ; M. Bettati, “ Un droit d’ingérence ”, *Rev. gén. dr. int. public*, 1991, 639-670.

Les droits de l'homme sont apparus les premiers, apportant une justification idéologique aux deux grands mouvements insurrectionnels du XVIII^e siècle, la guerre d'indépendance américaine (1776) et la Révolution française (1789). Dans les deux cas un peuple se dresse contre son souverain " légitime " et réclame l'établissement de relations nouvelles entre les sujets (qui se transforment eux-mêmes en citoyens) et le pouvoir. Dans les deux cas l'autorité ancienne est abolie, non pour que la nation sombre dans l'anarchie mais pour l'instauration d'un ordonnancement nouveau.

Dans aucun des deux cas non plus la modification de l'ordre interne ne s'est opérée sans une aide (ou une intervention) étrangère. L'appui donné par la France à la Révolution américaine est bien connu. Il ne poursuit pas des fins idéologiques (au contraire la monarchie française pouvait craindre quelque effet de contagion du mécontentement populaire de l'autre côté de l'Atlantique) mais fut le produit de deux actions partiellement convergentes, d'une part des disciples de l'Ecole de la philosophie des Lumières, au premier chef Lafayette (telle une expression de ce qu'on appellera plus tard la société civile) et, de l'autre, la volonté du Gouvernement de prendre une revanche sur les revers de la Guerre de Sept ans. L'événement se révélera déplorable pour la Monarchie, moins en raison de la contagion des idées révolutionnaires qu'à la suite du coût excessif d'une guerre menée sur terre et sur mer à une grande distance du territoire français, ce qui aura pour conséquence la crise financière de 1788-1789 et le recours aux Etats-Généraux.

Après l'emprisonnement de la famille royale la proclamation du duc de Brunswick au nom de l'Autriche et la Prusse fut une déclaration de guerre des gouvernements monarchiques en vue de restaurer le souverain déchu et, par la suite, de venger sa mort. Il s'agit d'un exemple d'intervention extérieure poursuivant des fins idéologiques et politiques. Les premières annexions de la Révolution française (en Avignon, en Savoie, dans les Pays-Bas autrichiens) furent assez bien accueillies par les populations locales et ce n'est que plus tard que Napoléon mènera une politique d'expansion à outrance et d'intervention sur une grande partie de l'espace continental.

Il ne paraît guère adéquat de tenir les ambitions territoriales françaises et la reconfiguration de l'espace européen entre 1792 et 1814 pour une série d'interventions d'humanité visant à libérer les autres peuples européens de régimes monarchiques tenus pour archaïques et oppressifs même si les conquêtes napoléoniennes eurent pour effet indirect la modernisation des appareils étatiques. La protection internationale des droits fondamentaux est un phénomène beaucoup plus tardif que les interventions d'humanité sporadiques et sélectives du milieu du XIX^e siècle. On pourrait s'étonner du paradoxe consistant en ce que les membres des forces armées ennemies et la population civile des belligérants eussent reçu du droit international une protection refusée aux propres sujets de chaque Etat. Le paradoxe s'évanouit si l'on précise que les lois et coutumes de la guerre forment un système de droit interétatique, porté et appliqué par les Etats dans leurs rapports mutuels. L'idée inspiratrice est celle de réciprocité : l'humanisation du *ius in bello* vise à protéger toutes les forces armées belligérantes et toutes les populations civiles exposées aux horreurs de la guerre. Le bénéfice des règles du jeu militaire est en principe également réparti sur toutes les Parties belligérantes bien que le risque de violation s'accroisse quand l'une de celles-ci est convaincue de sa supériorité numérique ou technologique et disposée à obtenir la victoire à tout prix.

Telle qu'elle se développe après la fin de la Deuxième Guerre mondiale, la protection internationale des droits de l'homme et des libertés fondamentales vise au premier chef la relation purement interne des rapports entre le pouvoir étatique et les sujets sur lesquels il

cesse d'exercer des compétence non limitées. Les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme du 10 décembre 1948 paraissent calquées sur celles des Déclarations de droit du dernier quart du XVIII^e siècle. La nouveauté est que les Etats garantissent les droits des individus — au premier chef, de leurs propres sujets — dans un instrument international même si la Déclaration n'a pas été, à son origine, tenue pour ayant une force contraignante. Mais d'autres instruments suivront, mettant des obligations précises à charge des Etats.

Il faut alors se demander pourquoi les Etats se sont engagés à respecter les droits fondamentaux et les libertés individuelles. Ou, plus précisément, quel est l'intérêt de la société des Etats ou de la communauté internationale à promouvoir de telles obligations ? L'idée de réciprocité est, cette fois, totalement absente. En effet, non seulement l'application des conventions internationales de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas subordonnée à la condition que la situation individuelle présente un lien avec plus d'un Etat, mais sous réserve d'exceptions peu significatives, les mêmes garanties sont accordées aux étrangers comme aux nationaux¹⁴ et il est sans pertinence que l'étranger ait ou non la nationalité d'un Etat ayant lui-même souscrit aux obligations en la matière. Ainsi, en dépit de la proximité sémantique des expressions "droit humanitaire" (*humanitarian*) et "droits de l'homme" (*human rights*), il existe des différences considérables entre les deux systèmes de protection.

Une question qui mérite examen est de déterminer les motifs pour lesquels l'ordre juridique international prétend imposer aux Etats le devoir de respecter les libertés fondamentales et les droits de l'homme. Il s'agit, à la vérité, d'une idée très ancienne, antérieure même à l'apparition du droit humanitaire de la guerre. La source apparaît dans la philosophie des Lumières et chez certains penseurs, longtemps tenus pour utopistes mais auxquels Kant donnera un label de sérieux. C'est un membre de l'entourage du duc d'Orléans, l'abbé de Saint-Pierre, qui publia en 1713 un projet de paix perpétuelle que Jean-Jacques Rousseau a sorti de l'oubli. Dans son commentaire sur ce projet, Rousseau établit un lien entre le maintien de la paix et le devoir du souverain de respecter les droits fondamentaux de ses sujets. Les régimes oppressifs sont une menace pour la paix et la conduite d'opérations armées fournissent au prince un prétexte pour contraindre ses sujets à l'obéissance, lever des armées et des impôts¹⁵. Dans son opuscule *Zum ewigen Frieden* Kant conçoit l'organisation internationale comme une confédération d'Etats démocratiques : le maintien de régimes despotiques ou dictatoriaux oppose un obstacle difficilement surmontable au développement de relations pacifiques entre les puissances¹⁶. A la même époque, l'abbé Grégoire s'est efforcé, sans succès, de faire adopter par la Convention une Déclaration du droit des gens qui aurait complété la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁷. Après la Seconde Guerre mondiale et avant même la proclamation de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'Institut de droit

¹⁴ Voir par exemple l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Affaire Gaygusuz c. Autriche*, *Recueil*, n° 14 (1996-IV), p. 1129. En outre il existe de nombreuses décisions ayant contrôlé l'application du droit interne à l'expulsion d'étrangers ou dans la matière de l'extradition.

¹⁵ Rousseau publia en 1761 un extrait du projet de l'abbé de Saint-Pierre suivi de son jugement sur ce projet : *Ecrits sur l'abbé de Saint-Pierre*, *Oeuvres complètes*, t. III (Bibl. de la Pléiade, 1964), p. 561 et s. et notamment le *Jugement sur le projet de paix perpétuelle*, p. 511.

¹⁶ La première édition de l'opuscule de Kant date de 1795. L'année suivante une deuxième édition ainsi que sa traduction française (sous le titre *Projet de paix perpétuelle*) sont publiées à Königsberg. Voir : *Œuvres de Kant*, t. III (Bibl. de la Pléiade, 1986), p. 327.

¹⁷ Voir notamment : F. Rigaux, *Pour une déclaration universelle des droits des peuples* (Ed. EVO, Bruxelles, Chronique sociale, Lyon, 1990), p. 86.

international, sur le rapport de Charles De Visscher, adopta une résolution sur “ Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du droit international ”¹⁸.

C’est donc pour des motifs propres aux relations internationales et afin de favoriser le développement de relations pacifiques entre les Etats que l’ordre juridique international a transformé les principes de droit constitutionnel interne en règles de droit international obligatoires pour les Etats.

e) Brèves annotations épistémologiques

Les mots ne conquièrent un sens que placés dans leur contexte. Toutefois, la contextualité ne se limite pas à l’insertion des signes linguistiques au milieu d’autres signes : les circonstances dans lesquelles un énoncé verbal est émis, la nature de “ l’autorité ” dont il émane contribuent à en déterminer la signification. Le mot “ autorité ” n’est pas choisi au hasard. On appelle auteur la personne qui est à l’origine de l’énoncé. Mais l’auteur est aussi un acteur, la parole est une expression d’autorité. Même si les multiples destinataires d’une parole ou d’un texte (souvent inconnus du locuteur lui-même) l’interpréteront chacun à sa manière, il reste que l’initiative prise par l’auteur arrête les paradigmes et oriente les multiples significations que l’énoncé pourra recevoir. Ainsi, les valeurs d’humanité n’ont pas la même portée dans les lois et coutumes de la guerre et dans la transposition en droit international des principes constitutionnels de garantie des droits fondamentaux. De plus la notion d’autorité revêt une signification plus précise, il faut même dire contraignante, quand le texte émane d’un pouvoir institué, qu’il soit interne ou international. Il s’agit dans ce cas, d’un langage performatif, c’est-à-dire qui entend prescrire un comportement déterminé, tels, par exemple, les devoirs d’abstention auxquels sont tenus les membres des forces armées. L’autorité est un auteur qui a le pouvoir d’ordonner la vie des autres.

La nature de l’autorité et les moyens de coercition dont elle dispose déterminent aussi la signification des commandements qui en émanent. Dans l’ordre interne, les actes des autorités administratives et les décisions des cours et tribunaux font l’objet d’un contrôle de légalité qui inclut la vérification du respect effectif des droits fondamentaux. Un pas supplémentaire a été franchi par le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Alors, que, selon le modèle de la souveraineté populaire auquel adhérerait Jean-Jacques Rousseau, l’assemblée parlementaire avait le pouvoir du dernier mot, les actes législatifs étant soustraits à tout contrôle de leur conformité à la Constitution, la Cour suprême des Etats-Unis s’ingéra dès les premières années du XIXe siècle dans le contrôle de la constitutionnalité tant des lois fédérales¹⁹ que des lois des Etats²⁰.

Quand les droits de l’homme sont garantis par un traité international ayant institué une juridiction compétente pour sanctionner les éventuelles violations de ces droits commises par un organe étatique, il existe un recours juridictionnel faisant prévaloir le respect du droit par les Etats. C’est le droit humanitaire de la guerre dont la sanction effective est la plus problématique. Il appartient à chaque Etat d’introduire dans son ordre interne un appareil répressif apte à dissuader les membres des forces armées de toute violation du *ius in bello* et à les punir s’ils ont enfreint une telle obligation.

Le droit constitutionnel interne se laisse aussi comparer au système international de protection des droits fondamentaux. Le respect effectif du précepte normatif obéit dans les

¹⁸ *Annuaire de l’Institut de droit international*, Session de Lausanne, vol. 41 (1947), p. 1-13.

¹⁹ *Marburg v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

²⁰ *Martin v Hunter’s Lessee*, 4 L Ed (1 Wheat. 304) 97 (1876).

deux cas à des mécanismes très différents. Jusqu'à l'instauration d'un contrat juridictionnel de la constitutionnalité de la loi le droit constitutionnel pouvait être tenu pour une *lex imperfecta*, c'est-à-dire un tissu normatif ne bénéficiant pas du pouvoir de coercition qui appartient à la définition de la règle de droit.²¹ Le droit international est, lui aussi, pour une large part, un droit imparfait car il ne dispose pas de moyens de contrainte organisés. Les décisions des juridictions internationales ne bénéficient pas d'une force exécutoire propre. Si un Etat condamné par la Cour internationale de Justice refuse d'exécuter la décision, seul le Conseil de sécurité a compétence pour prendre des mesures à cette fin. Quant au droit humanitaire de la guerre, on a vu que son respect dépend du bon vouloir des Etats belligérants.

III. ETHIQUE

Il existe une ancienne controverse sur les relations entre le **droit et la morale**. Il s'agit dans les deux cas de systèmes performatifs énonçant un devoir être (*sollen*), un devoir d'action ou d'abstention. Il est généralement admis qu'ils se distinguent l'un de l'autre par leur objet et par les sanctions qui en renforcent le respect. La morale inclurait les devoirs de l'être humain envers lui-même. Certaines morales condamnent le suicide, l'interruption volontaire de grossesse, l'homosexualité entre adultes consentants, alors que le droit suppose toujours une relation comportant un élément d'altérité. Toutefois la distinction n'est pas toujours évidente : une pratique systématique de l'avortement a une incidence démographique négative ; les conséquences médicales de l'abus d'alcool ou de la consommation de drogues met à charge de la société un surcroît de dépenses de santé. Le libéralisme de John Stuart Mill ne rend pas suffisamment compte du coût social d'un exercice incontrôlé de la liberté individuelle. Inversement, il n'est pas exact de dénier à la morale tout effet coercitif. Entre le droit et la morale il existe une zone intermédiaire, les **moeurs ou les usages sociaux**. Dans les communautés restreintes il existe un contrôle social très efficace, apte à prévenir ou à réfréner toute déviation. La distinction terminologique entre le droit et la morale est moins aiguë qu'il ne pourrait paraître.

Une question plus pertinente est de **savoir si certains préceptes moraux s'incorporent au droit**. Dans les ordonnancements traditionnels, qu'il s'agisse de la Grèce antique, de la chrétienté médiévale, ou de l'Islam, il n'existe pas de séparation tranchée entre les deux branches de l'éthique. **C'est la sécularisation et la prolifération de morales autonomes qui a introduit une question nouvelle, celle des rapports entre le droit et la morale ou, plutôt, les morales**. La question est particulièrement pertinente quand il s'agit d'évaluer la place occupée dans les divers ordonnancements juridiques par les valeurs humaines fondamentales. **L'humanité, les principes d'humanité, le respect dû à toute personne humaine sont, au premier chef, des valeurs éthiques. Il suffit, à cet égard, de rappeler la place occupée par la dignité humaine dans la philosophie occidentale.**²² **Pareille dignité occupe un horizon commun au droit international humanitaire et à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon la double perspective du droit constitutionnel interne et du droit international.** Il n'existe dès

²¹ Voir notamment : J. Dabin, *Théorie générale du droit* (Paris, Dalloz, 3^e éd., 1969, p. 64-65). La nature de loi imparfaite est déjà reconnue aux lois constitutionnelles par Spinoza, *Tractatus politicus*, IV, § 6, *Oeuvres complètes* (Bibl. de la Pléiade, 1954), p. 948 et par John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th ed. rev. and ed. by Robert Campbell, London, John Murray, 1885), Lect. 1, t. I, p. 99-100. L'idée apparaît dans certaines décisions judiciaires : Corte cost. (Italie), 26 janvier 1957, *oaro italiano*, 1957, I, 256, 208 ; BGH 6 septembre 1953, *BGHZ* 11, Anhang, 36, 76.

²² Voir par exemple : F. Rigaux, *Les attributs du droit de la personnalité face à l'intangibilité de la dignité humaine*, Schriften des Ernst von Caemmerer-Gedächtnisstiftung, 4 (Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2002), notamment p. 41-44.

lors pas de séparation radicale entre le droit positif et l'éthique. Les questions les plus fondamentales ne se laissent pas résoudre indépendamment de leur évaluation au regard de l'éthique. Sans doute le pluralisme des morales, accentuée par la sécularisation, rend-il pareille évaluation problématique. Mais la notion de dignité de la personne humaine et les conséquences qui en découlent pour l'organisation interne des Etats et des rapports interétatiques procurent un cadre conceptuel faisant l'objet d'une adhésion suffisamment étendue pour qu'il soit permis d'y discerner un principe éthique qui, s'il est trop souvent méconnu dans les faits, ne saurait plus être récusé par aucun des Etats membre de la communauté internationale.

Les valeurs éthiques et notamment l'intangibilité de la dignité humaine appartiennent aux fondements de l'ordonnement normatif. L'éthique apparaît aussi de nature à combler les lacunes de l'ordonnement positif. Les "lois de l'humanité" et les "principes d'humanité" auxquels se réfère la clause de Martens du préambule de la Convention de La Haye de 1907, que sont-ils d'autre que des préceptes éthiques ? Déjà l'article 1^{er} de la Déclaration du droit des gens de l'abbé Grégoire était rédigé dans les termes suivants :

Les peuples sont entre eux dans l'état de nature, ils ont pour lien la morale universelle.

L'action humanitaire, le droit humanitaire et la protection des droits de l'homme trouvent leur inspiration dans un idéal commun qu'on peut qualifier d'*humaniste*.

Ce courant de pensée n'a que partiellement pénétré le monde des juristes, dont les théoriciens les plus influents restent profondément imprégnés de positivisme. Le modèle scientifique du droit est emprunté aux sciences de la nature ; l'exercice d'une contrainte organisée, et trop souvent limitée aux actions de coercition physique dont l'Etat a le monopole sur son territoire, est tenu pour la pierre de touche de la définition du droit ; la norme a pour source ou pour auteur un pouvoir institué et ici, une fois encore, le poids de l'Etat est hors de proportion avec des réalités sociales plus complexes et plus diversifiées. La notion de "loi imparfaite" trahit bien un préjugé positiviste. Celui qui, Etat, autorité publique ou simple particulier, a transgressé un principe éthique fondamental, notamment de respecter en la personne d'autrui l'humanité entière (selon la formule de Kant) est exposé à une sanction diffuse, la réprobation du corps social. Les Etats exécutent les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, bien que ces décisions n'aient aucune force contraignante dans leur ordre interne parce qu'ils entendent consacrer leur réputation d'Etat de droit respectueux des droits fondamentaux. Ainsi, les rapports entre l'éthique et le droit ne tolèrent pas une séparation dogmatique mais ils s'entrelacent selon trois perspectives : c'est un principe éthique, l'intangibilité de la dignité humaine, qui tient lieu de fondement aux divers ordonnancements juridiques ; une morale humaniste procure les moyens de combler certaines lacunes du droit positif ; les sanctions diffuses qui paraissent propres aux ordonnancements éthiques peuvent servir de modèle pour donner satisfaction aux lois qualifiées d'imparfaites.

IV. L'ACTION HUMANITAIRE AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL POSITIF

La société que forment les Etats est régie par une branche du droit, le droit international ou droit des gens (*ius gentium, law of nations, Völkerrecht*). Jusqu'à une époque récente le droit international avait pour objectif essentiel le maintien de relations interétatiques dont un principe cardinal était le dogme de la souveraineté territoriale de l'Etat. Ce que l'Etat faisait sur l'étendue de son territoire — à condition qu'aucun étranger n'eût à se plaindre

de l'action ou de l'omission d'une autorité étatique — était soustrait à toute immixtion des autres Etats. Il s'agissait, selon une expression ancienne, du “domaine réservé” appartenant en propre à chaque Etat.

Le développement de la protection internationale des droits de l'homme ne permet plus de tracer autour du territoire étatique un cordon de sécurité soustrayant l'espace qui y est enclos à tout contrôle extérieur. Mais c'est une chose d'affirmer que tout Etat est tenu de respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales de ses propres sujets, une autre chose, radicalement différente, d'imaginer les voies d'actions appropriées, compatibles avec le respect dû à l'exclusivisme des compétences étatiques. Il existe assurément divers moyens d'intervention pacifique : démarche diplomatique, protestations publiques, pressions économiques, accueil de réfugiés en provenance d'Etats où les droits fondamentaux sont transgressés. Le rapport de force entre l'Etat recourant à ces formes d'action humanitaire et l'Etat accusé de violer les droits fondamentaux de sa population a pour conséquence que certaines mesures peuvent revêtir une nature coercitive en raison de la position dominante occupée par un Etat à l'égard de l'autre. Les conditions dans lesquelles le Gouvernement de la Serbie a accepté de livrer l'ex-président Milosevic au Tribunal pénal international de La Haye sont un exemple des marchandages auxquels peut donner lieu la mise en œuvre effective de la justice internationale.

L'action humanitaire prend une tout autre dimension quand il est recouru à l'exercice de la force armée. Les actions militaires accomplies au XIXe siècle par la Russie ou par l'Autriche (ou l'Autriche-Hongrie) contre l'Empire ottoman ne faisaient pas problème à une époque où le déclenchement d'une guerre d'agression n'était pas contraire au droit international. Comme on l'a vu ci-dessus, tout a changé avec l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies. A défaut d'un mandat exprès du Conseil de sécurité aucun Etat et aucune organisation internationale n'a le pouvoir d'user de la force armée pour redresser les violations des droits fondamentaux commises par un autre Etat.

Une autre question, par laquelle il est permis de conclure, a pour objet la sagesse de telles interventions. Les exemples de la Bosnie-Herzégovine et surtout du Kosovo (et l'avenir permettra de se prononcer sur la situation de l'Afghanistan) ne sont pas encourageants à cet égard. Après que l'action diplomatique (en Bosnie-Herzégovine) ou l'action militaire ont éliminé les violations les plus graves, il reste à organiser l'*après-intervention*. Comment restituer au peuple par la voie de ses organes démocratiquement élus la maîtrise de ses affaires internes dans le respect des droits de tous, ce qui inclut la protection des minorités ?

Professeur F. Rigaux, Genève les 1^{er} et 2 février 2002

BIBLIOGRAPHIE SUCCINCTE

Rigaux F. : *La loi des juges* (Paris, Odile Jacob, 1997) ; a été traduit en brésilien, en portugais et en italien.

Rigaux F. : *Plaisir, interdits et pouvoir* (Kluwer, 200).

V^o Transnational Corporation, dans *International Law : Achievements and Prospects* (1991, Unesco), p. 121-132.

“ D'un nouvel ordre économique international à l'autre ”, dans : *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle*, Mélanges Philippe Kahn (Credimi, Dijon, 2000), p. 689-717.

Rigaux F. : “ L'immigration : droit international et droits fondamentaux ”, dans *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges Pierre (Bruylant, Bruxelles, 2000), p. 693-722.

