

La Commission internationale d'établissement des faits

L'ARTICLE 90 DU PROTOCOLE I ADDITIONNEL AUX CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949

par J. Ashley Roach*

I. INTRODUCTION

On considère aux Etats-Unis que de nombreuses dispositions du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949¹ constituent des déclarations du droit international coutumier, ou reflètent ce que ce droit devrait être.² Ce point de vue détermine la position des Etats-Unis au sujet de l'article 90 qui prévoit la création d'une Commission internationale d'établissement des faits. Analysant les Protocoles sous l'angle militaire, les Chefs de l'Etat-major général de l'armée américaine exprimaient ainsi l'opinion du Département américain de la Défense sur l'article 90:

*«L'une des principales innovations introduites par le Protocole réside dans la création d'une Commission internationale d'établissement des faits permanente, composée de 15 membres, chargée d'enquêter sur tout fait prétendu être une infraction grave ou une violation grave des Protocoles et des Conventions, et de 'faciliter, en prêtant ses bons offices, le retour à l'observation des dispositions des Conventions et du présent Protocole'».*³

* Capitaine, Corps du Chef de la justice militaire, Marine nationale américaine, Bureau du Conseiller juridique, Département d'Etat américain. Une version précédente de cet article a été présentée le 4 septembre 1990, lors de la XV^e Table Ronde sur les problèmes actuels du droit international humanitaire, organisée par l'Institut international de droit humanitaire, San Remo, Italie. Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne devraient en aucun cas être considérées comme reflétant l'opinion du gouvernement des Etats-Unis ou de l'un de ses organes.

Les notes et références figurent aux pages 195-203.

L'analyse de l'Etat-major général américain relevait, avec justesse, ce qui pourrait être la principale entrave à l'action de la Commission:

*«La Commission ne peut agir ... sans l'assentiment des Parties au conflit. Cet assentiment peut être donné soit une fois pour toutes, de manière permanente, soit sur une base ponctuelle, dans le cadre d'un conflit déterminé».*⁴

En 1986, l'Etat-major général américain avait prédit:

«Etant donné que les Soviétiques continuent à refuser d'autoriser une tierce partie à contrôler l'application des Conventions de Genève, il est fort improbable que l'URSS, ou l'un de ses alliés ou de ses clients, donne son accord en vue de l'activité de la Commission».

La surprise a donc certainement été grande lorsque, le 29 septembre 1989, en ratifiant les deux Protocoles additionnels, l'URSS a accepté de plein droit la compétence de la Commission d'établissement des faits, dont l'article 90 du Protocole I prévoit la mise sur pied dès que 20 Etats parties auront accepté la compétence de cette Commission. La Biélorussie et l'Ukraine ayant rapidement emboîté le pas à l'URSS, le nombre total des Etats reconnaissant la compétence de la Commission est alors passé à 18. Le 20 mai 1990, l'Uruguay, qui était déjà partie au Protocole additionnel I, a accepté la compétence de la Commission d'établissement des faits. Ensuite, le 20 novembre 1990, au moment où il a déposé son instrument de ratification du Protocole additionnel I, le Canada a été le vingtième Etat à accepter la compétence de la Commission d'établissement des faits. Et plusieurs autres Etats, dont l'Allemagne,** ont fait part de leur intention de faire de même dans un proche avenir.

Ainsi, alors que 99 nations ont, au 31 janvier 1991, ratifié le, ou adhéré au Protocole I, la compétence de la Commission d'établissement des faits a été acceptée par des Etats qui semblent bien peu susceptibles de s'affronter en cette période d'après guerre froide. Il y a parmi eux des pays neutres (Autriche, Finlande, Suède, Suisse), d'autres petits pays appartenant à l'OTAN (Belgique, Danemark, Islande, Italie, Pays-Bas, Norvège, Espagne) et, en outre, l'Algérie, le Liechtenstein, Malte et la Nouvelle-Zélande. Le fait que ces pays aient accepté la compétence de la Commission n'est pas dénué d'intérêt: en effet, pour demander l'ouverture d'une enquête, un Etat n'a pas besoin

** N.d.l.r.: En date du 14 février 1991, la République fédérale d'Allemagne a ratifié les Protocoles additionnels. Elle est le 21^e Etat à avoir reconnu la compétence de la Commission internationale d'établissement des faits.

d'être victime d'une violation — il suffit qu'il ait accepté la compétence de la Commission.⁵ Nous y reviendrons.

Paradoxalement, l'Etat-major général américain disait encore dans son étude:

«Déjà dans le passé, les Etats-Unis ont accepté sur une base permanente la juridiction d'organes de ce type (par exemple, la Cour internationale de La Haye — dont la reconnaissance a d'ailleurs été modifiée en 1984 et annulée en 1986, à la suite du jugement rendu par la CIJ au sujet des mines posées dans les ports nicaraguayens⁶) et le gouvernement des Etats-Unis agira probablement de même s'il ratifie le Protocole.»

Pourtant, après avoir passé en revue tous les mécanismes prévus dans le Protocole I en vue d'assurer le respect des obligations, c'est sur une note pessimiste que l'Etat-major général américain concluait son analyse:

«Alors que les articles sur le respect des obligations sont acceptables, le Protocole n'a pas amélioré de façon significative le mécanisme international destiné à assurer le respect du droit international humanitaire en cas de conflit armé. Les Etats-Unis, par conséquent, n'ont pas obtenu ce qui constituait leur principal objectif lors des négociations sur le Protocole.»⁷

Au terme de cette introduction plutôt pessimiste, je souhaite aborder les défis que posent les procédures d'enquête. Le moment est opportun: le quota exigé a été atteint, puisque 20 Etats ont accepté les compétences de la Commission d'établissement des faits⁸ et le gouvernement helvétique est tenu, aux termes de l'article 90, de commencer à prendre les mesures prescrites en vue de donner vie à cette vision d'espoir.

II. DIFFÉRENTES PROCÉDURES D'ÉTABLISSEMENT DES FAITS

Afin d'aider le lecteur à bien saisir le caractère unique de la Commission d'établissement des faits, permettez-moi de décrire brièvement d'autres types de procédures d'établissement des faits existant dans le monde d'aujourd'hui.

En matière judiciaire, l'établissement des faits implique une décision reposant sur les faits présentés par les parties qui s'affrontent. Des exemples sont fournis, dans l'arène internationale, par la Cour internationale de Justice et par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ces cas, la Cour ne se rend pas sur les lieux pour enquêter et, en général, elle ne demande pas à d'autres organes de le faire pour elle.

Un autre type de procédure d'établissement des faits fait intervenir un organe d'investigation qui se rend sur les lieux pour mener une enquête sur la base d'allégations qui lui ont été présentées par des instances extérieures. On peut citer ici, à titre d'exemple, d'une part, les enquêtes menées par les représentants spéciaux du Secrétaire général des Nations Unies au sujet de l'utilisation de gaz dans le conflit Iran-Irak⁹ et, d'autre part, les activités des Commissions européenne et interaméricaine des droits de l'homme, ainsi que les activités des organisations non gouvernementales telles qu'*Amnesty international*, *Africa Watch*, *Asia Watch* et *Americas Watch*.¹⁰

Le troisième type de procédure d'établissement des faits pourrait être qualifié de «préventif». En ce cas, une organisation examine une situation (et non une allégation) dans le but d'empêcher des violations. Le CICR entreprend fréquemment ce type d'action,¹¹ qui est également prévue par la Convention européenne sur la torture.¹² Cette méthode peut, bien sûr, être utilisée conjointement avec les procédures d'enquête, mais elle n'exige pas d'allégation préalable de violation.

Enfin, certains diplomates envoient à leur gouvernement, pour son propre usage, des rapports sur la situation des droits de l'homme dans le pays où ils sont en poste. Par exemple, le Département d'Etat américain publie chaque année des rapports (*Country Reports on Human Rights Practices*) sur la situation des droits de l'homme dans différents pays, notamment dans des pays où se déroulent des conflits armés.

Comme nous le verrons plus loin, certains aspects de chacun de ces trois modèles se retrouvent dans la Commission d'établissement des faits, ce qui lui confère son caractère unique.

III. CONSTITUTION DE LA COMMISSION

A. Rôle de l'Etat dépositaire

Les premières dispositions visant à mettre la Commission sur pied ne pourront être prises que lorsque «vingt Hautes Parties contractantes au moins» (c'est-à-dire vingt Etats parties au Protocole I) auront

déclaré «reconnaître de plein droit et sans accord spécial, à l'égard de toute autre Haute Partie contractante qui accepte la même obligation» la compétence de la Commission.¹³ Les organisateurs ne sont probablement pas tenus d'agir immédiatement après que 20 Etats auront déposé la déclaration prévue. En fait, si cela paraissait se justifier, il devrait être possible de laisser s'écouler un délai raisonnable avant d'engager le processus.

Aux termes du paragraphe 1 b) de l'article 90, la responsabilité d'engager le processus de constitution de la Commission incombe au dépositaire. Par conséquent, le Conseil fédéral suisse,¹⁴ que l'article 93 désigne en tant que dépositaire, est maintenant appelé à «convoquer une réunion des représentants des Hautes parties contractantes» ayant accepté la compétence de la Commission «en vue d'élire les (15) membres de la Commission». Si l'on donne un sens étroit au paragraphe 1 b) de l'article 90, il apparaît que seuls les quelques Etats ayant accepté la compétence de la Commission peuvent être représentés au sein de la Commission. La réunion convoquée est, cependant, chargée d'élire des membres en veillant «à ce qu'une représentation géographique équitable soit assurée dans l'ensemble de la Commission». A ce jour, aucun Etat asiatique, un seul Etat africain et un seul Etat d'Amérique latine ont signé: il est donc très difficile d'assurer une «représentation géographique équitable» si seuls peuvent être élus les représentants des pays ayant accepté la compétence de la Commission d'établissement des faits. On peut donc avancer l'argument selon lequel il conviendrait d'attendre, pour convoquer la réunion constitutive, que la compétence de la Commission ait été acceptée par au moins un Etat de chaque continent. Cependant, lors de la XV^e Table Ronde de l'Institut international de droit humanitaire, un représentant du gouvernement suisse a laissé entendre que le processus serait engagé aussitôt après le dépôt de la vingtième acceptation.

Le représentant de la Suisse a suggéré qu'avant de présenter des candidatures officielles, les Etats prennent le temps (environ trois mois) d'échanger des informations au sujet de candidats potentiels. Il a proposé que la réunion au cours de laquelle aura lieu l'élection soit organisée un mois plus tard, à Berne ou à Genève: ainsi, son gouvernement serait en mesure d'adresser aux 20 Etats concernés, avant la réunion constitutive, une liste de 20 personnes et nationalités.¹⁵ Certains des participants à la Table Ronde ont estimé que ce calendrier était trop optimiste.

B. Qualifications des candidats à l'élection des membres de la Commission

Quelle peut donc être la nationalité des membres de la Commission? Chacune des Hautes Parties contractantes représentées à la réunion constitutive convoquée par le dépositaire peut proposer un nom. Cependant, l'article 90 n'exige pas que le membre proposé soit de la même nationalité que l'Etat qui présente sa candidature. Il semble qu'afin de satisfaire à l'exigence d'une «répartition géographique équitable» les Etats aient le droit de rechercher leur candidat au-delà de leurs frontières. S'il en est ainsi, et s'il a de bonnes raisons de croire que le critère de la représentation géographique sera rempli de cette manière, le dépositaire n'a peut-être pas à attendre qu'au moins un Etat de chaque continent ait accepté la compétence de la Commission avant de convoquer la première réunion.

Quelles conditions, outre la diversité géographique, un candidat doit-il remplir pour être élu en tant que membre de la Commission? L'article 90, paragraphe 1, alinéa d) exige seulement que «chacune des personnes à élire» soit «de haute moralité» et «d'une impartialité reconnue». L'un et l'autre de ces critères sont manifestement nécessaires afin de garantir la crédibilité et l'efficacité des Chambres que la Commission est appelée à constituer. Ils sont sur le modèle des règles suivies pour d'autres commissions d'établissement des faits constituées en application d'autres accords internationaux, telle que la commission prévue par l'article 8 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.¹⁶

A quels autres critères peut-on faire appel? Les Chambres ont pour compétence d'enquêter sur tout fait prétendu être une «infraction grave» ou une autre «violation grave» des Conventions de Genève de 1949 pour la protection des victimes de la guerre ou de leur Protocole additionnel I. Par conséquent, les membres de la Commission doivent être à même de juger quels actes constituent des «infractions graves» ou des «violations graves». Elle devrait compter au moins quelques juristes internationaux parmi ses membres, peut-être même des procureurs généraux, particulièrement compétents en matière de droit international humanitaire. Les membres devront également pouvoir avoir accès, s'ils ne les possèdent pas déjà, aux connaissances nécessaires dans les domaines scientifique, médical et militaire. Le représentant de la Suisse à la XV^e Table Ronde a suggéré qu'au moment de la désignation des candidats, le choix ne porte sur des représentants officiels du gouvernement qu'en l'absence d'autres candidats qualifiés. En

effet, a-t-il déclaré, il est essentiel que la Commission conduise ses enquêtes dans une atmosphère d'indépendance politique.

C. Organisation de l'élection

La réunion des représentants qui est convoquée doit avoir exclusivement pour objet l'élection des membres de la Commission. Rien d'autre ne relève de la compétence de cette réunion.

Les 15 membres doivent être élus par voie de scrutin secret. Aucune mention n'est faite, cependant, du nombre de voix requis. Il semblerait normal que le vote ait lieu à la majorité simple, puisque ni une majorité plus importante, ni l'unanimité ne sont exigées. Le représentant de la Suisse à la XV^e Table Ronde a suggéré d'adopter les mêmes règles que celles qui sont fixées, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, pour l'élection du Comité des droits de l'homme. Le paragraphe 4 de l'article 30 exige un quorum des deux-tiers pour procéder à l'élection et la majorité absolue des représentants présents et prenant part au vote pour élire chaque membre de ce Comité. Avant de procéder à la première élection des membres, les Etats devront être parvenus à un accord quant aux règles à observer: celles-ci devraient également prévoir les modalités selon lesquelles sera désigné, parmi les représentants, un Président *ad hoc* de la réunion convoquée en vue d'élire les membres de la Commission. Il serait peut-être bon, au moment de lancer l'appel aux candidatures, de soumettre aux Etats un projet de règles de procédure. Les membres élus sont appelés à servir à titre individuel et personnel pendant une période de cinq ans, jusqu'à l'élection de leurs remplaçants, lors de la réunion suivante.¹⁷ Si un siège devient vacant, la Commission devra le pourvoir en faisant appel à l'une des personnes dont le nom figure sur la liste des candidats proposés par les Hautes Parties contractantes, mais n'ayant pas encore été élue, tout en s'efforçant de maintenir «une représentation géographique équitable».¹⁸

IV. ORGANISATION DE LA COMMISSION

A. Sélection d'un Président *ad hoc*

Le paragraphe 6 de l'article 90 dispose que «la Commission établira son règlement intérieur, y compris les règles concernant la présidence de la Commission». Logiquement, c'est durant la première

réunion officielle de la Commission que le Président devrait être élu.¹⁹ Les membres peuvent souhaiter avoir entre eux des consultations informelles (par téléphone ou télécopie, ou par le biais de contacts personnels), afin de convenir des procédures qui permettront de conduire cette première réunion. Sur l'agenda de la première réunion des membres de la Commission, le point 1 devrait donc être la désignation d'un Président *ad hoc*, dont la seule et unique tâche devrait être d'obtenir que l'un des membres de la Commission soit élu Président.

B. Election du Président de la Commission

A cet égard également, les membres de la Commission pourront souhaiter adopter les procédures en usage au sein des Nations Unies et élire le Président dans leurs rangs. Bien que l'article 90 ne fixe pas de critères particuliers devant être remplis par le Président de la Commission, il semble que celui-ci devra être disponible en tout temps.²⁰

C. Règles de procédure de la Commission

Le paragraphe 6 de l'article 90 prévoit que «la Commission établira son règlement intérieur, y compris les règles concernant la présidence de la Commission et de la Chambre». Il faudra donc que les membres rédigent ces règles. Celles-ci devront tenir compte, d'une part, des exigences contenues dans l'article 90 et, d'autre part, de l'impartialité et de la probité nécessaires pour que la Commission soit acceptée aussi largement que possible. Pour le professeur Tom Franck, ces règles devraient prendre en compte les cinq éléments suivants, gages d'impartialité ou de probité: 1) choix du sujet, 2) choix des enquêteurs, 3) mandat, 4) procédures d'enquête, 5) utilisation du résultat de l'enquête.²¹ A cette fin, le professeur Tom Franck suggère de respecter les règles de procédure suivantes lors de l'élaboration des règles qui gouverneront les missions d'établissement des faits:

«Une mission d'établissement des faits ne devrait pas commencer son enquête avant d'avoir reçu un mandat très précis, décrivant son champ de compétence. La formulation de ce mandat devrait être neutre, sous forme de questions de fait. La mission devrait insister afin d'obtenir toute liberté d'utiliser, à l'intérieur de son champ de compétence, les outils les mieux à même de garantir une perception objective des faits, hors d'atteinte des passions et des supputations socio-politi-

ques... Les preuves devraient être recueillies de manière à permettre que des contre-examens et des réfutations soient étayés par des informations, tout en mettant les témoins à l'abri contre d'éventuelles représailles. La commission devrait disposer de son propre personnel, capable de mener lui-même des recherches et de préparer, en toute indépendance, son agenda et ses déplacements. Sur place, la liberté de mouvement et d'accès devrait être garantie ab initio aux enquêteurs. Avant d'être finalisés, les résultats de l'enquête devraient être communiqués aux parties afin que celles-ci puissent y apporter leurs commentaires. Le rapport final devrait refléter précisément les résultats de l'enquête, quelle que soit la position par rapport aux faits: consensus, majorité ou grande diversité d'opinions. Les membres qui le souhaitent devraient avoir la liberté de rédiger un rapport séparé ou un contre-rapport».²²

V. COMPÉTENCE DE LA COMMISSION

Puisque nous savons maintenant, plus ou moins, comment seront choisis les membres de la Commission et comment celle-ci pourra s'organiser, permettez-moi d'aborder la question de la compétence de la Commission. Deux tâches distinctes lui sont confiées: 1) enquêter sur certains faits et 2) faciliter l'observation des dispositions des Conventions et du Protocole I. Examinons un premier point: sur quoi une enquête peut-elle porter?

A. Infractions graves et autres violations graves

Aux termes du paragraphe 2 c) de l'article 90, la Commission est autorisée à enquêter sur tout fait prétendu être une *infraction grave* au sens des Conventions et du présent Protocole ou une *autre violation grave* des Conventions ou du présent Protocole.

La Commission est donc compétente pour enquêter sur des faits, et non pour juger. Si une allégation est présentée concernant des faits qui se seraient produits, la Commission doit nécessairement avoir la compétence voulue pour tenter d'établir si ces faits se sont ou non produits.²³ La Commission n'a pas le pouvoir de prononcer un jugement formel établissant que ces faits, s'il est établi qu'ils se sont produits, constituent une infraction grave ou une violation grave.²⁴

La Commission n'a pas qualité pour enquêter au sujet de toutes les violations, contrairement aux dispositions des articles 52 (I^{re} Convention), 53 (II^e Convention), 132 (III^e Convention) et 139 (IV^e Convention).²⁵ La Commission n'a donc pas la compétence nécessaire pour enquêter au sujet de faits prétendus n'être que des infractions, et non des «infractions graves» ou des «violations graves». En outre, en aucun cas, une violation d'autres règles relatives aux conflits armés, contenues ailleurs que dans les Conventions ou dans le Protocole I, qu'il s'agisse de règles du droit coutumier ou du droit conventionnel, ne peut faire l'objet d'une demande d'enquête auprès de la Commission.²⁶

Les violations graves sont définies dans les articles 50 (I^{re} Convention), 51 (II^e Convention), 130 (III^e Convention) et 147 (IV^e Convention),²⁷ ainsi que dans les articles 11 (paragraphe 1 à 4) et 85 (paragraphe 2 à 4) du Protocole I.²⁸ Par ailleurs, les violations graves ne sont explicitement définies ni dans les Conventions, ni dans le Protocole I. Le *Commentaire des Protocoles* du CICR concernant l'article 89 du Protocole I (seul autre passage du Protocole I où est utilisée l'expression «violations graves») suggère que l'expression a trait à des «comportements contraires à ces instruments et revêtant un caractère de gravité, mais ne figurant pas comme tels dans les listes des 'infractions graves'». ²⁹ Le *Commentaire* suggère que les actes suivants constituent de telles violations:

- «comportements isolés non énumérés parmi les infractions graves, mais revêtant tout de même un caractère de gravité;
- comportements non énumérés parmi les infractions graves, mais revêtant un caractère de gravité par leur nombre ou leur répétition systématique, ou par les circonstances;
- violations 'globales', par exemple soustraire une situation, un territoire, une catégorie de personnes ou de biens à l'application des Conventions ou du Protocole». ³⁰

Qui sera appelé à juger que ce seuil a été franchi (et que, par conséquent, l'enquête peut être lancée)? Comment décider que ce seuil a été ou non franchi? L'article 90 ne contient aucune indication à ce sujet. La Commission devra se former sa propre opinion.

B. Les bons offices

Le deuxième rôle majeur de la Commission consiste à «faciliter, en prêtant ses bons offices, le retour à l'observation des dispositions des Conventions et du présent Protocole». ³¹ Par «bons offices», on peut

entendre, notamment, la communication des conclusions sur les points de fait, des constatations sur les possibilités de règlement amiable et des observations écrites et orales des Etats intéressés.³² Le *Commentaire des Protocoles* du CICR semble suggérer que la Commission doit simplement prendre «note» de tels faits avant de proposer ses bons offices. Il relève l'exigence — figurant au paragraphe 5 a) — selon laquelle un rapport doit être soumis aux Parties sur les résultats de l'enquête avec les «recommandations qu'elle jugerait appropriées»; il recommande par ailleurs que, dans ces rapports, la Commission se contente d'émettre une appréciation *prima facie* et ne se prononce pas sur les questions de droit, même s'il ne fait aucun doute que la Commission se sera formé au préalable une opinion sur le non-respect de certaines dispositions.³³

Il apparaît donc qu'il appartient entièrement à la Commission, lorsqu'elle a pris note de certains faits qui n'ont pas le caractère d'infractions ou de violations graves, de suggérer les moyens d'assurer une protection accrue. Je pense que les Parties s'empresseront de mettre en œuvre de telles suggestions.

Un exemple pourrait être fourni par le nombre élevé de victimes parmi les civils. En lui-même, et par lui-même, ce fait ne signifie pas nécessairement que les civils sont pris pour cibles ou que les hostilités sont conduites sans discrimination. En fait, il peut n'y avoir aucune preuve d'infraction ou de violation graves. Pourtant, la Commission devrait être en mesure de recommander, si elle y est invitée, que les parties établissent des localités non défendues, placées sous une protection spéciale. Bien sûr, si la Chambre établit la preuve d'une infraction ou d'une violation graves, elle devra communiquer ce résultat indépendamment de toute recommandation qu'elle pourra souhaiter présenter par ailleurs.

Il semble, en outre, qu'il n'entrerait pas dans la compétence de la Commission que son Président exerce ce pouvoir indépendamment de toute demande d'enquête.³⁴

C. Enquêtes *ad hoc* au sujet d'infractions ou de violations graves

Il est prévu que la Commission agisse à la demande des Etats qui ont déclaré d'avance accepter la compétence de la Commission. La Commission ne peut donc agir qu'à la demande des Etats et non d'autres entités comme, par exemple, la population d'un territoire occupé. L'Etat qui demande une enquête ne sera pas toujours nécessairement

(comme nous l'avons relevé dans l'Introduction) victime d'une violation des Conventions ou du Protocole I commise par une Partie adverse ayant également accepté la compétence de la Commission. Il suffit que cet Etat ait lui-même reconnu la compétence de la Commission.³⁵

La Commission peut également agir à la demande d'Etats qui n'ont pas accepté globalement la compétence de la Commission, mais seulement avec le consentement de la Partie adverse, même si celle-ci avait au préalable accepté globalement la compétence de la Commission.³⁶ De telles demandes peuvent même être présentées par des Etats qui n'ont ni ratifié le, ni adhéré au Protocole I (comme les Etats-Unis, par exemple).³⁷

VI. LA CHAMBRE D'ENQUÊTE

Lorsque la Commission est saisie d'une demande d'enquête recevable, l'article 90 prévoit que l'enquête sera effectuée rapidement par une Chambre composée de sept membres, dont cinq sont des membres de la Commission. Pour des raisons évidentes d'équité, ces cinq membres ne doivent être ressortissants d'aucune Partie au conflit.³⁸ Les cinq personnes doivent être nommées par le Président de la Commission, sur la base d'une représentation équitable des régions géographiques, après consultation des parties au conflit.³⁹ Si le *Commentaire des Protocoles* du CICR laisse entendre que le Président de la Commission n'est pas lié par l'opinion des Parties qui ont été consultées, un commentateur privé a émis l'opinion que la nomination d'un membre n'ayant pas l'agrément des Parties au litige risquerait de compromettre le succès de l'enquête.⁴⁰

Les deux autres membres de la Chambre doivent être nommés sur une base *ad hoc*, par l'une et l'autre des Parties. Eux non plus ne doivent être ressortissants d'aucune Partie au conflit.⁴¹ Il n'est pas nécessaire qu'ils soient membres de la Commission; chacun d'eux «représente» plutôt la Partie qui l'a nommé et ils «devraient contribuer à créer un climat de confiance au sein de la Chambre».⁴² Etant donné que le Protocole I est muet sur ce point, il faut espérer que ces membres *ad hoc* rempliront les mêmes conditions d'éligibilité que les autres membres de la Chambre. Le fait de ne pas posséder ces qualifications ne pourrait que porter préjudice à la crédibilité et à l'efficacité de la Chambre et de son action, sans pour autant pouvoir empêcher leur nomination.

L'un des problèmes que n'aborde pas l'article 90 est celui du statut international et de la protection accordée aux membres de la Commission. Il n'existe aucune nécessité établie de leur accorder le statut diplomatique, mais ils devraient jouir d'une certaine forme de protection lorsqu'ils effectuent leur enquête «sur le terrain». Ce ne sont certainement pas de simples touristes. Je me demande s'ils sont ou non de vrais fonctionnaires internationaux. Peut-être faudra-t-il développer un accord-type pour déterminer leur statut pendant qu'ils effectuent une enquête en territoire étranger.⁴³

L'article 90 prévoit un mécanisme permettant de faire pièce aux tentatives menées par un Etat qui, en ne nommant pas son membre *ad hoc*, cherche à retarder l'actualisation de la Chambre. Si l'un des deux, ou les deux, membres *ad hoc* n'ont pas été nommés dans le délai fixé par le Président de la Commission, ce dernier procédera immédiatement lui-même à la nomination ou aux nominations nécessaires parmi les membres de la Commission.⁴⁴ L'article 90 ne donne aucune indication quant au délai que peut fixer le Président. Le *Commentaire des Protocoles* du CICR relève l'importance du fait qu'un délai est prévu au paragraphe 3 b) de l'article 90 pour la nomination des membres *ad hoc*:

*«En temps de conflit armé, le délai d'intervention d'un organe de contrôle du respect des règles applicables peut être crucial, eu égard aussi bien au sort des victimes éventuelles d'une part, qu'aux risques de voir la partie qui s'estime lésée prendre des contre-mesures d'autre part. ... En outre, plus les choses traînent en longueur, plus les faits peuvent être difficiles à établir avec exactitude».*⁴⁵

Je voudrais en fait ajouter ici qu'il est très important d'agir avec célérité pour obtenir des preuves qui, de par leur nature même, disparaissent rapidement (en cas de guerre chimique ou d'emploi de poison, par exemple) ou que l'on peut faire disparaître facilement.

C'est donc à juste titre que le *Commentaire des Protocoles* du CICR demande instamment au Président de la Commission de «réagir immédiatement à la demande qui lui est adressée et de nommer les deux membres *ad hoc* en cas de carence des Parties, après avoir éventuellement tenté une ultime consultation avec ces dernières».⁴⁶ Peut-être faudrait-il que le délai fixé dans les règles de procédure se compte en heures ou en jours: il ne devrait jamais se compter en semaines ou en mois.

Je voudrais également relever que la composition de la Chambre — cinq membres *plus* deux — s'applique non seulement aux enquêtes effectuées à la demande des Parties qui ont accepté la compétence de la Commission, mais aussi aux enquêtes entreprises sur la base d'un accord spécial.⁴⁷

VII. CONDUITE DE L'ENQUÊTE

Une lecture attentive de l'article 90 montre que la plupart de ce qui a été dit ci-dessus est contenu dans le texte même de l'article. Par contre, l'article 90 est nettement moins précis lorsqu'il s'agit de prévoir la manière dont la Chambre effectuera son enquête.

A. Le paragraphe 4 de l'article 90

Trois sujets sont abordés dans le paragraphe 4 de l'article 90. En premier lieu, il indique que la Chambre «**invitera** les Parties au conflit à l'assister et à produire des preuves». Ensuite, il indique que la Chambre «**pourra** aussi rechercher les autres preuves qu'elle jugera pertinentes». Enfin, il prévoit que la Chambre «**pourra** procéder à une enquête sur place».⁴⁸ Par conséquent, la Chambre peut ne pas tenir les parties complètement à l'écart de son enquête. La Chambre doit fournir aux Parties la possibilité de produire des preuves. Les parties ne sont, toutefois, pas tenues de le faire. En outre, la Chambre n'est pas obligée, comme le sont généralement les organes judiciaires d'établissement des faits, à ne considérer que les preuves que lui présentent les Parties. Au contraire, la Chambre est autorisée à rechercher elle-même des preuves, en se rendant sur les lieux, à condition d'y être autorisée. Le fait, pour un Etat, de ne pas autoriser la Chambre à entrer sur son territoire (en donnant les garanties de sécurité nécessaires) ne pourrait qu'aggraver le cas de cet Etat.

Etant donné que la Chambre peut également faire des recommandations, il a été suggéré que les Parties soient autorisées à présenter les arguments juridiques permettant d'apprécier les preuves. Par exemple, «si une attaque contre les forces de l'ennemi a aussi affecté la population civile, l'Etat contre lequel est portée l'allégation d'infraction grave devrait pouvoir être entendu — l'argument étant que le principe de la proportionnalité devrait être pris en compte».⁴⁹

B. Règles de procédure à suivre lors d'une enquête

L'article 90 ne spécifie que sur un seul point les procédures que la Chambre doit suivre.⁵⁰ Il appartiendra donc à la Commission soit d'établir les procédures d'enquête qui devront être suivies par l'ensemble des Chambres, soit de laisser à chaque Chambre le soin de fixer ses propres règles. Je suggère d'opter plutôt pour la première solution: en effet, d'une part, chaque Chambre doit pouvoir opérer sans tarder et, d'autre part, il est important d'assurer l'uniformité et la crédibilité des résultats des enquêtes. Heureusement, la Commission n'a pas besoin de «réinventer la roue»: elle peut s'inspirer de plusieurs modèles de règlements internes qui ont été adoptés par différents organes des Nations Unies, notamment.⁵¹ Même si cela est évident, il vaut la peine de mentionner que les règles devraient être rédigées de façon qu'elles contribuent à favoriser le succès de l'action de la Commission d'établissement des faits et de ses Chambres.

VIII. RAPPORT SUR LES RÉSULTATS DE L'ENQUÊTE

Une fois l'enquête terminée, la Chambre est invitée à préparer un «rapport sur les résultats de l'enquête», dont les conclusions doivent être à la fois «objectives et impartiales». Si la Chambre n'est pas en mesure de rassembler des preuves qui suffisent à étayer de telles conclusions, elle doit en faire connaître les raisons à la Commission qui en informera les Parties.⁵² Le rapport de la Chambre est soumis à la Commission. Le règlement interne devrait prévoir à qui le rapport de la Chambre sera présenté: au Président ou à la Commission dans son ensemble? Je recommande, pour ma part, la première option.

Une question se pose: la Commission doit-elle examiner le rapport de la Chambre et agir en conséquence? Le rapport que présente la Chambre devrait-il recevoir automatiquement le même statut que le rapport de la Commission (comme cela se passe à la Cour internationale de Justice, en application de l'article 27 de ses Statuts)? L'article 90 dispose que la Commission doit soumettre aux Parties le rapport sur les résultats de l'enquête «avec les recommandations qu'elle jugerait appropriées.»⁵³ La Chambre établira-t-elle un projet de recommandation, ou proposera-t-elle des recommandations? Cela est-il du domaine exclusif de la Commission? Je souhaiterais, quant à moi, que la Chambre soit autorisée, en application de ses propres règles, à mettre à profit sa connaissance des faits et à présenter des recommandations adaptées aux circonstances:

Avant de pouvoir émettre des recommandations, les membres de la Chambre et les membres de la Commission devront nécessairement avoir procédé à une évaluation, sous l'angle juridique, des faits qu'ils auront établis. Par conséquent, les membres devront être compétents (comme nous l'avons déjà relevé) à la fois dans le domaine du droit international humanitaire et dans celui de la science militaire. Le règlement interne de la Commission devra prévoir de quelle manière elle évaluera le rapport de la Chambre et comment elle parviendra à établir ses recommandations. Ces règles devraient notamment stipuler, d'une part, que les membres de la Commission auront la possibilité d'examiner le rapport de la Chambre et de présenter des recommandations et, d'autre part, que tout avis divergent par rapport à celui de la majorité qui serait émis par l'un des membres sera dûment enregistré. De la même manière, le règlement devrait prévoir de présenter en annexe au rapport les opinions des membres de la Commission qui ne sont pas d'accord avec le rapport ou avec les recommandations. Bien sûr, toutes les recommandations émises par la Commission ne doivent pas sortir du champ de sa compétence et tendre à améliorer la situation, non à l'aggraver.

Bien qu'un grand débat ait eu lieu lors de la Conférence diplomatique au sujet des avantages et des inconvénients que revêt le fait de publier le rapport, l'alinéa c) du paragraphe 5 de l'article 90 stipule clairement que la Commission «*ne communiquera pas publiquement ses conclusions, à moins que toutes les Parties au conflit — et non uniquement les Parties qui ont demandé l'enquête — le lui aient demandé*». Il a été suggéré que lorsque la Commission est saisie d'une demande de publication des «conclusions», le rapport dans son ensemble «aussi bien que ses éléments composants» soient communiqués.⁵⁴

Dès que la Commission aura adopté son règlement intérieur, elle devra en envoyer copie à tous les Etats aux fins d'information et d'examen. Un règlement interne de qualité incitera les Etats qui n'ont pas encore accepté la compétence de la Commission à le faire en déposant la déclaration nécessaire.

IX. DÉPENSES DE LA COMMISSION ET DE SES CHAMBRES

Le gouvernement suisse, en tant que dépositaire, fournira à la Commission toute l'assistance nécessaire sur le plan administratif.⁵⁵ Par ailleurs, le paragraphe 7 de l'article 90 dispose que les dépenses

administratives de la Commission seront couvertes: 1) par des contributions des Hautes parties contractantes qui ont accepté de plein droit la compétence de la Commission; 2) par des contributions volontaires. Un commentateur éminent est d'avis que les locaux, les interprètes et les procès-verbalistes constituent les «services administratifs» que l'Etat dépositaire doit fournir à la Commission, mais que les frais de voyage des membres sortent de ce cadre. Il suggère que ces frais soient couverts de la manière prévue au paragraphe 7.⁵⁶ Parmi les autres «services» nécessaires figurent des équipements pour l'utilisation de la vidéo et du traitement de texte.

Contrairement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 90 ne prévoit pas de constituer une provision pour les premières dépenses des membres de la Commission.⁵⁷

L'article 90 n'indique pas de quelle manière les dépenses de la Commission doivent être réparties entre les Etats qui ont accepté la compétence de la Commission. Peut-être pourra-t-on s'inspirer du modèle fourni par le financement des conférences de révision (le montant des dépenses prises en charge est calculé en fonction de la part du budget ordinaire des Nations Unies que finance tel ou tel Etat), tout en tenant compte de la différence entre le nombre d'Etats qui sont membres des Nations Unies et de ceux qui sont représentés au sein de la Commission. Il conviendra également de prendre en compte la participation des Etats, tels que la Suisse, qui ne sont pas membres des Nations Unies.

Il faudra également, sans doute, que la Commission adopte un budget, ainsi que des méthodes comptables appropriées.

Bien que l'article 90 stipule que les dépenses de la Commission pourront également être couvertes par des contributions volontaires, il n'indique pas expressément que seuls les Etats ou les Etats parties pourront contribuer au financement des activités de la Commission. Il appartiendra à la Commission de décider si elle accepte ou non les contributions provenant du secteur privé ou des organisations internationales, gouvernementales ou non gouvernementales.⁵⁸

Les dépenses occasionnées par une Chambre seront couvertes d'une autre manière: exclusivement par les Parties ayant recours à ses services. La ou les Parties qui demandent une enquête sont tenues d'avancer les fonds nécessaires pour couvrir les dépenses occasionnées par une Chambre; elles seront en partie remboursées par la ou les Parties contre lesquelles les allégations sont portées, à concurrence de cinquante pour cent des frais de la Chambre, que les allégations soient ou non avérées.⁵⁹ L'article 90 ne contient pas d'autres indications quant à la manière de déterminer les montants.

Si des contre-allégations sont portées devant la Chambre, chaque Partie est tenue d'avancer cinquante pour cent des fonds nécessaires.⁶⁰

X. CONCLUSION

Vingt Etats ont à présent accepté de plein droit et sans accord spécial la compétence de la Commission d'établissement des faits. Le gouvernement suisse, en tant que dépositaire du Protocole additionnel I, est en train de prendre les premières mesures nécessaires pour actualiser la Commission d'établissement des faits. Puisse cet article faciliter la tâche de ceux à qui incombe la responsabilité des nombreuses décisions qui permettront à la Commission de prendre forme et qui guideront son action au moment où elle commencera à assumer ses importantes responsabilités. En effet, comme l'a écrit le professeur Fritz Kalshoven, «on peut s'attendre que les activités prévues pour la Commission faciliteront considérablement le règlement rapide et équitable de litiges provoqués par des allégations de graves violations des Conventions ou du Protocole, et permettront de réduire les tensions qui vont de pair avec de telles allégations».⁶¹

J. Ashley Roach

Le **capitaine J. Ashley Road** est attaché depuis octobre 1988 au Bureau du Conseiller juridique du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique. Il est co-auteur, avec feu Waldemar A. Solf, du *Index of International Humanitarian Law* (CICR, 1987). Il est l'auteur de *Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations* (NWP 9A/FMFM 1-10, 1989) de la marine américaine. Il est président de la Société Lieber sur le droit de la guerre.

NOTES

1. *International Legal Materials*, Washington, D.C., novembre 1977, vol. 16, pp. 1371 et suivantes. Au sujet de la décision des Etats-Unis de ne pas ratifier le Protocole I, voir «Agora», *American Journal of International Law*, Washington, D.C., octobre 1987, vol. 81, pp. 910 à 925, et *id.*, octobre 1988, vol. 82, pp. 784 à 787.

2. *Proceedings of the American Society of International Law*, Washington, D.C., 1987, vol. 81, pp. 28 à 31 (commentaires du Conseiller juridique — adjoint du Département d'Etat américain, Matheson); «The Sixth Annual American Red Cross — Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols additional to the

1949 Geneva Conventions», *American University Journal of International Law and Policy*, Washington, D.C., 1987, vol. 2, p. 428 (commentaires du Conseiller juridique adjoint du Département d'Etat américain, Matheson).

3. Deux propositions furent à l'origine de l'article 90: l'une présentée par le Portugal, l'autre présentée conjointement par le Danemark, la Nouvelle-Zélande, la Norvège et la Suède. Ces deux propositions prévoyaient que toute demande d'enquête émanant d'une Partie au conflit serait effectuée et qu'aucune des Parties ne pourrait opposer son veto, ni directement, ni indirectement. Comme on pouvait s'y attendre, dès le début des discussions, les pays communistes ont soulevé les questions de «violation de la souveraineté nationale» et d'«ingérence dans les affaires intérieures» (H. Levie, *Protection of War Victims*, Dobbs Ferry, New York, Oceana 1977, vol. 4, pp. 390 (pars. 1 à 9), 394 (pars. 35-36), 395 (pars. 40 à 43, etc.)). «Par conséquent, encore une fois, tel qu'il a été adopté, l'article est le fruit d'un consensus et il n'aura probablement pas plus d'effets que n'en ont eu l'article commun aux Conventions de Genève et son prédécesseur». H. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 1986, vol. 2, p. 878.

Selon l'article 52, 53, 132 et 149 commun aux quatre Conventions de Genève: «A la demande d'une Partie au conflit, une enquête devra être ouverte» au sujet de toute violation alléguée de la Convention». Bien que le *Commentaire* du CICR considère cela comme «obligatoire» (*Les Conventions de Genève du 12 août 1949 — Commentaire* publié sous la direction de Jean S. Pictet, CICR, 1952, vol. III, p. 666), aucune enquête de ce type n'a encore été ouverte et il est fort peu probable que cela se produise un jour, car il est extrêmement facile, pour la Partie contre qui sont portées les allégations de violations, d'empêcher que l'enquête ait lieu. Il suffit, pour cela, qu'elle refuse de donner son accord à une procédure, puis qu'elle refuse de donner son accord au sujet du choix d'un arbitre. L'article 30 de la Convention de 1929 contenait la même obligation («une enquête sera ouverte»), mais il n'existe aucun trace officielle d'une enquête effectuée en application de cette disposition. *Id.*, pp. 878 et 874. Voir, ci-dessous, la note N° 25. Voir également T. J. Murphy, «Sanctions and Enforcement of the Humanitarian Law of the Four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977», *Military Law Review*, Charlottesville, Va., 1984, vol. 103, p. 3.

4. Sur un point particulier, l'article 90 représente un progrès par rapport au passé. Le paragraphe 3, prévoyant la nomination des membres de la Chambre qui devra effectuer l'enquête, est rédigé de telle façon qu'il sera impossible, pour tout responsable présumé d'une violation, qui a déposé une déclaration ou qui a accepté qu'une enquête ait lieu, d'empêcher que la Chambre soit constituée ou que l'enquête soit effectuée en refusant de nommer un membre *ad hoc*. Cf., à ce sujet, les notes N°s 44, 45 et 46.

5. M. Bothe, K.J. Partsch & W. A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, par. 2.12, p. 543.

6. *International Legal Materials*, mai 1984, vol. 23, p. 670; *U.S. Department of State Bulletin*, janvier 1986, p. 67; *International Legal Materials*, novembre 1985, p. 1742.

7. Les auteurs de l'analyse des Chefs de l'Etat-major général poursuivaient:

«*Cette conclusion souligne l'importance que revêt la recommandation faite plus tôt, selon laquelle il convient de faire une réserve quant aux limites imposées aux représailles par les dispositions des articles 51 à 56. Si les Etats-Unis ne peuvent s'en remettre à un contrôle neutre pour garantir le respect du droit humanitaire, alors la menace de riposte unilatérale conserve son importance en tant que sanction dissuasive, afin de s'assurer que les adversaires des Etats-Unis se comporteront avec, au moins, un minimum d'humanité.*»

8. Communication faite le 21 novembre 1990 à l'auteur de cet article par le Commandant W.J. Fenrick, Bureau du chef de la Justice militaire, Ottawa.

9. Rapports présentés par la mission envoyée par le Secrétaire général des Nations Unies pour enquêter sur les allégations concernant l'emploi d'armes chimiques dans le conflit entre la République islamique d'Irak et l'Irak (Documents des Nations Unies S/16433 (1984); S/17127 et Add.1 (1985); S/17911 et Corr.1 et Ann. 1 et 2 (1986); S/18852 et Ann.1 (1987); S/19823 et Corr.1 et Ann.1, 25 avril 1988; S/20060, 20 juillet 1988, et S/20063, 25 juillet 1988. Ces rapports ont conduit à une condamnation vigoureuse de l'emploi des armes chimiques, mais sans imputer la responsabilité à l'une ou l'autre des Parties, dans la résolution 612 du Conseil de sécurité, du 8 mai 1988, *U.S. Department of State Bulletin*, juillet 1988, p. 69. Des rapports analogues ont été présentés au sujet du traitement des prisonniers de guerre. «Prisonniers de guerre en Iran et en Irak: rapport présenté par la mission envoyée par le Secrétaire général», janvier 1985, Document des Nations Unies S/16962*, 22 février 1985 et «Rapport présenté par la mission envoyée par le Secrétaire général pour enquêter sur la situation des prisonniers de guerre en République islamique d'Irak et en République d'Irak», Document des Nations Unies S/20417, 24 août 1988.

10. Cf., par ex. le Rapport du Conseil indépendant des Droits de l'Homme concernant la situation des droits de l'homme en Afghanistan (annexé au Document des Nations Unies A/C.3/42/8, 17 novembre 1987).

11. Le CICR a adopté des lignes directrices à ce sujet. Cf. «Les démarches du Comité international de la Croix-Rouge en cas de violations du droit international humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge (RICR)*, N° 728, mars-avril 1981, pp. 79 à 86:

«1. Démarches entreprises par le CICR de sa propre initiative

Règle générale

Le CICR entreprendra toute démarche appropriée pour faire cesser les violations du droit international humanitaire ou pour empêcher que de telles violations ne se commettent. Ces démarches pourront être faites à différents niveaux, en fonction de la gravité des violations.

Caractère confidentiel

En principe, ces démarches resteront confidentielles.

Démarches publiques

Le CICR se réserve de prendre publiquement position sur des violations du droit international humanitaire si les conditions suivantes sont réunies:

- ces violations sont importantes et répétées;
- les démarches faites à titre confidentiel n'ont pas réussi à faire cesser les violations;
- une telle publicité est dans l'intérêt des personnes ou populations atteintes ou menacées;
- les délégués ont été les témoins directs de ces violations, ou l'existence et l'ampleur de violations sont établies au moyen de sources sûres et vérifiables».

Le CICR a entrepris des démarches publiques dans le cadre de la guerre Iran-Irak. Cf. *RICR*, N° 742, juillet-août 1983, pp. 226-228 (Communiqué du 11 mai 1983 relatant l'appel solennel lancé le 9 mai 1983 à l'ensemble des États parties aux Conventions de Genève); *RICR*, N° 746, mars-avril 1984, pp. 119-121 (Communiqué du 15 février 1984 concernant l'appel lancé aux gouvernements le 10 février 1984); *RICR*, N° 750, novembre-décembre 1984, pp. 379-380 (Communiqué du 15 février 1984 concernant l'appel lancé aux gouvernements le 24 novembre 1984). Le CICR a également publié un communiqué au sujet de l'abus de l'emblème de la Croix-Rouge au Liban, *RICR*, N° 755, septembre-octobre 1985, pp. 322-324, ainsi que, le 20 mai 1984, un communiqué au sujet du conflit afghan, 1984); *RICR*, N° 748, juillet-août 1984, pp. 250-251.

Les lignes directrices du CICR prévoient en outre une:

Règle particulière

Le CICR ne se prononce en principe pas sur l'usage de certaines armes ou méthodes de combats. Il n'exclut pas, toutefois, d'entreprendre des démarches et, le cas échéant, de faire entendre sa voix s'il estime que le fait de recourir à une arme ou à une méthode de guerre, ou de menacer d'y recourir, confère à la situation un caractère de gravité exceptionnelle».

De telles situations se sont présentées au cours du conflit Iran-Irak. Cf *Rapport annuel 1984* du CICR, pp. 63-64 (7 mars 1984, constat de l'utilisation d'armes prohibées; 7 juin 1984, démarche publique au sujet des bombardements de zones civiles); *RICR*, N° 764, mars-avril 1987, p. 220 (appel solennel du 11 février 1987 concernant le bombardement des villes); *Bulletin* du CICR N° 147, avril 1988, p. 4 (10 mars 1988: communiqué protestant contre le bombardement des villes; 23 mars 1988: communiqué condamnant l'emploi d'armes chimiques dans la province de Sulaymaniyah).

Les lignes directrices du CICR continuent comme suit:

2. Réception et transmission de plaintes

Base juridique

Conformément à l'article VI, chiffre 4, des Statuts de la Croix-Rouge internationale, le CICR est habilité à recevoir «toute plainte au sujet de violations alléguées des Conventions humanitaires».

Plainte d'une partie au conflit ou d'une Société nationale d'une partie au conflit

Le CICR ne transmettra à une partie au conflit (ou à sa Société nationale de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge) les plaintes émanant d'une autre partie au conflit (ou de sa Société nationale) que s'il n'existe aucune autre voie d'acheminement et, par conséquent, qu'un intermédiaire neutre est nécessaire entre elles.

Plaintes de tiers

Les plaintes émanant de tiers (gouvernements, Sociétés nationales, organisations gouvernementales ou non gouvernementales, particuliers) ne seront pas transmises.

Si le sujet de la plainte a déjà fait l'objet d'une démarche de sa part, le CICR en informera le plaignant dans la mesure du possible. Si aucune démarche n'a été faite, il pourra tenir compte du sujet de cette plainte dans ses propres démarches ultérieures, à condition que la violation ait été constatée par ses délégués ou soit de notoriété publique et pour autant que l'intérêt des victimes le commande.

Les auteurs de telles plaintes pourront être invités à s'adresser directement aux parties au conflit.

Publicité donnée aux plaintes reçues

En règle générale, le CICR ne rend pas publiques les plaintes reçues. Il pourra confirmer publiquement la réception d'une plainte si elle concerne des événements de notoriété publique et, s'il le juge utile, rappeler sa doctrine en la matière.

3. Demandes d'enquête

Le CICR ne peut prêter son concours à une procédure d'enquête qu'en vertu soit d'un mandat qui lui serait confié d'avance par une convention, soit d'un accord *ad hoc* de toutes les parties intéressées. Il ne se constitue cependant jamais lui-même en commission d'enquête. Il se borne à choisir, en dehors de son sein, des personnes qualifiées pour faire partie d'une telle commission.

Le CICR ne prêtera pas son concours, par ailleurs, si la procédure d'enquête ne fournit pas toutes les garanties d'impartialité et ne donne pas aux parties les moyens de faire valoir leur thèse. Il doit également recevoir l'assurance qu'aucune communication au public, relative à une demande d'enquête ou à l'enquête elle-même, ne sera faite sans son assentiment.

Le CICR ne participera en principe à la constitution d'une commission d'enquête, dans les conditions indiquées ci-dessus, que si cette enquête porte sur des infractions aux Conventions de Genève ou à leurs Protocoles additionnels. Il n'y participera en aucun cas si cela risque de rendre plus difficiles, sinon impossibles, ses activités traditionnelles en faveur des victimes des conflits armés ou de compromettre sa réputation d'impartialité et de neutralité.

4. Demandes de constater des violations

Si le CICR est invité à aller constater le résultat d'une violation du droit international humanitaire, il n'y donnera suite que s'il estime que la présence de ses délégués sur les lieux facilitera l'accomplissement de ses tâches humanitaires, notamment s'il est nécessaire d'évaluer les besoins des victimes en vue de leur apporter assistance. En outre, il n'acceptera d'envoyer une délégation sur les lieux que s'il a reçu la garantie que sa présence ne sera pas exploitée politiquement.»

Ces lignes directrices ne s'appliquent pas aux violations du droit international ou des principes humanitaires qui sont commises à l'encontre des détenus que le CICR doit visiter en vertu du mandat qui lui incombe en cas de troubles intérieurs ou de tensions internes dans un Etat donné. Le CICR ne déployant ce type d'activités que dans le cadre d'accords conclus spécialement à cet effet avec les gouvernements, son action est guidée, dans de telles situations, par des lignes directrices spécifiques.

Cf. «Activités de protection et d'assistance du CICR dans des situations non couvertes par le droit international humanitaire», *RICR*, N° 769, janvier-février 1988, pp. 9-38.

12. Convention (européenne) contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Strasbourg, 26 novembre 1987, *International Legal Materials*, septembre 1988, vol. 27, pp. 1152 et suiv., entrée en vigueur le 1^{er} février 1989.

13. Article 90, par. 1, alinéa b) et par. 2, alinéa a).

14. Il convient de noter que, sage décision, le Protocole I n'attribue pas de rôle spécifique au CICR, ni lors de la création, ni dans le cadre de l'action de la Commission d'établissement des faits. Le CICR pourrait certainement témoigner devant une Chambre; cependant, comme toutes les autres preuves, son témoignage serait porté à la connaissance de l'une et l'autre des Parties (Article 90, paragraphe 4, alinéa b)) Si le CICR était amené à être impliqué dans une action d'établissement des faits, il ne serait pas en mesure de s'acquitter de ses tâches traditionnelles (Cf. note N° 11). Comment croire que les gouvernements accorderaient au CICR le droit de visiter les camps de prisonniers de guerre si, en même temps, le CICR effectuait des enquêtes d'établissement des faits et si, ultérieurement, les délégués du CICR témoignaient devant une Chambre sans que le gouvernement en question leur en ait donné l'autorisation!

15. Cette procédure suit l'exemple fourni par l'article 30 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (999 U.N.T.S. 171) pour l'élection des membres du Comité des droits de l'homme.

16. Du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969 (660 U.N.T.S. 195, U.S. Sen. Ex.C., 95th Cong., 2nd Sess., *International Legal Materials*, mars 1966, vol. 5, pp. 352 et suiv.

17. Article 90, paragraphe 1, alinéas b) et c).

18. Article 90, paragraphe 1, alinéa e).

19. Un commentateur suggère que le Président de la Commission soit nommé lors de la réunion des Etats parties. (Cf. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.23, p. 546). Le même commentateur propose en outre que «le représentant du dépositaire préside la Commission en attendant que les règles concernant la présidence de la Commission soient établies».

20. Cf. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.23, p. 546. Aux termes de l'article 90, paragraphe 6, le règlement de la Commission «prévoira que les fonctions du Président de la Commission seront exercées en tout temps et que, en cas d'enquête, elles seront exercées par une personne qui ne soit pas ressortissante d'une des Parties au conflit.» Le règlement interne devra donc prévoir la nomination d'un Président *pro tempore* lorsque le Président élu doit, pour cette raison, renoncer à exercer sa fonction.

21. T.M. Franck et H.S. Fairley, «Procedural Due Process in Human Rights Fact-Finding by International Agencies», *American Journal of International Law*, avril 1980, pp. 308, 311.

22. *Ibid.*, pp. 344-45.

23. Sandoz, Swinarski, Zimmermann (éditeurs), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, par. 3620, p. 1069 (ci-après *Commentaire des Protocoles*).

24. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par.2.15, p.544.

25. Aux termes de cet article commun:

«*A la demande d'une Partie au conflit, une enquête devra être ouverte, selon le mode à fixer entre les Parties intéressées, au sujet de toute violation alléguée de la Convention. Si un accord sur la procédure d'enquête n'est pas réalisé, les Parties s'entendront pour choisir un arbitre, qui décidera de la procédure à suivre. Une fois la violation constatée, les Parties au conflit y mettront fin et la réprimeront le plus rapidement possible.*»

L'article 90, par. 2, alinéa e), étend cette procédure à toutes les violations du Protocole I. Malheureusement, cette procédure d'enquête ne peut pas être mise en œuvre si l'une des Parties ne souhaite pas que l'enquête ait lieu. Il n'est donc pas surprenant qu'aucune enquête n'ait, à ce jour, eu lieu selon la procédure prévue dans les Conventions de 1949. Ces lacunes ont conduit les Etats à souhaiter une procédure plus contraignante. Voir ci-dessus à ce sujet la note N° 3, ainsi que le *Commentaire des Protocoles*, pars. 3628-3629, p. 1072; M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, pars. 2.16, p. 544; J. Pictet, *Commentaire des Conventions de Genève*, Genève, CICR, 1952, vol. I, pp. 420-427; H. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 878-879.

26. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.14, p. 544. Au nombre de ces violations pourraient figurer les violations d'une grande partie du droit de la guerre sur mer.

27. Alors que toute violation du droit des conflits armés est un crime de guerre, certains crimes sont définis comme étant des «infractions graves» au sens de l'article commun 50/51/130/147 lorsqu'ils sont commis à l'encontre de personnes ou de biens protégés par les Conventions. Parmi ces crimes figurent:

a) *l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains des personnes protégées,*

b) *le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé des personnes protégées,*

c) *la prise d'otages et la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire,*

d) *la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale d'une personne protégée,*

e) *le fait de contraindre un prisonnier de guerre, ou toute autre personne protégée, à servir dans les forces armées d'une Puissance ennemie, ainsi que*

f) le fait de priver un prisonnier de guerre, ou toute autre personne protégée, de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions des Conventions de Genève.

28. Les articles 11, par. 4 et 85, pars. 2-4 codifient de manière bien plus détaillée les deux catégories distinctes d'infractions graves. La première catégorie est constituée par des actes commis au cours des combats et par des expériences médicales. Ainsi se trouvent fixés, pour la première fois, des critères cohérents permettant de juger de tels actes. Une infraction, pour appartenir à cette catégorie, doit être à la fois commise intentionnellement et entraîner la mort ou causer des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé (article 85, par. 3).

Au sens du Protocole, les actes suivants constituent des infractions graves:

- a) soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque,*
- b) lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57, par. 2 a) iii,*
- c) lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57, par. 2 a) iii,*
- d) soumettre à une attaque des localités non défendues et des zones démilitarisées,*
- e) soumettre une personne à une attaque en la sachant hors de combat,*
- f) utiliser perfidement, en violation de l'article 37, le signe distinctif de la croix rouge, du croissant rouge ou d'autres signes protecteurs reconnus par les Conventions ou par le présent Protocole,*
- g) les mutilations physiques,*
- h) les expériences médicales ou scientifiques,*
- i) les prélèvements de tissus ou d'organes pour des transplantations, sauf si ces actes sont justifiés par l'état de santé de la personne ou compatibles avec les normes médicales généralement reconnues, ou conformes aux conditions prescrites par les Conventions.*

- 1) Il ne peut être dérogé à l'interdiction visée au point i) que lorsqu'il s'agit de dons de sang en vue de transfusion ou de peau destinée à des greffes, à la condition que ces dons soient volontaires et ne résultent pas de mesures de coercition ou de persuasion et qu'ils soient destinés à des fins thérapeutiques, dans des conditions compatibles avec les normes médicales généralement reconnues et avec les contrôles effectués dans l'intérêt tant du donneur que du receveur.*
- 2) Tout acte ou omission volontaire qui met gravement en danger la santé ou l'intégrité physiques ou mentales de toute personne au pouvoir d'une Partie autre que celle dont elle dépend et qui, soit contrevient à l'une des interdictions énoncées ci-dessus, soit ne respecte pas les conditions prescrites, constitue une infraction grave au présent Protocole.*

La deuxième catégorie d'infractions graves, au sens du Protocole I, se trouve définie à l'article 85, par. 4. Pour constituer des infractions graves, il suffit que les actes suivants soient commis intentionnellement:

«a) le transfert par la Puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire, en violation de l'article 49 de la IV^e Convention,

b) tout retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre ou des civils,

c) les pratiques de l'apartheid et les autres pratiques inhumaines et dégradantes, fondées sur la discrimination raciale, qui donnent lieu à des outrages à la dignité personnelle,

d) le fait de diriger des attaques contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux de culte clairement reconnus qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et auxquels une protection spéciale a été accordée en vertu d'un arrangement particulier, par exemple dans le cadre d'une organisation internationale compétente, provoquant ainsi leur destruction sur une grande échelle, alors qu'il n'existe aucune preuve de violation par la Partie adverse de l'article 53, alinéa b), et que les monuments historiques, œuvres d'art et lieux de culte en question ne sont pas situés à proximité immédiate d'objectifs militaires,

e) le fait de priver une personne protégée par les Conventions ou visée au paragraphe 2 du présent article de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement.

Voir aussi H. Levie, *The Code of International Armed Conflict*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 857-871, et H.S. Burgos, «La prise d'otages en droit international humanitaire», *RICR*, N° 777, mai-juin 1989, p. 208.

29. *Commentaire des Protocoles*, par. 3591, p. 1057.

30. *Commentaire des Protocoles*, par. 3592, p. 1057. Il convient de noter que le sens donné à ce terme à l'article 89 n'est pas explicitement indiqué. Il avait remplacé «infractions graves» dans un projet d'article dont le but était d'imposer des limites aux représailles faisant suite à des infractions graves, mais ce projet a été rejeté en Commission. Voir H. Levie, *Protection of War Victims*, vol. 4, pp. 333-371. Voir aussi *Commentaire des Protocoles*, par. 3621, pp. 1069-1070, note N° 34.

31. Article 90, par.2, alinéa c), chiffre (ii).

32. *Commentaire des Protocoles*, par. 3625, p. 1070.

33. *Commentaire des Protocoles*, par. 3624, p. 1070.

34. Cf. *Commentaire des Protocoles*, par. 3624, p. 1070.

35. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.12, p. 543.

36. *Ibid.*, par. 2.13, pp. 543-544.

37. *Commentaire des Protocoles*, par. 3626, p. 1071. Le fait de présenter une telle demande paraît constituer une action appropriée si l'on considère qu'aux termes de l'article 1 commun aux quatre Conventions, tous les Etats ont le devoir de faire respecter les Conventions «en toutes circonstances».

38. Article 90, par. 3, alinéa a), chiffre (i).

39. *Ibid.*

40. *Commentaire des Protocoles*, par. 3631, p. 1072 et note N° 41 (Philippe Bretton).

41. Article 90, par. 3, alinéa a), chiffre (ii).

42. *Commentaire des Protocoles*, par. 3632, p. 1073; M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.18, p. 545.

43. Au contraire, les membres du Comité des droits de l'homme et de la Commission de consultation *ad hoc*, instituée en application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, jouissent, conformément à l'article 43 du Pacte, des mêmes avantages, privilèges et immunités que les experts envoyés en mission par les Nations Unies, tels qu'énoncés dans les sections pertinentes de la Convention sur les Privilèges et Immunités des Nations Unies, New York, 13 février 1946, 21 U.S.T. 1418, T.I.A.S. N° 6900, 1 U.N.T.S. 16.

44. Article 90, par. 3, alinéa b).

45. *Commentaire des Protocoles*, par. 3633, p. 1073.

46. *Ibid.*
47. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.17, p. 545.
48. On peut supposer qu'un accord spécial pourrait exclure le droit de mener l'enquête sur place. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.20, p. 545.
49. *Ibid.*, par. 2.19, p. 545.
50. En effet, l'article 90, par. 6, prévoit que la Commission établira ses propres règles, y compris les règles concernant la présidence de la Commission et la présidence de la Chambre. L'article 90, par. 6, exige effectivement que les règles prévoient que la fonction de Président de la Chambre soit occupée par une personne qui ne soit pas ressortissante d'un Etat partie au conflit, et non simplement Partie à l'enquête.
51. Voir, par ex., Model Rules of Procedure for United Nations Bodies dealing with violations of human rights (UN Doc.E/CN.4/1134, 1^{er} février 1974), Draft Model Rules of Procedure suggested by the Secretary-General of the United Nations for *Ad Hoc* bodies of the United Nations entrusted with studies of particular situations alleged to reveal a consistent pattern of violation of human rights (UN Doc.E/CN.4/1021/Rev.1), Model rules of procedure of United Nations bodies dealing with violations of human rights (ECOSOC res. 1870 (LVI), et Belgrade Minimal rules of procedure for international human rights fact-finding missions (*American Journal of International Law*, janvier 1981, vol. 75, pp. 163-165), adoptées lors de la 59^e Conférence of the International Law Association, Belgrade, 23 août 1980. Tous ces textes se trouvent en annexes à l'ouvrage intitulé *International Law and Fact-Finding in the Field of Human Rights*, The Hague/Boston, Nijhoff, Kluwer, B.G. Ramcharan ed., 1982. Un autre ensemble de règles de procédures sont également citées à titre d'exemple dans l'ouvrage de Franck et Fairley (voir note N° 21). Voir aussi D. Weisbrodt et J. McCarthy, «Fact-Finding by International Nongovernmental Human Rights Organizations», *Virginia Journal of International Law*, automne 1981, vol. 22, p. 1.
52. Article 90, par. 5, alinéas a) et b).
53. Article 90, par. 5, alinéa a).
54. *Commentaire des Protocoles*, par. 3638, p. 1075.
55. Article 90, par. 1, alinéa f).
56. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.11, p. 543.
57. L'article 42, par. 10, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (999 U.N.T.S. 171, U.S. Sen. Ex. C, 95th Cong. 2nd Sess.) dispose que le Secrétaire général des Nations Unies est habilité à avancer les fonds nécessaires pour couvrir les frais de la Commission de conciliation.
58. Un commentateur ne mentionne que les contributions volontaires des Etats parties. M. Bothe, K.J. Partsch et W.A. Solf, *op. cit.*, par. 2.24, p. 546. Le *Commentaire des Protocoles*, ainsi que les propositions originales, sont muets sur ce point (par. 3641, p. 1076).
59. Bothe, Partsch et Solf critiquent la solution, la jugeant «hautement contre-productive», du fait qu'elle «risque d'empêcher un Etat partie de saisir la Commission». *op. cit.*, par. 2.25, p. 546.
60. Article 90, par. 7.
61. F. Kalshoven, *Constraints on the Waging of War*, CICR, 1987, p. 131.