

Les sanctions des violations du droit international humanitaire : problématique de la répartition des compétences entre autorités nationales et entre autorités nationales et internationales

Xavier Philippe*

Xavier Philippe est professeur de droit public à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

Le débat relatif à l'effectivité des sanctions en droit international humanitaire conduit naturellement à s'interroger sur l'incidence de l'exercice des compétences par les institutions conventionnellement chargées de cette mission. Cette contribution se propose de présenter et recenser un certain nombre de difficultés et de problèmes rencontrés en matière d'effectivité des sanctions en cas de violation grave du droit international humanitaire liés à l'exercice de la compétence par les organes chargés de cette mission¹.

L'ineffectivité globalement ressentie des sanctions des violations graves du droit international humanitaire repose sur une combinaison de facteurs multiples dont l'un – majeur - réside dans l'incapacité des organes de contrôle à exercer leur mission. En clair, les juridictions ou institutions de contrôle ne *peuvent* ou ne *veulent* remplir leur mission et sanctionner ces violations. Les sanctions sont rares si on les compare au nombre de violations, et lorsqu'elles sont prononcées apparaissent généralement clémentes envers leurs auteurs. Cet écart entre les mécanismes mis en exergue par les textes et la réalité constitue l'un des points critiques du droit international humanitaire puisqu'il conduit à ne pas sanctionner la violation d'obligations juridiques. Ce sentiment d'ineffectivité (qui constitue d'ailleurs plus qu'un sentiment !) affecte l'image du droit international humanitaire et sa capacité à régir les situations de protection auxquels il est destiné.

Les Conventions de Genève, ainsi que leurs protocoles additionnels, comportent des obligations claires et précises à destination des États parties. Ces obligations sont d'ailleurs renforcées par les règles générales du droit international public, mais également - et ceci est

* La version anglaise de ce texte a été modifiée et publiée sous le titre «Sanctions for violations of international humanitarian law: the problem of the division of competences between national authorities and between national and international authorities», *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 870, pp 359-370.

¹ Les idées et propositions qui suivent sont davantage des pistes de réflexion que des solutions avérées. Elles s'inspirent de réflexions collectives et personnelles. Elles n'engagent en rien le CICR.

un peu trop souvent oublié - par les règles du droit public interne dont l'efficacité et la mise en œuvre sont souvent plus probantes. On peut résumer la situation de la façon suivante.

Les violations du droit international humanitaire relèvent de la responsabilité de l'État : il lui incombe de poursuivre et de sanctionner ces violations². Les États tiers peuvent également (et normalement devraient même s'ils ne le font que rarement) poursuivre ces violations si elles constituent des violations graves du droit international humanitaire (qu'il s'agisse d'*infractions graves aux Conventions de Genève*, de *violations graves issues d'autres textes* et constitutives de crimes de guerre, voire de la *violation grave de règles coutumières* également constitutives de crimes de guerre). Cette obligation est (ou devrait être) une conséquence directe de l'obligation découlant du *principe de compétence universelle* en matière de crimes internationaux... Faute de mise en œuvre, la société internationale a sporadiquement tenté de créer des mécanismes de sanction qui se sont soldés par la création de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ou de tribunaux mixtes, afin de répondre aux déficiences des mécanismes classiques. La création d'une Cour pénale internationale permanente illustre la naissance d'une volonté politique nouvelle, mais ne pourra à elle seule résoudre tous les problèmes si la majorité des poursuites n'est pas engagée par les États parties.

La démarche poursuivie dans cette contribution s'appuie sur une série de constatations et d'interrogations.

Les constatations sont issues de la mise en œuvre des obligations conventionnelles. Les conventions de Genève de 1949 imposent aux États de mettre en œuvre, dans leurs systèmes pénaux nationaux, des mécanismes de sanctions en cas de violation grave du droit international humanitaire. Si de nombreux États ont inséré des dispositions prévoyant de telles sanctions dans leur législation, et notamment dans leur code pénal, il leur revient de décider par qui et comment ces mesures seront prises. Or, l'uniformité est loin d'être de mise en la matière et révèle différentes strates de compétence. Une première strate est représentée par les « *sanctions administratives* » qui peuvent être prononcées par le supérieur hiérarchique. Ces sanctions sont généralement indépendantes des autres types de sanctions, mais peuvent recéler des points communs. Une seconde strate est représentée par les *sanctions pénales classiques* confiées soit à un juge spécifique (juridictions militaires), soit à un juge ordinaire (juge pénal) : la clef de répartition des compétences peut être très différente d'un État à l'autre et

² Ainsi que de les réparer, mais il s'agit là d'un autre débat, à moins de considérer –ce qui devrait au moins être soumis à débat- que la réparation puisse constituer également une forme de sanction.

reposer soit sur le statut de l'auteur, soit sur le moment de commission de l'infraction, soit sur d'autres critères tels que la qualité de la victime, la nature de l'opération visée, etc...

A côté de cette organisation de la répartition des compétences relatives aux sanctions des violations du droit humanitaire, dont la mise en œuvre ou/et l'effectivité peuvent laisser à désirer, on relèvera une tendance récente conduisant des acteurs naturels - ou un peu moins naturels mais préexistants - à jouer un rôle qu'ils n'avaient pas prévu de jouer originairement ou qu'ils ne devaient jouer que de façon complémentaire ou subsidiaire... Ce sont des organes nationaux ou supranationaux, dont le rôle consiste avant tout à dénoncer, voire à sanctionner des comportements constitutifs de violations des droits fondamentaux. La question des sanctions dépasse les seules sanctions pénales³ et les seules violations du droit international humanitaire impliquant une pluralité d'acteurs qui se sont « révélés » capables de sanctionner, au cours des dernières années, des comportements qui constituaient aussi (et même parfois avant tout) des violations du droit humanitaire... Cette situation a eu pour effet de brouiller les cartes, car les solutions ne se trouvent pas toujours là où on les attendait... !

Enfin, le débat s'est enrichi d'institutions et de solutions *sui generis* qui sont apparues initialement iconoclastes et incompatibles avec les principes directeurs et les règles du droit international humanitaire et du droit international pénal, mais qui sont aujourd'hui devenues incontournables : ce sont les sanctions non pénales et la création d'organes non juridictionnels ou para-juridictionnels pour « inventer » des solutions destinées autant à reconstruire la société qu'à satisfaire les victimes, mais également qu'à ne pas laisser impunies certaines violations graves du droit international humanitaire.

Trois points peuvent donc être examinés : la *répartition organisée des compétences* à l'intérieur de l'État chargé de sanctionner les violations graves du droit international humanitaire ; l'appropriation spontanée de compétences par les organes chargés de contrôler le respect des droits de l'Homme ; la création d'organes *sui generis* chargés de traiter et, au besoin, de sanctionner les violations graves du droit humanitaire.

La répartition organisée des compétences à l'intérieur de l'État pour violation grave du droit international humanitaire

³ On soulignera ici, dès à présent, que les sanctions pénales nationales ne sont pas –loin s'en faut – uniquement composées de peines privatives de liberté.

La sanction des violations graves du droit international humanitaire n'est pas – loin s'en faut – laissée de côté tant par le droit international humanitaire⁴ que par le droit pénal (qu'il soit national ou international). Les obligations sont d'une quadruple nature.

La première réside dans l'obligation d'adopter des mesures pénales pour sanctionner les personnes ayant commis des violations graves du droit international humanitaire ; il s'agit d'une mesure positive ou d'une obligation de faire, dont le non-respect est (théoriquement) susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État. La deuxième obligation impose aux États de rechercher et de juger ou de faire juger les personnes ayant commis des infractions graves au droit international humanitaire. La troisième obligation impose de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les violations graves du droit international humanitaire, si celles-ci subsistent encore : si la violation est continue, elle impose à l'État de prendre des mesures. Enfin, la quatrième obligation impose à l'État de respecter et de faire respecter les droits de la défense et les garanties du procès équitable.

Toutes les possibilités sont ainsi offertes à l'État pour qu'il remplisse ses obligations en la matière. Le droit international humanitaire habilite à cet égard l'État à exercer ses compétences en droit interne, mais de la façon dont il l'entend. Chaque État doit rester maître de ses procédures et de ses incriminations, pour autant qu'il satisfasse aux obligations auxquelles il a consenti. Les obligations ne portent pas toutes sur la répartition des compétences. Certaines sont liées à la substance des infractions et à la nature de la sanction. D'autres concernent en revanche l'obligation de juger ou de faire juger les responsables. Ce sont ces dernières qui constituent le cœur de la répartition des compétences, mais également son défi majeur.

Plusieurs observations peuvent être formulées face à cette multiplicité de situations.

En premier lieu, cette question relève davantage du droit interne que du droit international. La variété des possibilités est telle qu'elle donne à chaque État le choix quant aux méthodes et aux moyens de la sanction. En conséquence, la question du choix de la juridiction, de sa composition, de ses règles de procédure est laissée à la discrétion de l'État, pourvu qu'il respecte les règles prescrites par le droit international humanitaire. La question de savoir s'il doit s'agir d'une juridiction ordinaire ou extraordinaire (ce qui ne signifie pas juridiction d'exception) est une décision qui peut recevoir toutes sortes de réponses. Ceci peut être perturbant dans la compréhension du processus, car l'analyse de la mise en œuvre de

⁴ Voir : Conventions de Genève (CG) 1, article 49; CG 2, article 50; CG III, article 129; CG IV, article 146.

cette obligation suppose une bonne connaissance de chaque système juridique national, ce qui est assez difficilement réalisable.

En deuxième lieu, les textes du droit international humanitaire concentrent leurs obligations sur les violations graves du droit international humanitaire (ou plus exactement sur les infractions graves aux Conventions de Genève). Cette formulation n'exclut pas les autres violations (qui relèveront le plus souvent du droit commun) mais intègre – semble-t-il – systématiquement leur dimension pénale. Il y a peut être là un aspect qui mériterait discussion. Si de nombreux acteurs et experts en droit humanitaire et des situations post-confliktuelles s'accordent aujourd'hui pour reconnaître que les sanctions ne doivent pas être perçues uniquement à travers le volet pénal, le droit international humanitaire se concentre en revanche sur les sanctions pénales. Ceci peut offrir une perception déformée des sanctions, dans la mesure où certains organes – notamment disciplinaires – peuvent prendre des sanctions qui n'entreront pas en ligne de compte dans la perspective pure du droit humanitaire, mais qui peuvent s'avérer plus efficaces et moins hypothétiques que les sanctions pénales.

En troisième lieu, le droit international humanitaire ne comporte de prescriptions qu'à l'égard des caractères que doit revêtir la juridiction et aux règles générales de procédure applicable. Le droit international humanitaire n'impose pas aux États de choisir entre juridictions civiles et juridictions militaires. Il ne donne pas non plus de clé de répartition à respecter lorsque les deux types de juridictions existent. La multiplicité des situations internes rend impossible une présentation exhaustive des possibilités de clés de répartition des compétences dans les ordres juridiques nationaux. Il est cependant possible de tracer les lignes directrices des grands modèles de cette répartition, tout en gardant à l'esprit que cet exercice possède un caractère essentiellement pédagogique. Trois grands cas de figure peuvent se présenter.

Le premier – le plus simple – consiste à confier aux juridictions ordinaires de l'ordre judiciaire le soin de traiter de ces violations. Ce système est simple, mais présente un double inconvénient : les juridictions ne sont généralement pas adaptées au traitement massif de ce genre de violations ; les juges ne sont pas spécifiquement formés pour traiter des spécificités des violations graves du droit international humanitaire. De surcroît, en cas de conflit armé, il n'est pas certain que ces juridictions ordinaires soient en mesure de fonctionner durant les hostilités.

Deuxième cas de figure possible : la création de juridictions spécialisées en matière de violations graves du droit international humanitaire. Cette solution fait coexister les

juridictions ordinaires avec les juridictions spéciales. Ici, toute une gamme de solutions s'offre à l'État, mais peuvent présenter des différences profondes. La question majeure consiste à savoir quels sont les critères de compétence de la juridiction chargée des violations graves du droit international humanitaire : s'agit-il d'une juridiction de type militaire qui définit sa compétence en fonction de la qualité de l'auteur de la violation (dans ce cas, les civils en seront exclus) ; s'agit-il d'une juridiction permanente ou d'une juridiction temporaire ? S'agit-il d'une juridiction qui définit sa zone de compétence territorialement et temporellement (et donc juge toute personne qui aurait commis de telles violations durant le conflit et sur tout ou partie du territoire de l'État). On perçoit ici toutes les gammes et nuances de solutions qui peuvent exister. Bien évidemment, dans ce cas de figure se pose la question de la répartition des compétences entre juridictions civiles et juridictions militaires. Elle relève du choix de l'État. Cependant, il faut prendre garde de ne pas se laisser abuser par les mots en l'absence de connaissance du contexte. La défiance ou la méfiance classique envers les juridictions militaires n'est pas nécessairement de mise si les « garanties juridictionnelles du procès » existent. Dans l'hypothèse de juridictions spéciales, il faudrait dresser une liste des « standards minimaux » qu'elles devraient respecter, pour les considérer comme un « ordre de juridiction » *fiable* qui permette de dresser une représentation adéquate de la répartition des compétences. Les juridictions spéciales ou spécialisées sont tentantes pour l'État, mais ne doivent pas se transformer en « tribunaux d'exception » qui, soit condamnent sans discernement, soit acquittent systématiquement les auteurs de violations graves du droit international humanitaire.

Troisième cas de figure : il existe déjà dans l'État considéré une pluralité d'ordres de juridictions (juridictions judiciaires (pénales) et juridictions administratives) qui se partagent la sanction des violations graves du droit international humanitaire. Tel est notamment le cas lorsque les sanctions pénales et les sanctions disciplinaires sont indépendantes les unes des autres. Dans une telle hypothèse, le risque de chevauchement des compétences ou d'une différence de traitement dans l'appréciation de la violation et de la sanction risque d'être problématique. Les sanctions disciplinaires sont généralement perçues comme des décisions administratives prises au nom de l'exercice du pouvoir hiérarchique (dans certains cas, elles sont même considérées comme des mesures d'ordre interne insusceptibles de recours) et peuvent donc être indépendantes des sanctions pénales. Ceci influe indubitablement sur la compétence des deux ordres de juridictions et peut avoir des effets induits négatifs (la sanction disciplinaire peut être plus lourde que la sanction pénale et inversement). Il ne faut cependant pas noircir le tableau, car certains États, malgré l'existence de deux ordres de

juridictions (essentiellement les États de droit romano-germanique) établissent des passerelles et prennent en compte la sanction dans sa globalité, malgré l'existence de deux juges (pénal et administratif).

La seule limite commune concerne les garanties juridictionnelles qui doivent être respectées dans tous les cas. S'il apparaît qu'il existe un écart entre les deux types de juridiction, seules celles se conformant aux exigences du droit international humanitaire devraient pouvoir statuer.

En quatrième lieu, le droit international humanitaire ne sollicite les juridictions externes que si celles-ci sont mieux positionnées pour sanctionner les violations graves du droit international humanitaire. La compétence exclusive de l'État n'est donc pas de mise, mais lui donne la priorité dans l'obligation de juger. Il importe donc de rechercher dans quelle mesure l'État est le mieux placé et si ses juridictions sont en mesure de sanctionner de telles violations ?

L'ensemble de ces questions démontre que la répartition des compétences est un sujet sur lequel le droit international humanitaire est relativement silencieux, abordé à travers une analyse finaliste (le respect du droit international humanitaire et sa sanction en cas de violation) et qui influence peu la répartition des compétences au sein de l'État, en matière de sanctions du droit international humanitaire. Cette liberté d'organisation est peut-être l'une des causes de la difficulté de mise en œuvre de la sanction. Ceci n'est guère étonnant, si l'on considère que l'efficacité de la sanction est le résultat d'un processus et non pas la seule détermination d'un « prix à payer » pour une violation grave du droit international humanitaire.

On relèvera un certain nombre de questions destinées à alimenter le débat sur ce point.

En ne fixant qu'une série de règles minimales, le droit international humanitaire n'a-t-il pas laissé une marge d'appréciation trop importante aux États, qui profitent de ce vide pour aménager leur propre système de répartition des compétences en faveur d'un système juridictionnel minimaliste ou, inversement, en écartant volontairement des règles générales le traitement des violations graves du droit international humanitaire ?

Le choix d'un système juridictionnel ordinaire n'est-il pas voué à l'échec, à partir du moment où les juges ne sont pas spécifiquement formés pour faire face aux spécificités des infractions liées au droit international humanitaire (manque de connaissance quant aux spécificités des infractions, manque de pratique quant à la satisfaction des conditions à remplir pour que l'infraction soit constituée...) ?

N'y-t-il pas un paradoxe à organiser la répartition des compétences entre juridictions, sans se soucier de la procédure et des spécificités des violations du droit international humanitaire ?

Comment prendre en compte les autres formes de sanctions (notamment les sanctions administratives ou disciplinaires) qui ne sont qu'indirectement prises en compte par le droit international humanitaire ?

Ces questions ne prétendent pas apporter une réponse unique et définitive au dilemme de la répartition des compétences, mais démontrent qu'elle peut partiellement expliquer le défaut d'efficacité de la sanction.

L'appropriation spontanée de compétences par les organes chargés de contrôler le respect des droits de l'homme

Un autre phénomène s'est développé plus récemment et concerne, non pas l'exercice *a priori* de la compétence originaire, mais la substitution ou, plus exactement, la « *reprise de compétence* » par un organe existant, mais dont la fonction principale n'est pas spécifiquement dédiée aux sanctions des violations du droit international humanitaire. Le constat fait ces dernières années et relevé par plusieurs auteurs⁵ est le suivant : devant l'inefficacité des mécanismes classiques de sanction, les victimes (ou le plus souvent des individus agissant à titre privé ou au sein d'un groupe de défense d'intérêts) ont cherché des voies nouvelles pour obtenir « justice » devant un organe juridictionnel. De nombreux États sont membres d'organisations internationales de défense des droits de l'homme et ont à ce titre intégré dans leur ordre juridique des mécanismes de recours individuels, permettant à leurs nationaux de saisir un juge supranational en cas de litige ou d'insatisfaction. La Cour interaméricaine des Droits de l'Homme et la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont ainsi été à plusieurs reprises sollicitées pour sanctionner des violations des droits de l'homme, qui constituaient également des violations du droit international humanitaire. Les deux juridictions ont cependant adopté une démarche différente en matière de référence au droit international humanitaire. Alors que la Cour interaméricaine s'est référée au droit humanitaire

⁵ Hélène Tigroudja, "La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, p. 128 ; voir également *RGDIP*, 2005/02, p. 481 et s.; Hans-Joachim Heintze, "The European court of human rights and the implementation of human rights standards during armed conflicts", *German Yearbook of International Law*, 2002, p. 64.

pour interpréter les dispositions de la Convention dont elle assure la sauvegarde⁶, la Cour européenne des Droits de l'Homme, tout en sanctionnant des comportements constitutifs de violations graves du droit international humanitaire, a préféré se référer uniquement à la violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme⁷. La question de la référence au droit applicable est cependant, à notre sens, secondaire dans l'exercice de recherche de diversification de la compétence. La question du choix de la norme de référence (droit international humanitaire ou DIDH) reste conditionnée par nombre de facteurs internes et externes qu'il est difficile de tous analyser ici. Il faut en revanche constater qu'une véritable complémentarité (ou concurrence !) est en train de se dessiner entre les différents organes chargés de sanctionner les violations du droit international humanitaire. Cette compétence développée par raccroc peut également engendrer certaines conséquences au regard de l'efficacité de ces mêmes sanctions. Il faut immédiatement souligner que les organes juridictionnels du DIDH n'ont pas été conçus pour répondre aux défis des violations du droit international humanitaire. Si certains résultats appréciables ont pu être obtenus, leur intérêt doit se mesurer dans la durée. Comme pour le point précédent, on relèvera un certain nombre de points importants pour le débat relatif aux sanctions, avant d'évoquer un certain nombre de questions relatives à l'exercice de ces nouvelles compétences.

En premier lieu, l'exercice de la compétence par les juridictions régionales des droits de l'homme revêt un *caractère occasionnel* et se trouve *intégré dans la dimension plus vaste de la protection internationale des droits fondamentaux*. En conséquence, il est difficile de qualifier la situation de véritable compétition entre juridictions, mais plutôt d'un « *mécanisme de substitution* » démontrant, le plus souvent, l'incapacité des systèmes nationaux à prendre des mesures de sanction efficaces et effectives.

En second lieu, la référence au droit humanitaire pour analyser des violations des droits fondamentaux ne se pose pas dans les mêmes termes, selon qu'il s'agisse d'*interprétation des règles conventionnelles* ou de *référence normative* servant de fondement à la sanction. La position de la Cour interaméricaine dans l'affaire de *La Tablada* était beaucoup plus confortable que celle de la Cour européenne, lorsqu'elle a eu à se prononcer sur la violation directe de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Dans ce dernier cas, la Cour européenne des droits de l'homme s'est référé directement à des actes constituant des

⁶ Voir notamment l'affaire de la Tablada Base, voir également à propos des disparus, Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, arrêt du 23 novembre 2004, Las Harmanes Serrano Cruz c. El Salvador, série C, n° 118, paragraphes 111 et suivants.

⁷ Voir notamment Arrêts du 24 février 2005, Affaire *Khasiyev et Akayeva c. Russie* (requête n° 57942 et n° 57945/00), Affaire *Isayeva, Yusupova et Bazayeva c. Russie* (requête n° 57947-49/00), Affaire *Isayeva c. Russie* (requête n° 57950/00).

violations graves du droit humanitaire (*moyens et méthodes de combat à employer, utilisation massive d'armes frappant sans discrimination*) sans les qualifier comme tels, mais en se référant aux articles de la Convention⁸. La comparaison et l'analyse des raisonnements des juridictions sont particulièrement difficiles, compte tenu des enjeux différents. On peut cependant souligner ici que la compétence de ces juridictions, en matière de sanctions des violations du droit international humanitaire, ne se pose pas dans les mêmes termes que ceux rencontrés devant les juridictions nationales ou internationales. Les juridictions chargées de constater les violations des droits de l'homme ne sont pas des juridictions pénales. Elles condamnent les États, mais non les auteurs des violations. La substitution possède donc ses propres limites.

En troisième lieu, la compétence *ratione materiae* de ces juridictions ne les conduit souvent pas à aborder les questions des violations graves et de leurs sanctions dans une perspective répressive ou rétributive, mais *davantage en termes de conformité des comportements aux engagements internationaux des États* (Convention de protection des droits de l'Homme ou des droits fondamentaux). Le rôle des juges est de déterminer si l'obligation conventionnelle a été méconnue dans un cas bien précis et au regard des éléments fournis par les parties. En conséquence, la « sanction » prononcée par ces organes juridictionnels de protection des droits de l'homme ne peut être qu'une satisfaction de voir l'État dénoncé dans son traitement des violations du droit international humanitaire, avec éventuellement le prononcé d'une compensation financière qui représentera, selon les termes consacrés, une « satisfaction équitable ». Il faut, dès lors, se demander si l'exercice d'une compétence en matière de droit international humanitaire par ces juridictions peut influencer, d'une manière ou d'une autre, le comportement des porteurs d'armes.

En quatrième lieu, *ces juridictions ne peuvent pas se substituer à la déficience générale du système*. Elles peuvent certes épauler, inciter, initier certaines voies, mais elles sont *conçues pour des requêtes individuelles et ne peuvent donc pas absorber la masse des violations du droit international humanitaire* lorsque celles-ci ont été commises. Le regret formulé par certains observateurs et commentateurs d'une absence de référence directe au droit international humanitaire se comprend parfaitement : quelle juridiction prendra le risque de sortir de son « champ de compétence », au prétexte qu'elle aurait pu aussi s'inspirer ou appliquer directement les règles du droit international humanitaire ? Le problème n'est peut être pas là. La protection de la substance de la règle est plus importante pour la juridiction que

⁸ Articles 2, 3, 5, 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

la recherche du fondement le plus large. Il n'y a donc *pas de transfert de la compétence* mais une compétence marginale, supplétive dont les ressources sont limitées. Miser sur une substitution de compétence serait une erreur.

En cinquième lieu, il est impossible d'ignorer le *poids politique de telles affaires* et l'obligation qu'ont les juridictions saisies de se montrer irréprochables en termes de raisonnement juridique. L'approximation ne peut être de mise dans ces hypothèses, souvent médiatisées et qui interviennent dans des contextes qui ne sont pas nécessairement pacifiés. Ce « poids politique » du raisonnement juridique influence indiscutablement sur la perception de la compétence matérielle par la juridiction : le choix des normes de référence ne peut se faire à la légère ou correspondre à un exercice de style qui rassemblerait tous les textes existants et protégeant les mêmes droits.

En sixième lieu, se pose clairement la question de la *capacité d'absorption de ces organes juridictionnels de protection des droits de l'homme à traiter des violations graves du droit international humanitaire et de leurs sanctions*. Il s'agit ici d'une limite matérielle extérieure liée à la capacité des juridictions d'accepter un grand nombre de requêtes. Si celle-ci doit faire face à un afflux massif de recours, les risques d'engorgement sont accrus et les chances de voir la juridiction se prononcer dans de bonnes conditions obérées. En d'autres termes, s'il s'agit d'évoquer un nombre d'affaires limitées, ces organes pourront absorber une telle tâche... En revanche, s'il s'agit de traiter de centaines, voire de milliers de cas, la situation risque d'être plus complexe et la solution plus délicate... Ces questions matérielles ne doivent pas être perdues de vue lorsqu'il s'agit d'évaluer l'efficacité de la « récupération de compétences » et, surtout, elles ne doivent pas donner de faux espoirs à d'éventuels requérants, qui croient en une solution miracle et une sanction directe des violations graves du droit international humanitaire. Il ne faut cependant pas sous-estimer la capacité de répétition que de telles juridictions peuvent avoir. Si, malgré le nombre limité d'affaires, les décisions révèlent une certaine constance dans la condamnation des violations, leur effet systématique peut, sur le moyen terme, s'avérer positif, notamment en termes de modifications de la législation existante. A dire vrai, l'intervention de ces juridictions est souvent le résultat d'un aveu d'impuissance des mécanismes traditionnels.

On peut ainsi, à l'instar de la première problématique, soulever un certain nombre de questions relatives à la compétence complémentaire ou supplétive de ces juridictions :

La prise en charge des violations graves du droit international humanitaire par les juridictions chargées de la protection du Droit international des droits de l'homme

constitue t'elle un *progrès* ou une avancée *en termes de sanctions* ou au contraire s'agit il d'une *solution inévitablement limitée*, destinée à jouer un rôle marginal ?

Quel impact réel - en termes de sanctions des violations du droit international humanitaire - ces nouvelles compétences ont-elles ? *Peut-on considérer la dénonciation d'une violation comme une forme de sanction* ? Peut-elle avoir une influence sur les porteurs d'armes ?

La création d'organes *sui generis* chargé de traiter et, au besoin, de sanctionner les violations graves du droit humanitaire

Malgré l'existence de violations graves du droit international humanitaire, un constat d'échec en ce qui concerne leu sanctions est généralement dressé. Les poursuites nationales des violations graves du droit international humanitaire restent marginales, les juridictions pénales internationales ont du mal à accroître leur rythme de jugement et à sanctionner les primo-responsables et les États qui se sont lancés dans une politique proactive d'application du principe de compétence universelle ont souvent dû faire marche arrière, pour des raisons diplomatiques et politiques. Il reste alors une dernière voie explorable : celle consistant à créer, de façon *ad hoc*, une institution chargée de la gestion de ces violations... Il s'agit alors de créer un organe compétent « à la demande » en fonction des possibilités offertes à la fin du conflit ou même durant celui-ci. Plusieurs points peuvent être ici soulignés .

D'une part, les difficultés de mise en œuvre du système de compétences originaires (étatique et supra-étatique) obligent les États responsables de la mise en œuvre du droit international humanitaire (comme de toute obligation internationale qu'ils ont contractée) à *rechercher des solutions autres que « l'inaction » ou « l'amnistie »*. S'il est vrai que ces deux caractéristiques ont longtemps marqué les fins de conflit et une absence de sanction, il existe une tendance - plutôt récente - de la part des États (sous la pression des victimes, des groupes de pression, des autres États, de la communauté internationale) à imaginer une solution de remplacement, lorsque les solutions initiales ne fonctionnent pas. Ces actions peuvent soit prendre la forme de création de *juridictions spéciales* (pour éviter d'employer le mot de juridiction d'exception), soit prendre la forme de *commissions vérité et réconciliation* (parajudiciaires).

D'autre part, la recherche de solutions originales doit se combiner avec un *impératif d'efficacité et de mesurabilité des résultats*. Il ne suffit pas de créer un organe *ad hoc*, encore

faut-il que celui-ci ait les moyens de remplir sa mission et d'offrir, sous une forme ou sous une autre, un volet « sanction ». Il n'est dès lors pas impossible de combiner les institutions existantes (dont les missions sont alors singulièrement réduites en termes de volume d'affaires à traiter et qui doivent se limiter aux cas les plus graves) et les institutions traditionnelles (pour autant qu'elles fonctionnent). Les institutions nouvelles possèdent l'avantage de pouvoir créer leur propre procédure et donc de définir leurs compétences en fonction des besoins rencontrés dans le contexte local.

En troisième lieu, la diversité des attentes et un certain réalisme conduisent souvent à *repenser* « à la baisse » les exigences en termes de sanction. Si personne ne conteste la nécessité d'une sanction adéquate et proportionnée, la décomposition des objectifs et buts de la sanction oblige à examiner la situation en termes concrets à l'égard du triptyque « vérité-réparation-reconstruction ». Dès lors, la sanction n'apparaît plus enfermée dans son carcan exclusivement pénal, mais intègre également les données destinées à apporter au sein de l'État en reconstruction : pacification, réconciliation (au sens d'acceptation de l'autre), restauration de la place de chacun au sein de la société, restauration de l'État de droit et de la confiance dans le système juridique. Cela signifie également que les compétences des organes ad hoc doivent conduire à une approche multidimensionnelle de la sanction qui soit « compatible » avec les exigences du droit international humanitaire. Cette question est certainement l'une des plus délicates à traiter et suscite interrogations et controverses.

En quatrième lieu, le choix des organes *ad hoc*, ne peut se faire sans tenir compte des ressources disponibles et des chances de succès du processus sur le terrain. La création d'un tel organe ne peut être considérée comme une panacée ou un remède miracle. Il est impératif de définir avec précision et rigueur les compétences, procédures et pouvoirs de l'organe *ad hoc* et de cibler ses missions en fonction des facteurs propres à chaque situation post-confliktuelle. Cette approche est susceptible de s'éloigner des standards traditionnels de la sanction, telle qu'elle a été conçue dans le système originaire des conventions de Genève.

Cette remise en cause de la compétence des organes traditionnels ou institués par des organes *ad hoc* amène à soulever certaines questions, quant à la création d'une compétence spécifique à l'égard de tels organes.

Ces organes *ad hoc* peuvent-ils *se voir confier des missions identiques en termes de sanction et de répression des violations graves du droit international humanitaire à ceux institués par les textes* ? Se pose notamment la question de savoir comment gérer les contradictions potentielles entre les caractéristiques de ces institutions et les principes

généraux du droit pénal : non-rétroactivité, proportionnalité de la sanction par rapport aux faits reprochés.

La *définition de la compétence* au profit d'un organe *ad hoc* peut-elle *se faire au profit d'une gamme de sanctions élargie* incluant par exemple la responsabilité pécuniaire ou morale des auteurs ? Peut-elle inclure l'absence de sanction pénale et consacrer une certaine forme d'immunité de poursuites ?

Comment articuler précisément la répartition des compétences entre organes juridictionnels traditionnels (juridictions pénales) et organes transitionnels (commissions vérité et réconciliation) ? Quelle ligne de partage faut-il définir et qui en décidera ? Quels sont les critères de sélection de l'organe compétent ?

Faut-il intégrer les organes traditionnels (c'est-à-dire les structures coutumières) dans ce schéma de sanction et de reconstruction en leur reconnaissant des compétences nouvelles ? A quelles conditions ? Peut-on évaluer les risques d'une telle formule (par exemple au travers de la *Gacaca* au Rwanda et de ses dérivés) ?

Quel est le statut de ces institutions au regard du droit international général et du droit international humanitaire ? Leur compétence est-elle compatible – et dans l'affirmative comment ? – avec les exigences de lutte contre l'impunité, de poursuites des auteurs de crimes internationaux ? En d'autres termes, ces institutions ne créent-elles pas un *no man's land* en matière de rationalité des sanctions des violations graves du droit international humanitaire ? Ne constituent-elles pas une solution confortable pour le présent mais qui hypothèque l'avenir, surtout si elles se soldent par des échecs ?

La répartition des compétences, malgré son caractère essentiellement technique et ses multiples variantes, ne peut plus être considérée comme un sujet secondaire lorsque l'on cherche à appréhender les difficultés liées à l'efficacité de la sanction en droit international humanitaire. Elle constitue un élément important du processus permettant de conduire au prononcé de sanctions. Faute d'une réflexion spécifique, ce sujet est délaissé. Il est absolument nécessaire de lui redonner toute sa place, si l'on souhaite mener une réflexion d'ensemble sur la sanction.