

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE PROCESSUS DE CONSTRUCTION DE NORMES INTERNATIONALES
POUR LA RECONNAISSANCE DU DROIT À UN RECOURS ET À RÉPARATION
DES VICTIMES DE VIOLATIONS FLAGRANTES DU DROIT INTERNATIONAL DES
DROITS DE L'HOMME ET DE VIOLATIONS GRAVES
DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN SCIENCE POLITIQUE

PAR
JOANNE PONTBRIAND

FÉVRIER 2010

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 -Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article **11** du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à mes deux directeurs de recherche, les professeurs Alex Macleod du département de science politique et Anne Saris du département des sciences juridiques. Leur savoir et leurs conseils furent précieux dans cette démarche qui s'est avérée quelques fois périlleuse considérant la co-habitation de deux domaines réputés complémentaires mais comportant des impératifs parfois fort différents. Je remercie également Gaëlle Breton-Le Goff des sciences juridiques pour sa disponibilité.

La rédaction d'un mémoire est un parcours parsemé de défis et par moment de traversées du désert. Je tiens à remercier le Service de la bibliothèque de l'UQÀM pour son support dans ma recherche de documentation reliée aux instruments du droit international public. Je remercie particulièrement Jean St-Amant et Lucie Robelo pour leur aide et leur patience.

Je tiens également à remercier le professeur Bruce Broomhall qui m'a insufflé le goût du droit international public et du droit pénal international mais au-delà de ceux-ci celui de la justice internationale. De même, une reconnaissance particulière est dirigée vers Jelena Pejic pour son intégrité, son dévouement et sa passion pour la défense des droits humains.

J'aimerais également remercier Sophie Rondeau et Émilie Giroux-Gareau pour leur générosité, leur encouragement et leur inspiration.

Finalement, un remerciement spécial est dédié à Edith Baron-Lafrenière, Lise Cadieux et David Massé pour la relecture de ce mémoire.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES.....	v
RÉSUMÉ.....	vi
INTRODUCTION.....	1
La notion de norme en théorie des relations internationales.....	7
La norme chez les néo-libéraux.....	7
La norme chez les constructivistes.....	8
Cadre théorique.....	11
Méthodologie.....	18
CHAPITRE I	
LE CONSTRUCTIVISME AXÉ SUR LA NORME.....	20
1.1 L'approche constructivisme.....	21
1.2 La norme dans le constructivisme.....	24
1.3 Le cadre théorique et les travaux de la Commission des droits de l'homme.....	26
1.4 L'identité comme facteur de résistance à la norme.....	33
CHAPITRE II	
DISPOSITIONS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC EN MATIÈRE DE RÉPARATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT HUMANITAIRE.....	37
2.1 Les fondements juridiques du droit à la réparation.....	38
2.2 La différence entre le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire.....	43
2.3 Les mécanismes de recours existant dans les deux domaines de droit.....	48
2.3.1 La problématique spécifique aux recours en droit international humanitaire.....	51

CHAPITRE III	
L'INSTAURATION D'UNE RÉFLEXION APPROFONDIE EN MATIÈRE DE RÉPARATION DES VICTIMES.....	55
3.1 La particularité du crime contre l'humanité et les besoins spécifiques s'y rattachant.....	56
3.2 Le sens élargi accordé à la réparation des victimes.....	62
3.2.1 La définition de victime.....	63
3.2.2 Les composantes de la réparation.....	67
3.3 L'historique des travaux de la Commission des droits de l'homme.....	71
3.3.1 Le sommaire du contenu des <i>principes fondamentaux et directives</i>	74
 CHAPITRE IV	
L'ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE NORME : LES TRAVAUX DE LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME CONCERNANT LES PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DIRECTIVES.....	81
4.1 La dynamique relationnelle entre les États, les Organisations intergouvernementales et les ONG: les actes de langage.....	82
4.2 Le rôle des Organisations intergouvernementales et des ONG.....	95
4.3 L'impact juridique de l'intégration du droit international humanitaire dans la résolution 60/147 versus l'impact politique : <i>la soft law</i>	99
 CONCLUSION.....	103
 APPENDICE A.....	107
 APPENDICE B.....	110
 APPENDICE C.....	114
 BIBLIOGRAPHIE.....	118

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

CICR	Comité international de la Croix-Rouge
DIP	Droit international public
DIDH	Droit international des droits de l'homme
DIH	Droit international humanitaire
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies

RÉSUMÉ

Le présent mémoire fait état de la construction de normes dans l'approche constructiviste des relations internationales. Plus précisément, il s'attarde sur l'émergence possible d'une nouvelle norme en matière de réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. Une incursion dans l'univers du droit international public, dans les dispositions de ses différents instruments ainsi que dans les jugements et arrêts de cours et tribunaux régionaux et nationaux, révèle les carences et les manquements à compenser et à dédommager les victimes civiles suite à un conflit armé. Face à ce constat, la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies mit sur pied en 1989 des travaux afin d'étudier la question de la réparation des victimes, lesquels ont conduit à l'adoption d'une résolution, en décembre 2005, précisant le droit à un recours et à réparation des victimes du droit international des droits de l'homme ainsi que du droit international humanitaire. L'examen de ces travaux au travers du prisme constructiviste nous amène à disséquer les actes de langage et l'influence des Organisations non gouvernementales dans le processus de l'adoption de la résolution et à constater l'évolution certaine d'une nouvelle norme en matière de réparation des victimes.

CONSTRUCTIVISME – NORME – RÉPARATION – VICTIME – DROIT
INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME – DROIT INTERNATIONAL
HUMANITAIRE

INTRODUCTION

Les dernières décennies ont redessiné les contours des conflits armés. François Rubio¹, directeur juriste de Médecins du Monde expose la nouvelle nomenclature liée aux conflits actuels en ces termes : «conflit de basse intensité», «guerre asymétrique» ou encore «nettoyage et purification ethniques». Ces conflits armés sont souvent désorganisés, alimentés par des acteurs non étatiques et généralement infiltrés par des mercenaires associés à des activités criminelles. Le nombre de civils touchés et utilisés à des fins criminelles atteindrait 95% selon Rubio. Alors que la Première Guerre mondiale aurait vu le taux de pertes civiles à 5%, ce taux aurait grimpé à 50% durant la Deuxième Guerre mondiale et il semblerait qu'une escalade de pertes civiles sans fin se profile. Quel droit et quel recours ont les victimes de ces conflits armés qui soulèvent souvent l'indignation par leur cruauté et leur barbarie? Quelles sont les dispositions édictées dans les instruments du droit international public (DIP) pour les protéger? Les victimes de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire possèdent-elles un statut juridique leur permettant de demander la mise en œuvre de leur droit à réparation (s'il existe) suite à des cas de conflits armés? Ces questions d'ordre moral, juridique et politique ont propulsé la problématique du droit des victimes de ce type de conflit à l'avant-scène et ont interpellé, et interpellent encore, nombre d'acteurs de la scène internationale. Des Organisations internationales tels le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies (ONU), des États eux-mêmes et des Organisations non gouvernementales (ONG) réfléchissent à cette question et aux enjeux qu'elle soulève depuis des décennies.

¹ François Rubio, «Le rôle des ONG et des autres organisations de la société civile dans la construction d'une société démocratique», *Oxford Journals*, 2003, en ligne : <<http://rsq.oxfordjournals.org/cgi/reprint/22/4/178.pdf>> (page visitée le 4 juillet 2009).

Tandis qu'on note une évolution marquante du droit pénal international avec l'obligation de poursuivre des agresseurs², la réparation de leurs victimes, elle, reste dans l'ombre. En effet, la création des tribunaux *ad hoc* internationaux pour l'ex-Yougoslavie³ et le Rwanda⁴ ainsi que l'instauration de la Cour pénale internationale représentent une avancée certaine sur la question de l'impunité et de la responsabilité mais restent timides en ce qui concerne le droit à la réparation et la place accordée aux victimes.

Le droit à la réparation pour une partie lésée suite à un conflit armé relève d'un droit coutumier et conventionnel. Le droit à un recours et à réparation pour une victime d'atteintes de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire est un principe reconnu et inscrit au sein des différents instruments du DIP, régional et national. La problématique entourant le droit à un recours pour les victimes est rendue complexe par le fait que ce droit s'articule différemment selon le contexte dans lequel les violations ont été commises. Ainsi, il s'avère moins ardu d'obtenir réparation pour une victime par le biais d'instruments relatifs aux droits de l'homme donc, pour une violation des droits de l'homme que pour une violation du droit humanitaire puisque ce dernier est mis en oeuvre en temps de conflit armé et s'adresse à l'État. En effet, l'expérience démontre une plus grande recevabilité des requêtes judiciaires lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre d'une atteinte des droits de l'homme. Les différentes commissions, comités et autres mécanismes habilités à recevoir des plaintes mettent en relief la nature universelle des droits de l'homme⁵.

La situation en droit humanitaire est totalement différente. Aucun comité ou commission pouvant interagir auprès de l'État au nom de l'individu n'existe pour les victimes de violations du droit international humanitaire (DIH)⁶. Les règles édictées en temps de conflits

² Dans le cadre de ce mémoire, nous utiliserons le terme «agresseur» comme traduction au terme *perpetrator* ou *violator* ou *wrong doer*.

³ Rés. CS 827 (1993) Doc. Off. CS NU, 48^e année, 3217^e séance, Doc. NU S/RES/0827 (1993) [Résolution 827 du 25 mai 1993, TPIY].

⁴ Rés. CS 955 (1994) Doc. Off. CS NU, 49^e année, 3453^e séance, Doc. NU S/RES/0955 (1994) [Résolution 955 du 8 novembre 1994, TPIR].

⁵ René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2002.

⁶ Une *Commission d'établissement des faits* est prévue dans le *Protocole additionnel I*, *infra* note 8, art. 90, para: 1. a) Il sera constitué une Commission internationale d'établissement des faits, dénommée ci-après «la Commission», composée de quinze membres de haute moralité et d'une impartialité

armés pour faire respecter les droits des civils sont puisées dans les quatre Conventions de Genève⁷ de 1949 ainsi que dans les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève⁸. Finalement, pour complexifier la question du droit à la réparation des victimes, la différence entre les deux domaines de droit en temps de conflit armé devrait en principe être inexistante, même si le DIH est considéré comme une *lex specialis*. En effet, s'il arrive qu'en temps de conflit armé l'application des droits de l'homme, et donc les droits constitutionnels soient suspendus, *de jure*, cette suspension demeure circonscrite par les limites prescrites dans les instruments qui les énoncent.

C'est donc dire qu'à l'aune du droit international, l'interprétation règne en maître sur cette discipline. En effet, le décryptage des multiples dispositions prévues dans les instruments du DIP, ainsi que la jurisprudence posée par les divers tribunaux, ont mis en lumière une absence d'uniformité en matière de droit à un recours et à réparation des victimes. En 1989 une étude concernant le droit à un recours et à réparation pour les victimes de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire fut entreprise sous l'égide de la Sous-Commission sur la prévention de la discrimination et la protection des Minorités de la défunte

reconnue. b) Quand vingt Hautes Parties contractantes au moins seront convenues d'accepter la compétence de la Commission conformément au paragraphe 2, et ultérieurement à des intervalles de cinq ans, le dépositaire convoquera une réunion des représentants de ces Hautes Parties contractantes, en vue d'élire les membres de la Commission. A cette réunion, les membres de la Commission seront élus au scrutin secret sur une liste de personnes pour l'établissement de laquelle chacune de ces Hautes Parties contractantes pourra proposer un nom. c) Les membres de la Commission serviront à titre personnel et exerceront leur mandat jusqu'à l'élection des nouveaux membres à la réunion suivante. d) Lors de l'élection, les Hautes Parties contractantes s'assureront que chacune des personnes à élire à la Commission possède les qualifications requises et veilleront à ce qu'une représentation géographique équitable soit assurée dans l'ensemble de la Commission. e) Dans le cas où un siège deviendrait vacant, la Commission y pourvoira en tenant dûment compte des dispositions des alinéas précédents. f) Le dépositaire mettra à la disposition de la Commission les services administratifs nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions.

⁷ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31. *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85. *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135. *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287.

⁸ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3. *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609.

Commission des droits de l'homme. Ces travaux échelonnés sur 16 ans, transmutèrent et bonifièrent la notion de réparation lui donnant une nouvelle teinte ajustée au point de vue de la victime.

De 1989 à 1999, Theo van Boven, Rapporteur spécial, étudia les dispositions prévues au sein des instruments du DIP, examina les jugements et les arrêts rendus par des tribunaux régionaux et nationaux et consulta les États et les ONG dans le but d'élaborer des principes en matière de réparation. Les travaux n'avaient pas comme objectif de créer de nouvelles obligations légales pour les États mais plutôt de compiler et de préciser le droit international et national public actuel en matière de réparation et de rappeler leurs obligations aux États. La particularité de l'approche de van Boven se situe dans son innovation à présenter et à formuler les besoins en matière de réparation du point de vue de la victime.

En 1999, à la fin de son mandat, Theo van Boven fut remplacé par Cherif Bassiouni, Expert indépendant mandaté pour continuer l'étude concernant le *droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation*⁹ en tenant compte des commentaires et préoccupations des États, des Organisations intergouvernementales et des ONG consultés précédemment. En 2003, après quelques rapports et autres consultations, une quatrième version du *droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation* est présentée à nouveau aux représentants des États et des ONG. Des discordances et des controverses sont soulevées, notamment en ce qui a trait à la place accordée au droit à un recours des victimes de violations graves du DIH. Finalement, un an plus tard, en octobre 2004, suite aux inquiétudes amenées par la Sous-Commission concernant un manque possible pour les victimes de violations graves du DIH, contre toute attente, l'étude concernant le *droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation*, devenue au fil des travaux les *principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*¹⁰,

⁹ *Droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation de victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales par Theo van Boven, Rapporteur spécial*, Doc. off. CES NU, 53^e sess., Annexe point 8, Doc. NU E/CN.4/RES/1997/104 (1997).

¹⁰ *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit*

est adoptée par le Conseil économique et social de l'ONU. Comme l'indique son intitulé la résolution inclut les victimes de violations du DIH. L'inclusion du droit à un recours et à réparation pour les victimes de violations relevant des deux différents domaines de droit, représente certainement la facette innovatrice de la résolution 60/147¹¹. Le rôle joué par la société civile, notamment les Organisations intergouvernementales et surtout les ONG, durant ces années d'analyse et de consultations est fondamental. Leur influence en tant qu'experts, notamment dans le cas du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) fut considérable puisque crédible.

L'investissement de ces organisations illustre le phénomène des «entrepreneurs de norme» (*norm entrepreneurs*) propre à la théorie constructiviste des relations internationales de Martha Finnemore et Kathryn Sicking. Ainsi, la pratique des États est influencée par les normes, elles-mêmes construites par les États et les autres agents du système international¹². Cette assertion résume une des caractéristiques la plus importante de l'approche constructiviste. Au cœur de cette approche, le phénomène de la construction de normes au sein du système international est précisément ce que nous tenterons de mettre à jour.

Nous verrons, pour citer Pierre Hazan, que les normes sociales «jouent auprès des États, le rôle de corset : elles limitent progressivement leur marge de manœuvre. Elles règlent le comportement des acteurs, redéfinissent leurs identités, insufflent de nouvelles valeurs qui vont progressivement imprégner les institutions nationales¹³» et internationales, qui elles, vont s'imposer aux États comme normes à suivre. Ainsi, la pratique des États et des agents est influencée par les normes. À titre d'exemple, le juge Sergio García Ramírez de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a cité les principes van Boven dans son jugement du

international humanitaire, Rés. AG 60/147, Doc. off. AG NU, 60^e sess., supp. n° 49, Doc. NU A/RES/60/147 (2005).

¹¹ *Idem*.

¹² Rappelons qu'au sein de l'approche constructiviste, la notion *d'acteurs internationaux* renvoie non seulement aux États mais aussi aux organisations politiques et/ou étatiques, régionales, nationales et internationales ainsi qu'aux organisations civiles telles les ONG.

¹³ Pierre Hazan, «Mesurer l'impact politiques de châtement et de pardon : plaidoyer pour l'évaluation de la justice transitionnelle», CICR vol. 88, n° 861, 2006, p. 351.

25 novembre 2000 dans l'affaire *Bámaca Velásquez v. Guatemala*¹⁴. Les principes van Boven ont également été évoqués dans d'autres jugements dont l'affaire *Myrna Mark Chang v. Guatemala*¹⁵ en 2003. De leur côté, Theo van Boven et Cherif Bassiouni, Rapporteur spécial et Experts indépendant pour les travaux de la Commission des droits de l'homme de 1989 à 2005, ont cité régulièrement les jugements de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme pour éclairer, alimenter et faire progresser leurs travaux. Nous sommes en présence de l'effet de l'intersubjectivité, phénomène propre à la théorie constructiviste des relations internationales, axée sur l'émergence de nouvelles normes et de leur cycle de vie, qui comporte trois stades comme nous le verrons par la suite.

Ce mémoire traite de l'influence des travaux et résolutions du Conseil économique et social de l'ONU en regard des *principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*¹⁶. Plus précisément, il vise à mettre à jour le phénomène de la construction de normes au sein du système international au sens constructiviste de Martha Finnemore et Kathryn Sikking de même que de l'effet de l'intersubjectivité en droit international en matière de droit à la réparation des victimes. Nous tenterons d'avancer que l'évolution des travaux dirigés par les Rapporteurs Theo van Boven et Cherif Bassiouni ont influencé le droit, la jurisprudence et la mise en place de moyens mieux adaptés pour la mise en œuvre des réparations. Nous présumons également qu'en retour, ces éléments ont contribué à faire évoluer et à construire de nouvelles normes en matière de droit à un recours et à réparation qui alimentèrent les travaux de la Commission des droits de l'homme.

¹⁴ En 1992, Efraín Bámaca ayant disparu après avoir été arrêté par l'armée guatémaltèque, ses proches, ses trois sœurs entre autres, ont fait l'objet de différentes formes de représailles par les autorités du Guatemala. Voir *Affaire Bámaca Velásquez (Guatemala)* (2000) Inter-Am. Ct. H. R. (Sér. C) n° 70, en ligne: The Inter-American Court of Human Rights, en ligne <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf> (page visitée le 22 août 2008).

¹⁵ En 1991, Myrna Mark Chang fut assassinée par la junte militaire. Voir *Affaire Myrna Mark Chang (Guatemala)* (2003) Inter-Am. Ct. H. R. (Sér. C) n° 101, en ligne: The Inter-American Court of Human Rights, en ligne : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf> (page visitée le 2 septembre 2008).

¹⁶ *Supra* note 10 à la p. 4.

La notion de norme en théorie des relations internationales

La norme chez les néo-libéraux

Les normes et leurs effets sont analysés de différentes façons en théorie des relations internationales. Les auteurs néo-libéraux et néoréalistes partagent la même vision ontologique sur l'existence de l'anarchie du système international mais sont divisés quant à l'interprétation des conséquences qu'elle engendre. La coopération et le développement des institutions internationales sont les résultantes de l'effet de l'anarchie pour les néo-libéraux, anarchie qui se présente davantage comme un contexte que comme une condition pour eux¹⁷. La coopération dont il est question se transfère vers une ouverture des marchés. Selon l'idéologie néolibérale, la norme est contraignante et structurante dans la mesure où elle s'impose comme une forme d'autorité non étatique. Pour Robert Axelrod¹⁸, la norme s'avère aussi un moyen pour améliorer la coopération. Elle serait objective et s'imposerait d'elle-même. Robert Keohane¹⁹ estime que les règles, les procédures et les normes sont des éléments qui constituent un régime international. Dans un sens similaire mais davantage nuancé, la théorie des régimes analysée par Friedrich Kratochwil et John Gerard Ruggie²⁰ explique le rôle initial des organisations internationales : «international governance is what ever international organisations do²¹» et leur élargissement en termes d'influence : «instead, the focus shifted to the actual and potential roles of international governance.²²» Le pouvoir et le prestige des États sont des éléments influençant le fonctionnement du groupe, la position organisationnelle et les politiques bureaucratiques.

¹⁷ Dan O'Meara, «La théorie constructiviste des relations internationales, sa place, son rôle, sa contribution et ses débats» In *Théorie des relations internationales contestations et résistances*, de Alex Macleod et Dan O'Meara, 1^{ière} éd, Outremont, Éditions Athéna, 2007.

¹⁸ Robert Axelrod, *The evolution of Cooperation*, New-York, Basic Books, 1984.

¹⁹ Robert Keohane, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Columbia University Press, 1984.

²⁰ Friedrich Kratochwil, John Gerard Ruggie, « International Organization : A State of The Art of The State ». *International Organisation*, vol. 40, n° 4, 1986.

²¹ *Ibid.*, p. 755.

²² *Ibid.*, p. 756.

La norme chez les constructivistes

Pour Kratochwil et Ruggie: «Regimes are broadly defined as governing arrangements constructed by states to coordinate their expectations and organize aspects of international behavior in various issues-areas.²³» Cette définition des régimes est pertinente puisqu'elle conçoit les phénomènes politiques à travers les théories sociales qui postulent l'impossibilité de se dissocier du monde que l'on étudie et que l'on observe. La réalité étant socialement construite, selon les constructivistes, des perceptions partagées entre les acteurs d'un ensemble construisent des pratiques de signification et de représentation. Les auteurs constructivistes définissent la norme comme étant un standard de comportements attendus par les pairs faisant partie d'un ensemble commun. Si ces pairs (ces agents) n'adoptent pas les comportements ou les positionnements attendus, cela engendre des conséquences de différentes natures, allant d'une perte de crédibilité ou d'influence au rejet. Finalement, la façon dont un individu ou un État gère ces attentes, s'y conformant, s'y refusant, s'y excluant ou s'y esquivant, correspond à ce que certains, comme Nicholas Onuf²⁴, appellent des *pratiques*. Répétées, celles-ci deviennent des *institutions* pour Onuf ou des *régimes* pour Kratochwil et Ruggie. Finalement, la motivation qui active les pratiques des agents est issue de la volonté de réaliser un objectif qui définit leurs intérêts et, du coup, leur identité.

Pour leur part, Stephen J. Toope et Jutta Brunnée²⁵, auteurs constructivistes se situant entre les disciplines des sciences juridiques et de la science politique, soulignent l'apport de Onuf et Kratochwil dans la réflexion du droit naturel versus le positivisme juridique, concluant que la vision verticale des deux auteurs les laisse près du positivisme.

Notre problématique, reliée à l'influence des Organisations internationales et des ONG pour la construction et la diffusion de nouvelles normes, puise certains éléments chez Onuf mais s'en éloigne notamment de part sa définition floue et parfois indistincte entre la norme et la

²³ Kratochwil et Ruggie, *loc. cit.*, p. 759.

²⁴ Kubàlková Vendulka, Nicholas Onuf et Paul Kowert, *International Relations in a Constructed World*, New-York, M. E. Sharpe, 1998.

²⁵ Jutta Brunnée, Stephen J. Toope, « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law ». *Columbia Journal of Transnational Law*, vol, 39, 2001.

règle. L'article de Audie Klotz et de Cecelia Lynch «Le constructivisme dans la théorie des RI²⁶», dispose de concepts généraux concernant les pratiques représentationnelles inhérentes au système international mais répond peu à son ambition d'expliquer l'origine des intérêts et du rôle des États. Par ailleurs, la référence aux régimes de Kratochwil et Ruggie est intéressante pour la dissection des composantes qui actionnent l'influence des États dans le système international, mais ce sont véritablement les travaux de Finnemore et Sicking²⁷ qui servent le mieux notre problématique. Ils se situent en quelque sorte en aval de l'influence des États et des ONG sur les Organisations internationales et de celle des Organisations internationales elles-mêmes dans le système international. Le maillage de ces influences crée une synergie aboutissant à la naissance de nouvelles normes. L'intérêt des travaux de Finnemore et Sicking réside dans le fait qu'ils mettent à jour le cycle de vie d'une *norme*, de son émergence à son degré d'influence jusqu'à son érection en tant que règle. Cette approche correspond à notre angle d'analyse quant à l'évolution et à l'élaboration des *principes fondamentaux et directives*. En effet, les Organisations internationales, les Organisations intergouvernementales et les ONG ont actualisé le cycle de vie d'une nouvelle norme que l'on peut attribuer à l'adoption de la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU.

Afin de mettre en contexte la problématique de notre mémoire, trois auteurs juristes s'avèrent indispensables à la compréhension et à la distinction du droit en matière de réparation. René Provost²⁸, Éric David²⁹, Marco Sassòli et Antoine Bouvier³⁰, s'entendent tous pour dire que le principe du droit à la réparation individuelle est implexe dans le cadre du droit

²⁶ Audie Klotz, Cecelia Lynch. «Le constructivisme dans la théorie des relations internationales». *Critique internationale*, n° 2, 1999.

²⁷ Voir notamment Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, «International Norms Dynamics and Political Change», *International Organisation*, vol. 42, n° 4, 1998. ; Martha Finnemore, *National Interests in International Society*, New-York, University Press, 1996; Martha Finnemore et Kathryn Sicking, «Taking Stock: The Constructivist Research Program in International Relations and Comparative Politics», *Ann. Rev. Polit. Sci.*, 2001, p. 395, en ligne: <<http://faculty.msb.edu/murphydd/cric/readings/Finnemore-Sikkink-Taking%20Stock%20%20Constr%20Res%202001.pdf>> (page visitée le 6 janvier 2009).

²⁸ Provost, *op. cit.*

²⁹ Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Précis de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1994.

³⁰ Marco Sassòli, Antoine Bouvier, *Un droit dans la guerre?* Genève, CICR, 2003.

international des droits de l'homme (DIDH) mais à peu près inexistant en DIH, sauf en ce qui concerne l'article 91 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève³¹, et encore, ce dernier ne s'applique qu'en temps de conflit armé international. Rien de semblable n'est prévu pour les conflits non internationaux. S'agissant de mieux circonscrire la problématique du DIH en tant que *lex specialis* et d'explorer sommairement les notions du *jus ad bellum* et du *jus in bello*.

Des auteurs comme Roger Koudé³², Béatrice Pouligny³³ et Priscilla Hayner³⁴ exposent les carences pour la réparation des victimes au sein des dispositions prévues au droit international. Ces carences ont amené les États aux prises avec des conflits armés à mettre en œuvre différents moyens pour réparer les victimes. Ainsi, la particularité liée au mode de réparation dans les cas de crimes contre l'humanité (ou de génocides) a conduit à la création de moyens telles les commissions de vérité et de réconciliation. Dans son livre, Hayner retrace l'historique des commissions de vérité et de réconciliation qui datent des années 1960 et 1970. Elle démontre la nature des atrocités perpétrées lors de conflits intra-étatiques qui deviennent une «affaire de famille», dans le sens où presque chaque individu est touché directement ou indirectement par le conflit. Dans ce contexte, il est logique que les crimes soient élagués dans un large forum accessible à la communauté telle une commission de vérité et de réconciliation. De leur côté, William Shabas³⁵, Aude-Sophie Rodella³⁶ et le rapport «Vérité, justice et réparation. Créer une commission vérité efficace» d'Amnesty

³¹ *Supra* note 8, *Protocole additionnel I*, art. 91 : La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées.

³² Roger Koussetogue Koudé, «Questionnement sur les «réparations» pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire?», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 66, 2006.

³³ Béatrice Pouligny, *After Mass Crime : Rebuilding States and communities*, New-York, United Nations University Press, 2007.

³⁴ Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenges of Truth Commissions*. New-York, Routledge, 2001.

³⁵ William Shabas, «The Relationship Between Truth Commissions and International Courts : the Case of Sierra Leone». *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003.

³⁶ Aude-Sophie Rodella, «L'expérience hybride de la Sierra Leone, de la cour spéciale à la commission de vérité et réconciliation et au-delà». *Politique africaine*, n° 92, 2003.

International³⁷, explorent l'aspect technique des moyens utilisés. Ils instruisent notre propos en analysant le couplage d'une justice civile (les commissions de vérité et de réconciliation) avec une justice pénale (tribunaux internationaux ou hybrides) comme moyen de justice de transition instituant le principe du droit à la réparation.

En dernier lieu, les principaux documents du Conseil économique et social concernant les résolutions et les comptes rendus nous permettent de relever la position des États et des ONG. L'examen approfondi de ces documents ainsi que les analyses de Cherif Bassiouni³⁸, Pierre d'Argent³⁹, Koen De Foster et Stephan Parmentier⁴⁰ nous permettront d'apprécier l'évolution de la rhétorique et de la sémantique entourant le principe du droit à la réparation, la position des États en la matière, l'influence des Organisations internationales, des Organisations intergouvernementales et des ONG de même que l'avancée du droit à un recours et à réparation des victimes de violations graves du DIH.

Cadre théorique

Finnemore, Sikking, Onuf, Kratochwil, Ruggie et Klotz sont des auteurs constructivistes ayant axé leurs travaux sur la construction des normes et des règles internationales. Sous différents angles d'analyse, ils ont tenté d'en exposer les effets et les limites, tant en relations internationales qu'en DIP. Ces auteurs font partie d'un constructivisme que l'on pourrait

³⁷ (Amnesty International) «Document - Vérité, justice et réparation. Créer une commission vérité efficace», en ligne : <http://www.amnesty.org/en/library/asse/POL30/009/2007/fr/dom-POL300092007fr.html> (document téléchargé le 14 juillet 2008).

³⁸ Cherif Bassiouni, «International Recognition of Victim's Rights», *Human Rights Review* 6:2, 2006.

³⁹ Pierre d'Argent, «Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire», *Annuaire français de droit international* LI, vol. 27, 2005.

⁴⁰ Koen De Feyter, Stephan Parmentier, M. Bossuyt et P. Lemmens (éd.) *Out of the Ashes. Reparation for Victims and Gross Systematic Human Rights Violations*. Oxford, Intersentia, 2005.

appeler de première génération, situé près du positivisme sur le plan épistémologique. Certains auteurs⁴¹ qualifient ce courant de constructivisme dominant par opposition au constructivisme critique.

Dans *National Interests in International Society*⁴², Finnemore pose la question suivante: «*How do states know what they want?*»⁴³ (nos italiques). Les théories traditionnelles ont plutôt tenté de répondre à la question *qu'est-ce que les États veulent?* La réponse standard à cette question est : la puissance, la sécurité et la richesse. Ce sont là les intérêts d'États. Mais à quelle fin les États veulent-ils la puissance, quelle sorte de sécurité convoitent-ils et pour la richesse de qui se confrontent-ils? L'auteure,

«develops a systematic approach to understand state interests and state behavior by investigating an international structure, not of power, but of meaning and social value (...) States are embedded in dense networks of transitional and international social relations that shape their perceptions of the world and their role in that world. States are *socialized* to want certain things by international society in which they and the people in them live.»⁴⁴

L'auteure établit un lien constitutif entre l'agence et la structure. Elle met l'accent sur la construction des structures sociales par les agents aussi bien que par la façon dont ces structures influencent et reconstruisent les agents. Elle pointe la clé principale de l'effet de cette intersubjectivité comme étant les *entrepreneurs de norme* dont les Organisations internationales et les ONG sont les catalyseurs. Pour démontrer son propos, Finnemore apporte l'exemple de l'aboutissement à la première Convention de Genève et le rôle de la société civile dans cette évolution. Ainsi, le DIH, le *jus in bello*, s'est vu codifié pour la première fois dans la première Convention de Genève en 1864. La dynamique est la suivante : les États sont *socialisés* pour accepter les nouvelles normes et nouvelles valeurs enseignées «*taught*» par les Organisations internationales. Un concept central de la thèse de

⁴¹ Voir par ex. Alex Macleod, «Approches critiques de la sécurité : une perspective canadienne», *Cultures et Conflits - Political Science*, n°54, 2004, en ligne : <http://books.google.ca/books?id=eRoouZNAVh8C&pg=PA18&lpg=PA18&dq=intersubjectivit%C3%A9+macleod&source=bl&ots=GjIHN6PXJy&sig=8EJlZmp67iCOFHut9TMkF69M2Zs&hl=fr&ei=3LeWSp7BGMWhlAePwYGYDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1#v=onepage&q=&f=false>

⁴² Martha Finnemore, *op. cit.*

⁴³ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 3.

Finnemore soutient cette dynamique: le phénomène des *norm entrepreneurs* que nous traduisons par «entrepreneurs de norme». Le phénomène des entrepreneurs de norme met en relief la contingence de la structure. La persuasion qui représente le premier stade de la vie d'une norme, soit, son émergence, en est la caractéristique. Le rôle des entrepreneurs de norme est la persuasion d'une masse critique d'États pouvant inverser le conditionnement structurel réifiant l'effet de l'intersubjectivité qui fera changer la structure. L'adoption de la première Convention de Genève illustre ce phénomène de persuasion par le Comité international de secours aux militaires blessés (l'ancêtre du Comité international de la Croix-Rouge) dans son effort de faire adhérer les États à un traité accordant un droit à des individus (personnes privées). À l'époque, les États se sont érigés contre le principe de «normer» le DIH. Pourtant le travail des entrepreneurs de norme a porté fruit puisque aujourd'hui, 194 États sont signataires des Conventions de Genève⁴⁵.

Finnemore définit le concept de *norme* comme étant: «a simple and sociologically standard way as shared expectations about appropriate behavior held by a community of actors.»⁴⁶ Les normes sont intersubjectives. On peut reconnaître l'existence d'une norme de deux manières. Premièrement, la norme crée une façon d'agir en accord avec sa «*prescription*»⁴⁷, (ce qu'elle oblige à faire ou à ne pas faire) et elle est articulée par un *discours*.⁴⁸ Le discours, les mots utilisés, bref, le langage en tant qu'outil de construction sociale est très puissant et se révèle pour Finnemore comme pour Onuf une composante fondamentale puisqu'il construit *des* réalités ou *la* réalité. Les agents du système international, qu'ils soient des acteurs étatiques ou non étatiques, en sont les principaux véhicules contribuant ainsi à la construction de nouvelles réalités.

Pour comprendre la dynamique d'une norme, il importe d'embrasser le concept du *cycle de vie* d'une norme ou cycle vital de la norme (*life cycle*) qui consiste en trois stades. Le premier stade est caractérisé par l'origine et l'émergence de la norme qui éclot avec le phénomène des

⁴⁵ Site officiel du CICR www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/genevaconventions (page visitée le 8 février 2008).

⁴⁶ Finnemore, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁸ *Idem.*

entrepreneurs de norme comme nous l'avons déjà vu. Le second stade se caractérise par le mécanisme qui active l'influence de la norme dans le système international par un effet d'imitation produisant un effet «cascade». Finalement, le troisième stade se caractérise par les conditions favorables pour que les États en subissent l'influence et que la norme soit «internalisée» par les États et que la politique internationale en soit modifiée. Ainsi, le rôle et la participation de la Commission des droits de l'homme et des ONG dans la construction d'une sémantique entourant le droit à un recours pour les victimes a actionné un discours ou *actes de langage* influençant la position et les intérêts des États.

Dans le processus des trois stades de vie de la norme le rôle des ONG en tant qu'entrepreneurs de norme est impératif. Pour Finnemore et Sicking, elles en sont les principaux véhicules. Plusieurs études sur les ONG ont été effectuées depuis les dernières décennies. Les ONG ont attiré l'attention car leur nombre a explosé et leur rôle s'est intensifié notamment dans l'arène internationale. «Selon l'annuaire des organisations internationales leur nombre est passé de 973 en 1956 à 24,248 en 1997/98.⁴⁹» On peut définir une ONG comme étant une organisation privée sans aucune intention de lucre, donc à but non lucratif. On retrouverait l'origine des ONG au moyen âge dans les sociétés de marchands et les hôpitaux.⁵⁰ «Bien qu'anciennes elles ne bénéficient véritablement de la reconnaissance officielle internationale que depuis 1946.⁵¹» Les ONG sont notamment composées de juristes et d'experts sur des questions qui leur confèrent un grand pouvoir et une grande crédibilité. À leur admission aux forums internationaux, parfois avant le début de ceux-ci, elles ont déjà à leur actif des publications importantes sur le sujet traité. Elles sont très au fait des problématiques.

Depuis 1996, les ONG sont plus que de simples instruments de *lobbying*. Steve Charnovitz⁵² souligne que dans une étude des plus exhaustives, effectuée par la professeure Sheldon⁵³, à

⁴⁹ Gaëlle Breton-Le Goff, *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Éditions Yvon Blais, Bruylant, 2001, p. 16.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Idid.*, p. 4.

⁵² Steve Charnovitz, «Nongovernmental Organizations and International Law», *American Journal of International Law*, vol. 100, n^o 2, 2006.

l'exception de la Cour internationale de justice, la majorité des tribunaux internationaux ont développé des procédures pour pouvoir entendre et recevoir des expertises d'ONG⁵⁴. Effectivement, «Désormais il existe peu d'enceintes internationales qui échappent à l'œil scrutateur d'au moins une ONG.⁵⁵»

Reconnues à l'ONU, elles s'approprient une identité s'apparentant à celle d'un État en terme de pouvoir d'influence. Par conséquent, le rôle de certaines ONG a changé au cours du temps.

Les négociateurs, et c'est nouveau, doivent se justifier devant une opinion publique mondiale qui a compris que les accords internationaux pouvaient avoir un impact direct sur les conditions de vie de tout un chacun et que, dans un monde globalisé, on ne pouvait traiter les questions en les isolant les unes des autres. Soit les négociateurs devront céder à cette force nouvelle, soit, s'ils prennent une direction adverse, ils devront faire référence à des intérêts supérieurs de la nation : une situation en général inconfortable.⁵⁶

Par exemple, l'invasion américaine en Irak en mars 2003 se devait d'être affublée d'un puissant discours sur la guerre préventive pour être déclenchée. D'ailleurs, «il n'y aurait pas eu de bataille diplomatique à l'ONU sur le blanc-seing demandé par les États-Unis sur la question irakienne ni d'avertissement donné sur les risques d'enlèvement, si le 15 février 2003, il n'y avait eu quelques 10 à 15 millions de citoyens dans les rues du monde entier.⁵⁷»

La nouvelle technologie permet des mobilisations rapides et la diffusion de points de vues provenant des quatre coins du monde. Cette réalité offre aux ONG la possibilité de se positionner à l'avant-scène et de marquer l'opinion publique. «Although NGOs have received greater attention in recent years by scholars of international law and international relations, the field of NGO legal studies is hardly new.⁵⁸» Consciente de cette évidence, nous considérons tout de même que le modèle théorique offert par Finnemore et Sicking a «bien

⁵³ Dinah Sheldon est professeure de droit international au George Washington University Law School.

⁵⁴ Charnovitz, *loc. cit.*, p. 253.

⁵⁵ Breton-Le Goff, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁶ Henri Rouillé d'Orfeuil et Jorge Eduardo Durão, «Rôle des Ong dans le débat public et les négociations internationale», *Coordination Sud*, 2003, en ligne : <<http://base.china-europa-forum.net/rsc/fr/documents/document-312.html>> (page visitée le 6 juin 2009).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Charnovitz, *loc. cit.*, p. 348.

vieilli» et qu'il nous est fort utile dans notre analyse qui ne porte pas exclusivement sur les ONG mais plutôt sur leur rôle d'entrepreneurs de norme.

Concernant notre cadre théorique, soit le constructivisme axé sur la norme, il importe à cette étape de distinguer certains concepts d'un auteur à l'autre ainsi que notre position quant au choix de ceux-ci. Mentionnons au départ qu'au sein de l'approche constructiviste, plusieurs divergences existent concernant la définition de la *règle* et de la *norme*. Par exemple, Onuf ne marque pas une différence fondamentale entre les deux. Pour lui, la règle est une directive qui indique aux individus «qu'est-ce qu'ils doivent faire» (*what we should do*)⁵⁹. Le *what* fait référence à une conduite que l'on doit adopter dans une situation donnée et attendue par l'environnement. Le *should* contraint à ajuster notre conduite en regard des standards attendus. La façon dont un individu ou un État gère ces règles, s'y conformant, s'y refusant, s'y excluant ou s'y esquivant, est ce que Onuf appelle les *pratiques*.

Finnemore fait référence aux *pratiques* dans le même sens qu'Onuf. Pour elle néanmoins, la norme fait davantage appel à un mode informel de pressions sociales précédant ainsi l'établissement de la *règle*. Pour cette auteure, la *règle* est plus formelle que la *norme*. La distinction est plus précise chez Finnemore. La *norme* comporte un élément clairement précurseur à la *règle* qui sert le processus de construction des pratiques représentationnelles. Ce sont les concepts de *norme* et de *règle* définis par Finnemore que nous retenons pour notre mémoire. La règle, plus formelle chez Finnemore, s'apparente à la règle de droit définie par Filippa Chatzistavrou de la manière suivante:

En matière de théorie générale du droit, il y a la règle de droit lorsque le non-respect d'une prescription entraîne une sanction négative – la règle de droit étant la norme créatrice d'obligations, à savoir l'obligation de donner, de faire ou ne pas faire. Cette sanction est en principe prévue d'avance par les textes en vigueur. Elle est mise en œuvre grâce à des procédures de contraintes.⁶⁰

⁵⁹ Kubàlková et Onuf, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁰ Filippa Chatzistavrou. «L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit». *Le Portique*, n° 15, 2005, en ligne : <<http://leportique.revues.org/document591.html>> (page visitée le 8 mai 2009).

Le concept de norme quant à lui, se rapporte à des problématiques sociologiques qui soulignent l'importance de la contextualisation des phénomènes sociaux, associés à la conjoncture historique, tels qu'en rend compte le sociologue Max Weber⁶¹ qui inspire l'analyse de Finnemore. La référence aux sciences sociales dans les travaux de Finnemore et Sikking se reflètent aussi dans les autres concepts utilisés comme ceux de *structures sociales*, *société internationale* (inspirés de l'École anglaise), mutant en *structure sociale internationale*, plus appropriée au constructivisme, et finalement, celui de *politique internationale*.

Également, le concept clé du constructivisme relatif au débat entre l'*agence* et la *structure* tel que défini par Finnemore répond à notre angle d'analyse pour démontrer la dynamique du phénomène des entrepreneurs de norme. Bien que les auteurs constructivistes n'aient pas tous recours au concept relatif à l'*agence* et à la *structure* (Onuf le réfute et privilégie celui d'*ordonnement* et Klotz celui d'*ordonnement intersubjectif*), il demeure néanmoins un concept majeur du constructivisme que nous favorisons dans notre mémoire.

Par ailleurs, l'archétype des *actes de langage* propre à Onuf (nommé *discours* chez Finnemore) comme support de constitution et de co-constitution des intérêts et des identités a une valeur certaine pour nous. Ces actes de langage procèdent de pratiques discursives ayant un impact sur les travaux de la Commission des droits de l'homme qui ont vu s'édifier une sémantique de construction d'une nouvelle réalité. Nous pouvons définir un acte de langage comme étant un moyen mis en œuvre par un locuteur afin d'agir sur son environnement en l'informant de quelque chose, en lui demandant quelque chose, en l'incitant à faire ou à ne pas faire une chose et en le convaincant de faire ou de ne pas faire une chose. Le rôle de l'entrepreneur de norme est la persuasion, doit-on le rappeler, d'où l'importance de s'attarder sur le concept au chapitre IV.

⁶¹ Sociologue et économiste allemand reconnu pour son ouvrage *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme* qui axe son analyse sur les individus et leurs motivations à agir. Max Weber (1864-1920), est l'un des fondateurs de la sociologie moderne.

Méthodologie

L'édification des travaux concernant les *principes fondamentaux et directives* offre une perspective intéressante d'application formelle de l'approche constructiviste et comporte plusieurs qualités pour la mise en valeur de notre cadre théorique. En effet, les travaux s'étant étendus sur 16 ans, la notion de temps présente un avantage puisque celui-ci confère une distance relative. Également, les travaux s'étant effectués au sein d'un forum international mettant en présence des acteurs étatiques et non étatiques, que nous appelons *agents*, fournissent des éléments importants dans notre tentative d'établir que les ONG ont participé à un changement dans la structure idéationnelle. Le mémoire regroupe quatre chapitres. Le premier établit les assises de la réflexion, campée dans la discipline des Relations internationales, sur la construction de normes dans l'approche constructiviste et soutient que les intérêts et les identités des États peuvent être modifiés dans la structure idéationnelle. Il se resserre principalement et logiquement autour des concepts de Finnemore et de Sicking qui composent notre cadre théorique. Ce chapitre est le résultat d'analyses et de synthèses formelles des textes d'experts des relations internationales. Le second et le troisième chapitre sont davantage descriptifs et préparent à l'analyse du dernier chapitre. Ils permettent de situer le contexte dans lequel les ONG et les États ont évolué durant les travaux et posent un regard sur les fondements et mécanismes relatifs au droit à un recours et à réparation pour les victimes ainsi que sur le contenu des *principes fondamentaux et directives*. Ces chapitres sont rédigés suite à des analyses et des synthèses formelles de textes d'experts des droits de l'homme et humanitaire ainsi que celles des *principes fondamentaux et directives*. Le quatrième chapitre tente une analyse et une compréhension des concepts de l'approche constructiviste appliqués aux travaux de la Commission des droits de l'homme.

C'est principalement à travers ces travaux et à travers les réunions consultatives que nous analysons la dynamique relationnelle des agents sous-tendue par les actes de langage ayant conduit à une possible émergence d'une nouvelle norme. Pour y parvenir, nous procédons à l'analyse des rapports, comptes rendus, résolutions et divers documents du Conseil économique et social de l'ONU. Nous examinons également les quelques documents produits et présentés par les ONG aux différentes réunions consultatives. Cette idée demeure

ambitieuse car nous savons déjà que le nombre de documents disponibles est très restreint et que plusieurs négociations ont été tenues avec les délégations de façon informelle. Cet état de fait augmente le quotient de difficulté et augure une complexité dans notre recherche. Pour contrer cette lacune, durant la rédaction de notre mémoire, nous communiquerons avec tous les représentants d'ONG ayant participé aux travaux ainsi qu'avec le Président-rapporteur des réunions consultatives, monsieur Alejandro Salinas, Ambassadeur du Chili à l'époque. Nous escomptons par cette action avoir accès à des données qui nous permettront de démontrer l'influence relative des organisations internationales et des ONG dans le processus de l'élaboration des *principes fondamentaux et directives*.

CHAPITRE I

LE CONSTRUCTIVISME AXÉ SUR LA NORME

Le constructivisme s'articule à un niveau d'abstraction différent de celui des théories traditionnelles. L'approche constructiviste est considérée comme faisant partie des théories critiques nées à la suite du troisième débat⁶² dans la discipline des Relations internationales à la fin des années 80. Critique face à la faiblesse du néo-réalisme dans son échec à expliquer les nouveaux phénomènes de mondialisation ainsi que l'implosion de l'URSS, elle remet en question l'approche scientifique de ce paradigme dominant. Le constructivisme conçoit le monde comme un projet de construction en éternelle élaboration, comme une œuvre se faisant et se construisant d'instant en instant. Dans un premier temps, ce chapitre explore cette complexité. Il n'est pas aisé de délimiter l'approche constructiviste dans son cadre théorique et conceptuel car la divergence d'interprétation d'un courant à l'autre, à l'intérieur du grand courant, crée certaines incohérences. On attribue au constructivisme les premiers virages post-positivistes mais par ailleurs, le constructivisme dit dominant, par opposition au constructivisme dit critique, reste apparenté à une épistémologie positiviste. Le courant du constructivisme axé sur la construction de la norme relève de ce dernier. Nous verrons que certains auteurs, dont Finnemore et Sikkink, analysent la construction des normes de manière empirique et inductive. Elles mettent en relief le processus d'émergence et les conditions environnementales qui favorisent leur éclosion et leur survie jusqu'à leur internationalisation

⁶² Rappelons que dans la discipline des Relations internationales, le deuxième débat concerne essentiellement les questions épistémologiques et comme le précise Frédéric Guillaume Dufour : «Tout cela s'est passé en fait à l'intérieur d'un même paradigme dominant, celui du **positivisme**, et qui correspond *grosso modo* à ce que Khun appelait la 'science normale'». Le troisième débat gravite autour du post-positivisme comme réponse à un positivisme inadéquat à expliquer les grands changements politiques. Pour la citation ci-haut : Voir Frédéric Guillaume Dufour «Paradigme» In *Relations internationales théories et concepts*, sous la dir. de Alex Macleod, Evelyne Dufault et F. Guillaume Dufour., 2^e éd. rev. et augm. Outremont : Éditions Athéna, 2004, p. 168.

dans le système. Ce chapitre explore les facteurs liés à ce processus de construction des normes dont les Organisations intergouvernementales et ONG sont les catalyseurs.

1.1 L'approche constructivisme

Les théories traditionnelles, contrairement aux théories critiques, ont une approche *stato-centrée* et considèrent l'État comme un être rationnel, un objet d'étude duquel le sujet peut se dissocier. Les théories traditionnelles considèrent l'anarchie du système comme étant structurante, contraignant l'agent, ou inversement, la liberté de l'agent annihilant l'effet de structuration. L'approche constructiviste tente de réconcilier les deux appuyant sa démarche sur un effet de co-constitution et construction permanente.

Les ouvrages classiques comme la théorie de l'équilibre des puissances de Kenneth Waltz⁶³, figure de proue du néo-réalisme, ainsi que l'apparition de la théorie du néo-libéralisme ou celle du néo-marxisme, suscitent débats et discordances et précèdent l'ère que des auteurs constructivistes comme Onuf qualifient de «post». Le constructivisme tente d'expliquer le «comment» alors que les théories traditionnelles se penchent sur le «pourquoi». Le constructivisme est réflexif. Identifiable par une épistémologie post-positiviste, le constructivisme est une approche qui tente de mettre à jour les phénomènes de constructions des identités, des intérêts, des pratiques et des normes dans le système international. «Puisque les idées, les valeurs, les normes, les règles et les identités varient grandement à travers les contextes historiques, la plupart des constructivistes rejettent 'comme une absurdité' les efforts des théories traditionnelles en vue d'établir une théorie générale des relations internationales.⁶⁴»

⁶³ Kenneth Waltz, *Theory of International Politics*, New-York, Random House, 1979.

⁶⁴ Voir O'Meara, In Macleod et O'Meara, *op. cit.*, p. 182.

Alexander Wendt⁶⁵, considéré comme un pionnier du constructivisme, pose contrairement à Waltz, que la structure ne peut prétendre à aucune existence hors de la pratique des États et qu'elle est d'abord et avant tout un produit social. Cette réflexion marque une rupture par rapport aux positionnements ontologiques antérieurs en procédant au maillage de deux concepts souvent mis en opposition : celui de l'agence et de la structure. La représentation de la réalité de Wendt et la façon dont il la transpose dans un cadre post-positiviste classe Wendt dans un constructivisme que l'on peut qualifier de conventionnel ou de dominant. C'est à Onuf que l'on doit l'usage du terme *constructivisme* utilisé pour la première fois en relations internationales dans *World of Our Making: Rules and Rule in Theory and International Relations*⁶⁶ paru en 1989. Contrairement aux institutionnalistes néolibéraux, les constructivistes avancent que les normes et les règles «sont des forces constitutives plutôt que simplement régulatrices, c'est-à-dire, qu'elles rendent possibles des comportements en intervenant dans la constitution des identités et des intérêts des agents.⁶⁷» Les auteurs constructivistes s'accordent donc sur le fait que les États sont des agents qui participent à la constitution de leur identité et de celle des autres. Ils participent à cette action collective n'étant pas passivement conditionnés à un système extérieur à eux qui les soumet et les confine à un rôle prédéterminé. La possibilité de changement du système est alors présente à l'intérieur de ce monde. Les constructivistes reconnaissent, toutefois, que toute recherche est sujette à une interprétation puisqu'il n'y a pas de neutralité entre l'objet d'étude et le sujet. Mais ses adeptes divergent sur comment l'interprétation doit être faite et sur quelle base. «The clearest division is between what Price & Reus-Smit term modern and postmodern variants of constructivism. Postmodernist constructivists reject efforts to find a point from which to assess the validity of analytical and ethical knowledge claims.⁶⁸»

⁶⁵ Alexander Wendt, *Social Theory of International Relations*, Cambridge, UK, University Press, 1999.

⁶⁶ Nicholas Onuf, *World of Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations Columbia*, University of South Carolina Press, 1989.

⁶⁷ Isabelle Masson, «constructivisme», In Macleod, Dufault et Dufour, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁸ Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, «Taking Stock: The Constructivist Research Program in International Relations and Comparative Politics», *Ann. Rev. Polit. Sci.*, 2001, p. 395, en ligne: <<http://faculty.msb.edu/murphydd/cric/readings/Finnemore-SikkinkTaking%20Stock%20%20Constr%20Res%202001.pdf>> (page visitée le 6 janvier 2009).

Outre le phénomène des entrepreneurs de norme et celui du cycle de vie de la norme, Finnemore et Sikkink mettent en relief l'importance des facteurs idéationnels (*ideational factors*) dans la construction de l'identité d'un État. Les besoins qui sont tributaires de la représentation que l'État a de lui-même, réifiée par la perception que les autres États ont de celui-ci, ne sont pas modelés uniquement sur des facteurs matériels contrairement aux postulats des théories traditionnelles. Cette identité, cette représentation de la réalité, détermine les préférences, les positionnements et les actions de l'État dans le système international. Par ailleurs, du point de vue du constructivisme critique, apparenté aux théories sociales critiques, le facteur matériel reste important sur la portée de l'influence et de la persuasion qu'un État peut avoir dans le système international. Aussi, «critical constructivism adds a belief that constructions of reality reflect, enact, and reify relations of power.⁶⁹»

Néanmoins, la difficulté concernant la compréhension de l'influence et du rôle de l'État qui sont définis par son identité est justement de saisir l'origine de cette identité. La genèse de la construction de l'identité dépend de l'environnement social, de la politique interne et de la politique internationale. Pour Wendt, l'impact de l'environnement international est déterminant sur la construction de l'identité tandis que pour Peter J Katzenstein⁷⁰ c'est le facteur de l'idéologie collective nationale qui prévaut. Le questionnement sur la définition même de l'identité demeure important. Ce concept est défini de façon large ce qui permet d'expliquer toute une variété d'actions prises par les États mais ne conduit pas nécessairement à comprendre pourquoi les États possédant un type spécifique d'identité réagissent de telle ou telle façon ni à prévoir leur réaction⁷¹. De plus, un État peut avoir plusieurs identités et l'une d'elle peut prévaloir dépendamment des enjeux au moment de la prise de décision. «States may have multiple types identities – a democratic state, a capitalist state, an Islamic state, a European state. International social structure is important here,

⁶⁹ *Ibid.*, p. 398.

⁷⁰ Peter J Katzenstein, *The culture of National Security Norms and identity in World Politics*, New-York, Columbia Univ. Press, 1996.

⁷¹ Finnemore et Sikkink, «Taking Stock», *loc. cit.*

because at any one time, certain type of identities have more or less international legitimacy.⁷²» Mais peu importe l'identité choisie, l'État demeure le canal formel par lequel une loi ou une résolution s'adopte.

Outre l'identité de l'État qui lui confère ses intérêts, différents facteurs entraînent la prise de position d'un État dans le système international. Nous l'avons déjà mentionné, la norme agit comme un corset sur les États et crée une pression dans le système international. La société civile, les groupes activistes transnationaux, les Organisations internationales et les ONG agissent au delà et en parallèle des États (*beyond states*) en mobilisant l'opinion publique et en forçant l'agenda des forums internationaux. Ces organismes n'échappent pas au processus de construction de l'identité et «Critical constructivists believe that certain powerful groups play a privileged role in the process of social construction.⁷³» Par exemple, le CICR est la sommité reconnue en matière de DIH. Sa crédibilité est solide et en fait un puissant entrepreneur de norme.

1.2 La norme dans le constructivisme

L'émergence de nouvelles normes pouvant remodeler les intérêts d'un État, avérés par de nouvelles pratiques, influe directement sur l'identité de celui-ci. La mise à jour de ce processus de changement dans le système international pose un réel défi. Les composantes sociales et humaines inhérentes au phénomène obligent la lecture et la dissection de variables multifactorielles qui dépassent les facteurs matériels comme nous l'avons mentionné. Finnemore et Sikking rappellent que les cadres d'analyse sont plus efficaces pour expliquer les facteurs de stabilité que les facteurs de changements. Les auteures précisent : «Lacking good macrotheoric guidance, our approach to these questions relies heavily on induction from the extensive and growing body of norms research that sprung up, not just in political science, but in law, economics, sociology and psychology.⁷⁴»

⁷² *Ibid.*, p. 399.

⁷³ *Ibid.*, p. 398.

⁷⁴ Finnemore et Sikking, «International Norms», *loc. cit.*, p. 888.

La particularité de Finnemore réside dans son approche inductive et empirique concernant le rôle des Organisations internationales, et plus particulièrement, celui des groupes issus de la société civile dans la mutation de l'environnement international. Elle explore comment ces groupes opèrent ainsi que les conditions qui favorisent leur réussite. Sikking vient ajouter au travail de Finnemore en affinant le phénomène des normes expliquant leur cycle de vie.

Comme Finnemore certains auteurs ont focalisé sur le rôle des Organisations internationales y accordant toute l'attention. Par exemple, Emanuel Alder⁷⁵ démontre comment l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe s'est servie de sa réputation d'organisme impartial et de sa légitimité pour promouvoir un séminaire sur la diplomatie en enseignant à ses membres de nouvelles valeurs et des nouveaux modèles de comportement. De leur côté, Christian Deblock et Dorval Brunelle⁷⁶ analysant la théorie des régimes soulignent que la notion de mondialisation «a également des incidences juridiques profondes dans la mesure où elle contraint les États à réviser l'ordre légal national pour les adapter aux nouvelles pratiques des acteurs privés d'une part, à l'approfondissement des processus intégratifs économiques au niveau mondial comme au niveau régional, d'autre part.⁷⁷» Dans une étude sur le sujet effectuée en 1995, Klotz pour sa part, a mis en lumière le corollaire entre le travail des activistes anti-apartheid sur la nouvelle politique étrangère des États-Unis et des pays du Commonwealth⁷⁸.

Plusieurs auteurs, donc, ont établi de façon exhaustive un constat de l'impact des groupes civils transnationaux, incluant les Organisations internationales, sur la construction de nouvelles normes dans le système international. Mais les mécanismes et les conditions favorisant l'émergence, la durée voire l'internationalisation de celles-ci ont été peu atomisés.

⁷⁵ Emanuel Adler, «Seeds of peaceful change : The OSCE's security community-building model». In Emanuel Adler et Michael Barnett (dir.) *Security Communities*, New-York. Cambridge University Press, 1998.

⁷⁶ Christian Deblock et Dorval Brunelle, «Globalisation et nouveaux cadres normatifs. Le cas de l'Accord multilatéral sur l'investissement», *Continentalisation, Cahier de recherche 98-2*, 1998, En ligne : <<https://depot.erudit.org/retrieve/617/000239pp.htm>> (page visitée le 16 avril 2009).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁷⁸ Audie Klotz, *Norms in International Relations: The Struggle against Apartheid*, New-York, Cornell Uni. Press, 2005; cité par Finnemore et Sikking, «Taking Stock», *loc. cit.*, p. 400.

Onuf établit que pour analyser le processus de construction des règles et le rôle des agents et des institutions, il faut partir de la règle elle-même. Rappelons que la règle chez Onuf niche dans un espace connexe à la norme de Finnemore ou Sikking. Onuf affirme que les règles construisent les agents et que les agents construisent les règles. L'articulation de cette assertion s'opère par le biais de trois éléments consécutifs les uns des autres : les agents eux-mêmes (*agency*), les buts poursuivis (*goals*) et les circonstances dans le système international. Les agents sont des individus ou des États (groupement d'agents qui devient agent dans le contexte du système international). Un mouvement circulaire entre eux influencerait leurs intérêts. Mais l'agent, qu'il soit individu ou État, reste limité par ses besoins (air pour respirer, etc.). Il n'est jamais complètement indépendant. Cette interdépendance est une composante importante dans l'approche constructivisme. «The freedom that agents do have depends on their ability to recognize the material and social limits that apply to them.⁷⁹» L'agent a des intérêts, il poursuit des buts et maximisera tous les moyens à sa disposition pour y arriver. Cette prémisse de base est immuable pour toutes les composantes étatiques et non étatiques du système international. Mais la question reste entière : par quel processus passent ces composantes pour qu'un changement d'intérêt survienne et que le phénomène soit déclenché, à savoir, le changement d'intérêts entraînant une mutation des pratiques représentationnelles puis une identité modifiée; et vice-versa, une identité modifiée changeant les pratiques le tout actionnant l'effet de l'intersubjectivité et surtout dans quelle mesure ces phénomènes sont vérifiables?

1.3 Le cadre théorique et les travaux de la Commission des droits de l'homme

*How do states know what they want?*⁸⁰ Voilà le point de départ de la réflexion de Finnemore sur les changements de pratiques sous-jacentes à l'apparition de nouvelles normes. Comment reconnaître une norme, d'où vient-elle et comment savons-nous qu'elle fait une différence en politique? (*How do we know norms make a difference in politic?*)⁸¹.

⁷⁹ Kubàlková et Onuf, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁰ Finnemore, *op. cit.*, p. 2.

⁸¹ *Ibid.*

Le rapport entre l'agence et la structure est central dans les travaux de l'auteure. Elle établit, effectivement, un lien constitutif entre l'agence et la structure. Finnemore débat du rapport *agent-structure* en critiquant trois différentes approches qui consacrent la et les *structure-s sociale-s* en tant que variable causale : celle des régimes (Ruggie), celle de l'École anglaise (English school) (Bull) et celle de l'institutionnalisme (Meyer). Quoique incomplète, cette dernière approche, lui semble plus explicite car contrairement à la première, elle intègre d'autres composantes que celle de l'État comme acteur. «In the sociological institutionalist's view, social structure is constituted, not by international society of states, but by an expanding and deepening world culture.⁸²» Même si ces trois approches restent incomplètes en soi pour expliquer *comment* les États savent ce qu'ils veulent, l'auteure dégage de l'institutionnalisme le rôle déterminant des organisations qu'elles soient Organisations internationales, Organisations intergouvernementales, ONG et autres groupes de pression civile.

Finnemore et Sikking mettent l'emphase sur la construction des structures sociales par les agents aussi bien que par la façon dont ces structures influencent et reconstruisent les agents. Les facteurs qui poussent les acteurs à se conformer aux normes sont, en partie rationnels, et liés aux moyens à leur disposition comme le soulignait Onuf mais sont dus aussi, à une *socialisation* qui les poussent à intégrer un scénario acceptant des valeurs, des règles et des rôles. La rationalité considérée sous cet angle et la réponse à la norme sont en lien. Ce continuum d'influence, c'est-à-dire, l'influence de l'agent sur la structure et celle de la structure sur l'agent évolue dans ce que les auteures appellent la structure internationale idéationnelle. «In an ideational international structure, idea shifts and norm shifts are the main vehicles for system transformation.⁸³»

La dynamique du phénomène des entrepreneurs de norme est un levier pour la socialisation des États. Cette dynamique s'apparente aux campagnes de publicité et procède du principe du *lobbying*. La persuasion, sous-tendue par l'association à des éléments influents et par la multiplication de rencontres auprès de responsables détenant le pouvoir, engendre les

⁸² *Ibid.*, p. 19.

⁸³ Finnemore et Sikking, «International Norms», *loc. cit.*, p. 894.

conditions favorables à l'émergence de nouvelles normes. Mais cet axiome n'est pas invariable et ne crée pas automatiquement les conditions favorables à l'émergence d'une nouvelle norme. La contribution de Finnemore et Sicking apporte une plus-value avec le questionnement suivant, à savoir, quelles variables et quels éléments faut-il à l'émergence d'une nouvelle norme, d'une part, et à son influence rendant sa formalisation inévitable jusqu'à son internationalisation d'autre part?

Finnemore cite l'exemple de la première Convention de Genève en tant qu'aboutissement d'une nouvelle norme établie en règle y soulignant le rôle de la société civile dans ce changement. Considérées comme acteurs des relations internationales et de la politique internationale, en tant qu'agents, les Organisations internationales, les Organisations intergouvernementales et les ONG sont une variable incontournable dans la construction de nouvelles normes reconnues et «reconnaissables» pour les États. La pression créée par ces agents, incluant les États «avant-gardistes», stimule, voire contraint une réponse adaptée aux nouvelles valeurs chez les autres agents. Ce processus modifie les intérêts de l'État pour que son image s'arrime et exprime des valeurs reflétant l'ouverture, la transparence, le respect des droits de l'homme et celui du droit international. Ce changement d'intérêts, plus ou moins forcé sous la pression, entraîne peu à peu un changement d'identité. L'auteure souligne, qu'à notre ère, un puissant courant de valeurs et de cultures occidentales façonnent les objectifs sociaux, les règles des marchés économiques, les buts politiques, «but also bureaucracies, expanding individual rights, egalitarian notions of justice, and other distinctive features of modern politics.⁸⁴»

L'auteure focalise, donc, sur l'incidence des Organisations internationales, des Organisations intergouvernementales et des ONG comme facteurs d'influence importants sur la structure dans l'exemple de la première Convention de Genève. «I demonstrate that this 'interest' was created and taught to decisionmakers in states by a transnational, nongovernmental group of individuals who came to be known as International Committee of the Red Cross (ICRC).⁸⁵»

⁸⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁸⁵ Finnemore, *op. cit.*, p. 4.

La dynamique est la suivante : les États sont *socialisés* pour accepter les nouvelles normes et nouvelles valeurs *enseignées (taught)* par les Organisations internationales, les Organisations intergouvernementales et les ONG.

Souvenons-nous que le rôle des entrepreneurs de norme est la persuasion. La notion de nombre, c'est-à-dire, d'une masse critiques d'États (*tipping point*) joue un rôle majeur, particulièrement, dans les deux premiers stades du cycle de vie de la norme. L'exemple de l'adoption de la première Convention de Genève est pertinent car il révèle la complexité liée au domaine du *humanitarian worldview* qui réside dans la nature du système international qui reconnaît les États et non les individus. Au moment des négociations les États invoquaient une ingérence et une entaille au droit des conflits armés. C'est en retraçant les étapes de la création du CICR mis en place par cinq personnages influents de l'époque que Finnemore et Sikking s'interrogent sur l'origine de l'émergence d'une norme. Différentes conditions doivent être présentes pour que la norme émerge dont celle d'une acuité, chez les agents, à reconnaître les comportements appropriés ou désirés dans leur communauté. Les entrepreneurs de norme sont cruciaux car ils martèlent la problématique d'une question ou l'a crée en la soulevant. Mais de toute évidence, la motivation de ces agents (entrepreneurs de norme) ne peut être dissociée de certains coefficients humanitaires tels l'empathie ou l'altruisme. Pour faire avancer une question ou une cause à l'interne, les agents vont souvent s'appuyer sur des normes internationales déjà existantes. En effet, la littérature démontre «there is a two-level norm game occurring in which the domestic and international norm tables are increasingly linked.⁸⁶» Plusieurs campagnes sur un même thème peuvent se chevaucher au niveau national comme au niveau international. Plusieurs normes internes⁸⁷ sont devenues internationales au travers le travail des entrepreneurs de normes. On peut comparer ces derniers à des architectes et des créateurs de significations et de représentations (*meaning architects*). «In constructing their frames, norm entrepreneurs face firmly embedded alternative norms and frames that create alternative perceptions of both appropriateness and interest.⁸⁸» La bataille de l'opinion publique est primordiale et se révèle une clé de la négociation. «Il n'y aurait pas eu de Convention contre les mines anti-personnelles ni d'avancées sur l'accès aux médicaments,

⁸⁶ Finnemore et Sikking, «International Norms», *loc. cit.*, p. 893.

⁸⁷ Nous traduisons *domestic norm* par *norme interne*.

⁸⁸ Finnemore et Sikking, «International Norms», *loc. cit.*, p. 897.

si des campagnes n'avaient pas été organisées pour éveiller l'opinion publique mondiale.⁸⁹»
Aussi, «NGOs may be most prolific when new fields of law are initiated or new treaties draft.⁹⁰»

Il arrive que la norme internationale vienne en compétition directe avec la norme interne. Le cas du droit au suffrage universel des femmes est éloquent sur cette question⁹¹. Mais l'effet «cascade» inhérent au deuxième stade du cycle de vie de la norme l'a emporté. À ce stade le *tipping point* est atteint. Motivés par la légitimité, le besoin d'estime et l'image d'une bonne réputation, les chances pour qu'une dynamique d'imitation entre les agents s'installe sont grandes :

«The exact motivation for the second stage where the norm 'cascades' through the rest of the population (in this case, of states) may vary, but we argue that a combination of pressure for conformity, desire to enhance international legitimation, and the desire of state leaders to enhance their self-esteem facilitate norm cascades.⁹²»

Frédéric Ramel⁹³ résume ainsi les trois stades du cycle de vie, ou cycle vital d'une norme au sens de Finnemore et Sicking. Au stade 1 à l'émergence de la norme, les acteurs sont des entrepreneurs de normes dotés d'une plate-forme organisationnelle. Ils sont motivés par l'altruisme, l'empathie et l'engagement. Leur mécanisme est la persuasion. Au stade 2 à la cascade de la norme, les acteurs sont des États et les Organisations internationales. Ils sont motivés par la légitimité, leur réputation et leur estime. Leurs mécanismes sont la socialisation, l'institutionnalisation et la démonstration. Au stade 3 à l'internalisation de la norme, les acteurs sont des juristes, des professionnels et des bureaucrates. Ils sont motivés par la conformité et leurs mécanismes sont les habitudes et l'institutionnalisation. Ce résumé de Ramel est intéressant, quoique biaisé selon nous car dans sa description les acteurs du stade 3 se confondent à ceux du stade 1 sauf pour les bureaucrates. À notre époque, les entrepreneurs de norme associés au stade 1 sont des juristes et des professionnels.

⁸⁹ Rouillé d'Orfeuil et Durão, *loc. cit.*, p. 7.

⁹⁰ Charnovitz, *loc. cit.*, p. 352.

⁹¹ Finnemore et Sicking, «International Norms», *loc. cit.*

⁹² *Ibid.*, p. 897.

⁹³ Frédéric Ramel, «Table ronde N° 5 : l'impact des ONG sur l'incorporation du Statut de Rome : modalités et faiblesses», *Institut d'étude politique, Université Jean Moulin, Lyon III 1*, 2005, en ligne : <<http://sites.univ-lyon2.fr/congres-afsp/IMG/pdf/Ramel1.pdf>>, (page visitée le 4 juillet 2009).

Par ailleurs, le discours, les actes de langage comme outil de persuasion et de légitimation, agissent comme support au processus de construction. En fait, ils sont la principale variable qui permet le changement nécessaire pour la construction, l'émergence et l'influence d'une nouvelle norme. Les actes de langages sont donc fondamentaux dans notre analyse. À l'instar de tout autre concept inhérent à l'approche constructiviste, celui des actes de langage donne matière à différentes définitions selon les auteurs. Ainsi, son degré d'importance et son incidence dans la construction de nouvelles normes diffèrent mais il y a consensus cependant sur son rôle dans la construction de norme. Wendt, Onuf et Kratochwill ont des positions différentes concernant l'apport du langage comme outil de construction. «While for Wendt, intersubjective context arises from 'conversation of gestures,' for Onuf and Kratochwil, it is created by speech acts and institutionalized by norms.⁹⁴» Chez Onuf le langage est l'aspect central à la construction de la réalité. Karin M. Fierke et Knud Erik Jørgensen mentionnent que «According to Onuf, language is an integral part of constructivist theory. Not only does he explicitly include 'words spoken' in his conception of deed, which he portrays as the starting point of his approach. This goes back to claim of speech act theory can be an act in itself.⁹⁵» Fennemore affine ce concept d'*actes de langage* précisant qu'une fois internationalisées les normes ne sont plus sous-tendues par des actes de langage, qu'elles n'en n'ont plus besoin puisque *taken-for-granted*, précision qui n'est pas présente chez Onuf.

Des actes déclaratoires : directifs et engageants, ou des actes élocutoires : d'intention, vont forger une pratique discursive au sein de la structure. Ainsi, même si la résolution concernant la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*⁹⁶ de 1985, contient déjà un large spectre de garanties et une sémantique concernant la réparation, par exemple : «Victims are entitled to redress and to be informed of their right to seek redress⁹⁷», c'est l'évolution des travaux de la Commission des droits de l'homme concernant les *principes fondamentaux et directives* qui a créé une norme

⁹⁴ Karin M. Fierke et Knud Erik Jørgensen (éds), *Constructing International Relations. The Next Generation*, New-York, Londres, M. E. Sharpe, 2001, p. 69.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 70.

⁹⁶ *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés. AG 40/34, Doc. off. AG NU, 40^e sess., supp. n° 53, Doc. NU A/RES/40/34 (1985).

⁹⁷ De Feyter et Parmentier, *op. cit.*, p. 13.

«normative». L'effet «cascade» a rendu possible l'internationalisation de la nouvelle norme, et cela, malgré les résistances d'agents puissants tels les États-Unis et l'Allemagne. Les travaux marquent une mutation du concept de réparation. Dans son rapport final⁹⁸ van Boven met en relief l'impossibilité de réparer «l'irréparable» : «van Boven concluded that gross violations of human rights are by their nature irreparable and any remedy or redress will fail to be proportional to the grave injury inflicted, particularly when the violations have been committed on a massive scale.⁹⁹»

Le travail de fond de persuasion pour aboutir au stade de maturation des *principes fondamentaux et directives*, fut initié d'abord par le Chili doublé par une Organisations intergouvernementales et 12 ONG¹⁰⁰, particulièrement par le CICR et de la Commission internationale de juristes. En véritable entrepreneurs de norme, pour la majorité des experts chevronnés en droit international public, ces organisations tentèrent d'élargir la définition de réparation, et surtout, d'inclurent dans un seul texte le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et celles de violations graves du droit humanitaire. D'Argent mentionne :

Depuis le début, leur ambition était d'aboutir à un texte permettant de faire changer concrètement les choses pour les victimes. Sans les ONG de défense des droits de l'homme, ce projet n'aurait sans doute pas abouti, tel qu'il a abouti et aussi rapidement. Véritables aiguillons, les ONG suivirent ce projet plus attentivement que la plupart des gouvernements impliqués; elles développèrent une expertise et adoptèrent des positions juridiques que peu d'entre eux osèrent se risquer à contester.¹⁰¹

Selon les personnes interrogées ayant participées¹⁰² aux travaux de la Commission des droits de l'homme, des pressions pour que les victimes du DIH soient incluses dans le projet de résolution furent nombreuses et certaines ONG auraient même fait des demandes écrites à M.

⁹⁸ *Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par Theo van Boven, Rapporteur spécial*, Doc. off. CES NU, 45^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993).

⁹⁹ De Feyter et Parmentier, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁰ Voir à l'Appendice C les noms et les détails des participants de la rencontre consultative, concernant les *principes fondamentaux et directives* tenue à Genève le 27 décembre 2002.

¹⁰¹ D'Argent, *loc. cit.*, p. 32.

¹⁰² Les représentants d'ONG ayant répondu à nos questions ont demandé de garder l'anonymat. Nous y reviendrons ultérieurement dans la conclusion.

Bassiouni à ce sujet. En effet, durant le processus, les États-Unis voulaient scinder le document en deux. Ils souhaitaient faire un document pour les victimes de violations flagrantes du DIDH et un autre pour les victimes de violations graves du DIH. Mais les ONG craignaient qu'en acceptant cette demande le document relatif au DIH ne voit pas le jour. C'est l'argumentation liée au principe de la prévalence de la *lex specialis* du DIH, martelé par les deux Rapporteurs spéciaux et les autres spécialistes du DIH, qui fit pencher balance. Les quatre représentants des États-Unis retirèrent leur objection et finirent par céder. Il est intéressant de constater dans cet exemple du phénomène des entrepreneurs de norme, le rôle des ONG et des États en tant qu'agents dans la structure mais également le rôle de l'influence intérieure. Selon les personnes interrogées, un des quatre représentants américains, en l'occurrence madame Christy Fisher¹⁰³, aurait grandement contribué à convaincre ses collègues de retirer leur objection.

1.4 L'identité comme facteur de résistance à la norme

Une des grandes interrogations dans le phénomène de la construction de normes reste de comprendre comment la norme influence les agents et pourquoi ceux-ci vont ajuster ou non leur comportement en fonction d'elles. On peut distinguer deux types de normes internationales : les normes régulatrices et les normes constitutives. Dans l'approche constructiviste les deux types de normes se construisent et s'alimentent, créant un effet intersubjectif propre à l'approche. Mais de manière schématique on peut distinguer les normes régulatrices comme celles régularisant le système international et sujettes à des changements (ententes multilatérales, etc.) et les normes constitutives comme étant celles constituées moins assujetties au changement. L'identité d'un État serait une norme constitutive dans ce sens¹⁰⁴.

¹⁰³ Voir à l'Appendice C les noms et les détails des participants de la rencontre consultative, concernant les *principes fondamentaux et directives* tenue à Genève le 27 décembre 2002.

¹⁰⁴ Finnemore et Sikking, «International Norms», *loc. cit.*

Il y a lieu de distinguer entre l'effet de la norme déjà internationalisée sur les agents et la réaction des agents par rapport à l'effet de l'émergence d'une nouvelle norme dans un processus de construction incluant les trois stades du cycle de vie de la norme. Ce mémoire se concentre davantage sur ce dernier phénomène. Pour nous, la norme internationalisée est, ni plus ni moins, la suite des trois stades du cycle de vie de la norme et correspond davantage à une règle (même informelle) dans le système international. Il est pourtant connu et reconnu que certains États résistent aux normes. Différents chercheurs ont creusé la question. Jeffrey Checkel¹⁰⁵ s'est penché sur cet aspect en analysant comment les États intègrent à leur politique interne les normes internationales. À l'instar de Checkel, d'autres études se sont attardées aux résistances des États face aux normes. Le type de régime, l'état de la situation (conflit latent, conflit armé ouvert, etc.), la culture de la liberté, la défense des droits de l'homme et la présence factuelle d'organisations les défendant, sont des indicateurs de conformité ou de résistance aux normes. Cependant, au delà de ces facteurs, il ressort que les États dont l'influence n'est pas marquante et dont l'identité internationale est mal assurée sont plus enclins à se conformer aux normes internationales. «Gurowitz (1999), in a study of the impact of refugee norms, argued that states with insecure international identities, such as Japan, respond more to international norms than countries with secure international identities, such as Germany.¹⁰⁶» Pourtant les normes internationalisées «have come from somewhere and may not identify feedback effects from local agents global structures.¹⁰⁷»

Nous avançons, plutôt, que dans l'entreprise de construction *des principes fondamentaux et directives*, certains États reconnus pour résister aux normes internationales, donc possédant une forte identité internationale, ont aussi été aspirés dans la spirale du cycle de vie de la norme. L'Amérique Latine était très favorable à tout le processus mais les États-Unis, l'Australie et l'Allemagne, malgré leur opposition à l'intégration du droit à un recours pour les victimes de violations du DIH et du DIDH dans un même texte, l'ont finalement accepté. Le Mexique et l'Argentine de leur côté, étaient toujours en accord avec les experts du CICR

¹⁰⁵ Jeffrey Checkel, «International Norms and Domestic Politics: Bridging the Rationalist-Constructivist Divide», *European Journal of International Relations*, 1997.

¹⁰⁶ Finnemore et Sicking, «Tacking stock», *loc. cit.*, p. 397.

¹⁰⁷ *Ibid.*

et de la Commission internationale de juristes. La France¹⁰⁸ et la Suisse avaient une position très ouverte concernant le DIH. Par contre, des États comme le Canada, les États-Unis, l'Australie, l'Allemagne, le Japon, l'Inde et certains autres d'Afrique¹⁰⁹ invoquaient le manque de distinction dans l'intitulé et dans la sémantique pouvant laisser place à l'interprétation. Nous reviendrons ultérieurement sur le sujet au chapitre 4 mais nous postulons que la puissante influence des ONG a modifié à long terme la structure idéationnelle.

Sur une totalité de 16 ans, les participants affirment que les deux dernières années furent les plus fructueuses et virent se tenir trois rencontres de consultations. Après un travail acharné des deux Rapporteurs spéciaux, de certains États d'Amérique Latine, des Organisations intergouvernementales et des ONG, le texte final¹¹⁰ est adopté par les délégations.

Conclusion

Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire sont adoptés à la 61^e session de la

¹⁰⁸ La France présente une particularité car toute en possédant une identité assurée sur l'échiquier international moderne, elle a un historique de défenderesse des libertés, des indépendances nationales et territoriales ainsi que de respect des droits de l'homme. Affaiblie après la Deuxième Guerre mondiale, elle ne participe pas aux accords de Yalta et sa place dans le monde est à redéfinir. La réforme de la V^e République sous le Général de Gaulle lui rebattit sa réputation. Elle fut la première à reconnaître la Chine populaire, à démontrer une ouverture aux pays de l'Est et à promouvoir une politique étrangère de décolonisation. Voir par ex. Robert Frank, «La France et son rapport au monde du XX^e siècle», *Politique étrangère*, vol. 65, n° 3-4, 2000.

¹⁰⁹ Voir *Rapport de réunion de consultation sur les projets de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire*, Doc. off. CES NU, 59^e sess., Doc. NU E/CN.4/2003/63 (2002).

¹¹⁰ *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés. CES 2005/35, Doc. off. CES NU, 61^e sess., Doc. NU E/CN.4/RES/2005/35 (2005).

Commission des droits de l'homme par 40 États en faveur, aucun contre et 13 abstentions¹¹¹ dont les États-Unis, l'Allemagne et l'Australie font parties. Sans être en faveur, ces puissances n'ont pas voté contre la résolution de la Commission des droits de l'homme. L'abstention dans ce contexte est analysée comme un ralliement et considérée comme une vérification de l'effet des trois stades la norme. Effectivement, le 16 décembre 2005, cette nouvelle norme s'est vue internationalisée à l'Assemblée générale de l'ONU dans la résolution 60/147¹¹².

Au sein des questions internationales débattues les ONG composés d'experts chevronnés en DIP, bataillent généralement à l'interne comme à l'externe et leur reconnaissance est acquise dans les forums internationaux. Les ONG qui s'étaient penchées sur les mécanismes permettant la réparation des victimes, ou plutôt l'inaptitude à les réparer, ont construit une sémantique devenue réalité concernant cette lacune. «Il s'agit plutôt de constater que les États ne sont plus que très modestement les inspirateurs du développement du droit international des droits de l'homme, l'appareil conceptuel ainsi que le discours rendant celui-ci acceptable leur échappant en grande partie.¹¹³» Les ONG, entrepreneurs de normes modèlent effectivement la structure idéationnelle. Cette structure, rappelons-le, est la matrice dans laquelle les identités changent et se transforment au rythme des altérations des intérêts. Au gré d'une danse d'avancements et de reculs, on peut affirmer que les entrepreneurs de norme ont tout de même infléchi la position des États puisque le résultat se mesure dans l'adoption de la résolution d'une part et dans l'effet de continuité que sont les Conférences de Toronto et de Rio comme nous le verrons ultérieurement.

¹¹¹ Les 13 abstentions : Arabie Saoudite, Allemagne, Australie, Égypte, Érythrée, États-Unis, Éthiopie, Inde Mauritanie, Népal, Qatar, Togo et Soudan. Voir Bassiouni, *loc. cit.*, p. 250.

¹¹² *Supra* note 10 à la p. 4.

¹¹³ D'Argent, *loc. cit.*, p. 32.

CHAPITRE II

DISPOSITIONS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC EN MATIÈRE DE RÉPARATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT HUMANITAIRE

La construction de nouvelles normes au sens de notre cadre théorique est due principalement aux changements d'intérêts des États résultant du travail de persuasion des entrepreneurs de normes. Les ONG, principaux entrepreneurs de normes et experts du DIP, notamment du droit humanitaire, ont tenté de dépasser les dispositions du DIDH et du DIH en matière de réparation en exerçant la pression nécessaire sur les États.

Dans l'atteinte de leur objectif à faire avancer la cause du droit à un recours et à réparation pour les victimes et dans le but de modifier les textes de droit, les Organisations intergouvernementales et les ONG devaient être au fait des dispositions prescrites dans les instruments du DIDH et du DIH. En d'autres termes, la connaissance du terrain ainsi que la maîtrise du sujet étaient incontournables dans l'exercice.

Ce chapitre examine les fondements et les mécanismes existant relativement au droit à un recours et à réparation pour les victimes, examen qui sert de base sur laquelle les délégations d'Organisations intergouvernementales et d'ONG se sont appuyées pour puiser leurs arguments dans le but d'influencer le forum international. En d'autres mots, les règles du DIH, les normes (au sens du droit) du DIDH et la jurisprudence concernant les tentatives de recours en réparation des victimes leur ont conféré les outils nécessaires pour pousser la réflexion plus loin. Nous verrons que les mécanismes pour tenter un recours en réparation en tant que personne privée au sein des deux systèmes du DIP, soit le DIH et le DIDH, sont complexes particulièrement en DIH. L'immunité d'État et le règlement conclu lors des

accords de paix incluant la question de la réparation des victimes de guerre, sont les principales pierres d'achoppement rencontrées par les victimes de violations du DIH.

Finalement, il nous semble important de préciser que ce chapitre ne prétend pas être une étude exhaustive d'exemples jurisprudentiels découlant de jugements et d'arrêts rendus par les tribunaux internes et différentes cours régionales. Il cherche plutôt à étayer les particularités propres aux deux domaines de droit pour mieux évaluer la portée du texte des *principes fondamentaux et directives*. Dans un second temps, il met en relief les carences et les manquements en matière de réparation des victimes de violations du DIDH et de violations du DIH, carences et manquements qui propulsèrent un questionnement sur le sujet et la mobilisation d'ONG pour en dénoncer les incohérences dans une enceinte de négociations internationales.

2.1 Les fondements juridiques du droit à la réparation

Le droit à un recours pour une victime est intimement lié à l'obligation de poursuivre les agresseurs présumés. L'imputabilité et l'obligation de poursuivre marquent la volonté d'accorder, de redonner en quelque sorte, la responsabilité aux auteurs de violations de normes du DIP. Le domaine de la *responsabilité* a trait à l'agresseur, lequel devrait en principe, être poursuivi par l'État. Le domaine du *recours* est celui de la victime. En droit, l'obligation de réparer fait suite à la commission ou à l'omission d'un acte concernant la violation d'une règle juridique¹¹⁴. Ce postulat se vérifie en droit interne dans plusieurs États ainsi qu'en droit québécois mais ne semble pas se transposer automatiquement en DIP.

En DIP, la détention de droits n'engage pas obligatoirement la capacité d'exercer un recours en soi puisque, théoriquement, seul l'État est sujet d'ordre international et ceci se vérifie particulièrement en DIH. Pourtant, la pratique démontre que «la question n'est donc plus de savoir si les individus sont sujets d'ordre juridique international; elle est plutôt de déterminer

¹¹⁴ Jean-Louis Baudoin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

quels sont leurs droits, en droit international, lorsqu'ils sont victimes de la violation de règles qui les protègent.¹¹⁵» David affirme également de son côté, en parlant de la responsabilité des agresseurs, que les parties aux prises dans un conflit armé international (conflit interétatique) ou non international (conflit intra-étatique) peuvent être des organes d'État ou des personnes privées. Cette responsabilité que l'on reconnaît à la personne privée (individu) en tant que sujet de DIP est due, en partie, au droit pénal international, initié avec les tribunaux militaires internationaux suite à la Deuxième Guerre mondiale. «Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international.¹¹⁶» Pour David, il n'y a pas de contradiction entre le fait que le droit international s'applique aux États et que le droit à un recours soit reconnu à des individus.

Le droit à un recours pour une victime est reconnu en droit interne domestique, en droit international privé, en droit international public, en droit des droits de l'homme et au sein de différentes conventions régionales. Mais dans le cas qui nous intéresse et dans le cadre de ce mémoire, nous nous attarderons au droit à un recours et à réparation des victimes de violations des droits de l'homme et du droit humanitaire plus précisément, de violations flagrantes du DIDH et de violations graves du DIH.

D'Argent dresse ainsi la liste des dispositions prévues dans les principaux instruments du DIDH et DIH (internationaux et régionaux) relativement au droit à un recours et à réparation pour les victimes de violations du DIDH et du DIH¹¹⁷ :

¹¹⁵ D'Argent, *loc. cit.*, p. 28.

¹¹⁶ Jugement du 30 septembre-1^{er} octobre 1946, *Procès des grands criminels de guerre devant le T.M.I.*, Doc. off., Nuremberg, 1947, vol. 1, p. 235, cité par David, *op. cit.*, p. 197.

¹¹⁷ Art. 8 *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n^o 13, Doc. NU A/810 (1948). Art. 2 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171. Art. 6 *Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195. Art. 14 *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85. Art. 39 *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3. Art. 3 *Convention IV relative aux lois et coutumes de la Guerre (1907)* 18 octobre 1907, 36 R.T.S.N. 539. Art. 91 *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3. Arts. 68 et 75 *Statut de Rome*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3. Art. 7 *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée le 26 juin 1981, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3. Art. 25 *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123. Art. 13 *Convention de sauvegarde des*

Pour le droit international des droits de l'homme :

- ✓ L'art. 8 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*
- ✓ L'art. 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*
- ✓ L'art. 6 de la *Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale*
- ✓ L'art. 14 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*
- ✓ L'art. 39 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*

Pour le droit international humanitaire :

- ✓ L'art. 3 de la *Convention de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*
- ✓ L'art. 91 du *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève*
- ✓ Les arts. 68 et 75 du *Statut de Rome* instituant la *Cour pénale internationale*
- ✓ L'art. 7 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*
- ✓ L'art. 25 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*
- ✓ L'art. 13 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*

Une des difficultés du DIP réside dans la résistance des États au respect de son application. La jurisprudence des différents paliers de juridictions démontrent en effet un manque d'uniformité dans le jugement de causes parfois similaires et surtout un argumentaire martelant la primauté de l'État comme sujet du DIP. Le DIH est plus ardu à mettre en œuvre à cause entre autres, d'une quasi absence de mécanismes de contrôle (sauf la Commission d'établissement des faits comme nous le verrons aux pages suivantes). La notion de prévention est très importante en DIP. L'État a le devoir de prévenir les violations et l'obligation de les faire cesser lorsqu'elles sont commises.

Le jugement rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*¹¹⁸, souvent citée en matière des droits de l'homme, le rappelle explicitement. La Cour affirme dans son jugement que le mot «respecter» à l'article 1 (1) de

droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221. Voir d'Argent, *loc. cit.*, pp. 28-55.

¹¹⁸ *Affaire Velásquez Rodríguez (Honduras)* (1988) Inter-Am. Ct.H.R. (Sér. C) n° 4, en ligne : The Inter-American Court of Human Rights <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf> (page visitée le 28 décembre 2008).

la Convention américaine relative aux droits de l'homme¹¹⁹ implique pour l'État partie de prendre tous les moyens nécessaires afin d'assurer la liberté et le plein respect des droits garantis par la Convention :

Art.1 (1) : Obligation de respecter les droits de la Convention :

Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale

Art. 8 (1) : Garanties judiciaires :

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine

Art. 25 (1) : Protection judiciaire :

Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violents ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles

La conférence sur la réaffirmation et le développement du DIH à Genève en 1977 a permis de codifier des règles de droit coutumier et d'instaurer de nouvelles règles dont les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève sont porteurs. Le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève reprend essentiellement l'article 3 commun aux Conventions de Genève¹²⁰ pour la protection des victimes de conflits armés non internationaux. L'obligation de réparer suite à un conflit armé découle d'un droit coutumier et conventionnel. Néanmoins, ce type de réparation se confine aux réparations collectives sous forme de

¹¹⁹ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123.

¹²⁰ *Supra* note 7, *Conventions de Genève*, art. 3 para. 1 : Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

réparations de guerre¹²¹. La réparation sur le plan individuel est-elle possible dans un tel contexte en DIH et en DIDH? Certains jugements rendus par la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹²² semblent démontrer qu'il y a plus de réussite dans l'exercice de son droit à un recours et à réparation pour une victime par le truchement des instruments des droits de l'homme. Zegveld fait le même constat : «The best prospects seem to exist where human rights courts are not humanitarian law courts and are not in any respect explicitly related to the field of IHL, they do provide a forum for victims of violations of IHL.¹²³»

Cette difficulté à être entendue et compensée en tant que victime de violations du DIH par les tribunaux des instruments des droits de l'homme régionaux, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou la Cour européenne des droits de l'homme, a interpellé Christophe Greenwood¹²⁴ dans son rapport «International Humanitarian Law» présenté en 1999 pour le centenaire de la Conférence internationale de la paix à la Haye. Il suggère que «the monitoring mechanisms of human rights conventions could be used in an indirect way to assist in ensuring compliance with the law applicable in internal conflicts.¹²⁵» Il est parfois mentionné dans la doctrine¹²⁶ qu'une violation du DIH étant également une violation des droits de l'homme, les tribunaux et cours adjacents aux instruments des droits de l'homme devraient statuer en fonction des dispositions du DIH. De plus, certains avis de la Cour internationale de justice¹²⁷ soulignent le chevauchement des deux domaines du droit. Mais nous verrons que même s'il peut sembler implicite pour certains juristes qu'une infraction ou

¹²¹ Pierre d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public, la responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles/Paris, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain XXXVI, Bruylant/ LGDJ, 2002.

¹²² Voir par ex. *Affaire Velásquez Rodriguez (Honduras)* (1988), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 4. -- *Affaire Bámaca Velásquez (Guatemala)* (2000) Inter-Am. Ct. H. R. (Sér. C) n° 70. -- *Affaire Myrna Mark Chang (Guatemala)* (2003) Inter-Am. Ct. H. R. (Sér. C) n° 101. -- *Affaire Salvador Chiriboga (Ecuador)* (2008), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 179.

¹²³ Liesbeth Zegveld, «Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 851, 2003, p. 515.

¹²⁴ Christophe Greenwood est juge et professeur de droit international au London School of Economics.

¹²⁵ Zegveld, *loc. cit.*, p. 520.

¹²⁶ Voir Hans-Joachim Heintze, «On the relationship between Human Rights Law protection and International Humanitarian Law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 856, 2004. Voir aussi Zegveld, *Remedies for Victims, loc. cit.*

¹²⁷ *Infra* notes 176 et 177 à la p. 53.

une violation des règles du DIH entraîne automatiquement une atteinte du DIDH, le droit international public classique reconnaît pourtant la différence entre les deux systèmes droit que sont le DIDH et du DIH.

2.2. La différence entre le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire

De façon schématisée, les normes du DIDH s'appliquent en temps de paix et les règles du DIH s'appliquent en temps de conflit armé. Pourtant Provost mentionne que : «Human rights and humanitarian law constitute two wholly independent systems, allowing for the possibility of concurrent application to the same situation or, less happily, of the inapplicability of both systems.¹²⁸» Le DIH vise la protection des personnes qui ne participent plus aux hostilités ou celles qui n'y participent pas et qui se trouvent dans un contexte de conflit armé. Il est issu d'un droit coutumier que l'on peut qualifier d'ancien¹²⁹. Jean-Jacques Rousseau écrivait en 1792 :

La guerre n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes, ni même comme citoyens, mais comme soldats (...) La fin de la guerre étant la destruction de l'État ennemi, on a le droit d'en tuer les défenseurs tant qu'ils ont les armes à la main, mais sitôt qu'ils les déposent et se rendent, cessant d'être ennemis, ou instruments de l'ennemi, ils redeviennent simplement hommes et l'on n'a pas droit sur leur vie.¹³⁰

Les Conventions de Genève de 1949 imposent des obligations aux parties au conflit. Les règles du DIH sont édictées également dans la Convention IV relative aux lois et coutumes de la guerre de 1907 et dans les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977. Les États sont tenus de mettre en place des mécanismes pour les mettre en œuvre comme, par exemple, une législation pénale. De plus, des procédures d'enquête sont prévues,

¹²⁸ René Provost, *loc. cit.*, p. 274.

¹²⁹ Par exemple, Éric David professeur à l'Université libre de Bruxelles, cite plusieurs exemples de pensées humanitaires introduites dans le *jus in bello*, qui remontent jusqu'à 1200 av. J.-C., comme les lois de Manou qui exigeaient que les vainqueurs ménagent les vaincus, qu'ils soignent les blessés et interdisaient l'emploi de flèches recourbées ou empoisonnées. Voir David, *op. cit.*, p. 36.

¹³⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social et autres oeuvres politiques*, Paris, Garnier, 1975, cité par David, *ibid.*, p. 41.

notamment pas le biais de la Commission internationale d'établissement des faits¹³¹. Le DIDH quant à lui vise la protection des personnes, en tant qu'individu en tout temps contre notamment des actes arbitraires posés par leur propre gouvernement. De même que pour le DIH, c'est à l'État qu'incombe l'adoption de législations mettant en œuvre les dispositions de traités internationaux et des conventions régionales traitant des droits de l'homme. Ceux-ci sont octroyés et garantis à tous, incluant les nationaux des États non parties aux traités des droits de l'homme ainsi qu'aux apatrides.

La situation en droit humanitaire est totalement différente. «The humanitarian law norms were generally understood as applicable to States vis-à-vis each other and commonly worded in terms of prohibitions applicable to the parties to a conflict.¹³²» Même s'il arrive qu'en temps de conflit armé l'application des droits de l'homme, et donc, les droits constitutionnels soient suspendus, *de jure*, cette suspension demeure circonscrite par les limites tracées dans les instruments qui les énoncent. Mais, *a priori*, les droits de l'homme continuent de s'appliquer même en temps de conflit armé. Ainsi, la clause Martens¹³³ que l'on retrouve dans divers instruments, dont le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, stipule que dans les cas non prévus par le droit des conflits armés : «sous l'emprise du principe du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique¹³⁴», les droits de l'homme continuent de s'appliquer.

De plus, le DIH est une *lex specialis* alors que les droits de l'homme sont une *lex generalis*. La notion de *lex specialis* en DIH est une notion complexe qui dépasse le cadre de ce mémoire mais pour illustrer schématiquement cette notion, mentionnons que les règles découlant des quatre Conventions de Genève seront celles à suivre et à appliquer concernant

¹³¹ La Commission internationale d'établissement des faits effective depuis 1992 découle de l'article 90 du Protocole additionnel I mais celle-ci n'est pas vraiment fonctionnelle. Certains juristes s'entendent cependant pour dire que l'article 90 du Protocole additionnel I pourrait s'appliquer au Protocole II. Voir Luigi Condorelli, «La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits : un outil obsolète ou un moyen utile de mise en œuvre du droit international humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 83, n° 842, 2001.

¹³² Zegveld, *loc. cit.*, p. 503.

¹³³ Frédéric de Martens, juriconsulte estonien pour le compte du Tzar avait ce souci de protéger les civils et fit ajouter cette clause dans le préambule de la deuxième convention de la Haye de 1899. Voir David, *op. cit.*, p. 76.

¹³⁴ *Ibid.*

les victimes en cas de conflit armé. Comme le mentionne Sassòli, le prisonnier de guerre n'est pas interné en raison de sa personne mais de son appartenance aux forces armées ennemies. Le recours en justice sur des bases d'éléments individuels n'aurait alors pas de poids. C'est le contexte systémique qui conduit à la conclusion de la prévalence du DIH dans les cas de conflits armés¹³⁵. Pour l'auteur, en même temps que le DIH précise le DIDH en imposant des conduites à adopter pendant les conflits armés, inversement, le DIH se fait préciser par le DIDH. Ainsi, dans un conflit armé le DIDH régit les questions non régies par le DIH, en d'autres termes, la *lex generalis* gère les aspects non couverts par la *lex specialis*. De plus, l'évolution et le développement des droits de l'homme sont postérieurs aux Conventions de Genève, ainsi, certains droits du DIDH auraient préséance sur certaines règles de DIH. Cette évolution rend les frontières entre les deux droits poreuses d'autant plus lorsqu'il s'agit de conflits armés non internationaux mettant en scène des combattants non étatiques¹³⁶ et des factions rebelles attaquant des populations civiles.

À cette étape, il y a lieu d'apporter une précision. Bien que régi par le même domaine de droit soit, le DIH, un conflit armé international présente des spécificités différentes de celles d'un conflit armé non international. Le premier est régi par le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève et le second par le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. Également, l'article 3 commun aux Conventions de Genève dicte la règle en cas de conflit armé non international.

Néanmoins, que le conflit armé éclate dans un contexte international ou non international, la prévalence des droits de l'homme en tout temps est prétendue par certains experts dont Hans Joachim Heintze qui adhère à la position de Greenwood. Heintze pose que l'adoption de la Charte des Nations unies et la création des instruments relatifs à la défense des droits de l'homme subséquents, ont modifié la division «chirurgicale» (*surgicaly clear division*)¹³⁷ des

¹³⁵ Marco Sassòli, «Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humaines?», Andreas Auer et Alexandre Flückiger (éd.) : *Les droits de l'homme et la constitution. Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Collection Genevoise, Schulthess, Zurich, 2007, en ligne : <<http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/Sassòli-lexspecialis.doc>> (page visitée le 22 mai 2009).

¹³⁶ Voir généralement Provost, *op. cit.*

¹³⁷ Heintze, *loc. cit.*, p. 789.

deux droits. Plusieurs normes des droits de l'homme continuent de s'appliquer en temps de conflit armé. L'auteur cite l'article 38 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant¹³⁸ qui élève les standards de l'article 77 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève¹³⁹ : «the example of CRC [Convention on the Rights of the Children] demonstrates not only that the law of peace and the law of war overlap but also that, when examining which duties are incumbent on State in times or armed conflict, it is not possible to avoid taking international human rights law into consideration.¹⁴⁰» Ainsi, même avant l'adoption de la Charte des Nations unies, certains juristes et autres experts du DIP voyaient un recoupement entre les deux domaines de droit. Déjà en 1872, Bluntschli¹⁴¹ arguait «that the declaration of war did not rescind the legal order but 'on contrary, we recognize that there are natural human rights that are recognized in times of war as peacetime'.¹⁴²» D'autres instruments relatifs aux DIDH mettent également ce principe en évidence. Par exemple,

¹³⁸ *Supra* note 117, *Convention relative aux droits de l'enfant*, art. 38 : 1. Les États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants. 2. Les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de 15 ans ne participent pas directement aux hostilités. 3. Les États parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de 15 ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de 15 ans mais de moins de 18 ans, les États parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées. 4. Conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du droit humanitaire international de protéger la population civile en cas de conflit armé, les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins.

¹³⁹ *Supra* note 8, *Protocole additionnel I*, art. 77 : 1. Les enfants doivent faire l'objet d'un respect particulier et doivent être protégés contre toute forme d'attentat à la pudeur. Les Parties au conflit leur apporteront les soins et l'aide dont ils ont besoin du fait de leur âge ou pour toute autre raison. 2. Les Parties au conflit prendront toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées. Lorsqu'elles incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Parties au conflit s'efforceront de donner la priorité aux plus âgées. 3. Si, dans des cas exceptionnels et malgré les dispositions du paragraphe 2, des enfants qui n'ont pas quinze ans révolus participent directement aux hostilités et tombent au pouvoir d'une Partie adverse, ils continueront à bénéficier de la protection spéciale accordée par le présent article, qu'il soient ou non prisonniers de guerre. 4. S'ils sont arrêtés, détenus ou internés pour des raisons liées au conflit armé, les enfants seront gardés dans des locaux séparés de ceux des adultes, sauf dans le cas de familles logées en tant qu'unités familiales comme le prévoit le paragraphe 5 de l'article 75. 5. Une condamnation à mort pour une infraction liée au conflit armé ne sera pas exécutée contre les personnes qui n'avaient pas dix-huit ans au moment de l'infraction.

¹⁴⁰ Heintze, *loc. cit.*, p. 793.

¹⁴¹ Johann Caspar Bluntschli était un juriste et un homme politique suisse du XIX^e siècle (mars 1808 – octobre 1881) s'intéressant aux droits humains et à la philosophie.

¹⁴² Heintze, *loc. cit.*, p. 790.

l'article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme¹⁴³ fait mention de droits inaliénables qui ne peuvent être abrogés en temps de conflit armé. Comme nous l'avons mentionné antérieurement, les règles édictées dans les instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme démontrent que les droits de l'homme sont intrinsèques aux règles régissant les droits en temps de conflit armé.

Par ailleurs, les deux Rapporteur et Expert, van Boven et Bassiouni, postulent comme d'autres experts¹⁴⁴ que l'article 3 de la Convention IV relative aux lois et coutumes de la guerre¹⁴⁵ contient les dispositions nécessaires rendant effectif le droit d'un individu à un recours et à réparation. Ce fut la position adoptée pendant les travaux de la Commission des droits de l'homme. Pourtant, les experts du DIP ne font pas consensus sur la question. L'International Law Association nuance de la façon suivante, citant les propos de la Commission d'enquêtes sur le Darfour: «even if Article 3 of the 1907 Hague Convention IV was initially not intended to provide for a right to compensation for individuals, it did so

¹⁴³ *Supra* note 117 *Convention américaine*, art. 27 : 1. En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale. 2. La disposition précédente n'autorise pas la suspension des droits déterminés dans les articles suivants: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques). Elle n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés. 3. Tout Etat partie, qui a recours au droit de suspension, devra immédiatement informer les autres Etats parties à la présente Convention, par le truchement du Secrétaire général de l'Organisation des Etats Américains, des dispositions dont l'application a été suspendue, des motifs de la suspension et de la date fixée pour la fin de celle-ci.

¹⁴⁴ Voir par ex. Emanuela-Chiera Gillard, «Reparation for Violations of International Humanitarian Law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 851, 2003, à la p.532 : Parlant du droit à un recours et à réparation des victimes de violations du DIH en vertu de l'article 3 de la Convention IV relative aux lois et coutumes de la guerre, elle affirme que «The same general principles apply to violations of international humanitarian law. This is expressly laid down as long as 1907 in the Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land». Voir aussi Zelgvel, *supra* note 123 à la p. 506 : «Several experts have taken the view that the very purpose of the article has been to confer rights directly on individuals».

¹⁴⁵ *Supra* note 117 *Convention IV*, art. 3 : La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée.

meanwhile as emergence of human rights in international law had changed the concept of state responsibility.¹⁴⁶» L'International Law Association ajoute :

«This means that it is still difficult to argue that there is sufficient state practice to hold that Article 3 of the 1907Hague Convention IV, as it was to be interpreted at the time of World War II, did provide for an individual right to reparation, including monetary compensation. However, in view of the subsequent development of international law, in particular the recognition of the individual as a legal subject under international law, it might indeed be possible to argue that this provision, as interpreted in the light of present international law, does now provide for such a right. However, it must be admitted that there is still no pertinent state practice which would allow for the conclusion that such an interpretation might be considered as constituting customary international law.¹⁴⁷»

2.3 Les mécanismes de recours existant dans les deux domaines de droit

La notion de réparation classique en DIP découle du principe de l'obligation de réparer l'État agressé en cas de violation du *jus ad bellum*. Elle relève de la notion de *war reparations* ou de «paiements de guerre» telle que la France l'a expérimentée au moment de la Révolution française, par exemple : «On a pu ainsi comptabiliser que la France, entre 1795 et 1810, était convenue avec ses ennemis défaits de paiements à son profit totalisant la somme d'environ 617,48 millions de livres de l'époque¹⁴⁸», ou encore, dans les conditions du Traité de Versailles¹⁴⁹ ayant mis fin à la Première Guerre mondiale et qui imposait de fortes réparations de la part de l'Allemagne. La genèse du principe «des réparations» se situe en temps de conflit armé interétatique. Les réparations obtenues dans ce contexte sont synonymes «d'indemnisations». La notion s'est étendue au *jus in bello* où la protection des individus contre l'atteinte d'hostilités militaires fut mise de l'avant et s'est élargie, durant les dernières décennies, pour s'adapter entre autres, à la complexité des conflits armés intra-étatiques¹⁵⁰.

¹⁴⁶ (International Law Association), Draft Report : «Compensation for victims of war, Introduction», Dr Luke Lee, Chair et Rainer Hofmann co-Rapporteur: Toronto Conference, *International Law Association*, 2006, p. 8.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Pierre d'Argent, *loc. cit.*, p. 19.

¹⁴⁹ Traité de paix avec l'Allemagne (Traité de Versailles), 28 juin 1919, 2 USBS 43.

¹⁵⁰ Voir d'Argent, *loc. cit.*, pp. 775-779.

Les États disposent de systèmes légaux nationaux qui sont les premiers véhicules d'application des droits de l'homme et humanitaire. Effectivement, la majorité des États possède des mécanismes permettant la poursuite des agresseurs présumés ayant commis des violations relevant du DIDH et du DIH. Le cas échéant, les articles édictés dans les instruments peuvent être invoqués directement devant les cours nationales. «One of the cornerstones of victim's right to reparation is that States have an obligation to have some form of mechanism in place to redress violations of their international and domestic legal obligations.¹⁵¹» De plus, la limite des procédures judiciaires obligeant la victime à ne s'adresser qu'à son propre État semble atténuée. Le cas par exemple, de l'affaire *Filartiga v. Pena Irala*¹⁵² dans laquelle la proche d'une victime torturée et tuée au Paraguay en 1980 a réussi, suite à un premier échec à la Cour fédérale du district de New-York, à faire entendre sa cause devant la Cour d'Appel des États-Unis sous l'*Alien Tort Claims Act*¹⁵³ amène un nouvel éclairage. «Pursuant to *Filartiga* case, several US courts have held that there is universal jurisdiction over certain international crimes, including war crimes, and also applies when the conduct complained of occurred outside the United States.¹⁵⁴» D'autres instruments du DIP font repousser cette limite également. L'article 4 du Statut de Rome¹⁵⁵ établit que la Cour pénale internationale peut exercer son pouvoir sur le territoire de tout État partie et sur tout autre territoire après l'établissement d'une convention à cet égard. Depuis plus de 20 ans, l'*Alien Tort Claims Act* a été utilisé dans de nombreux cas de réclamations en réparation de citoyens étrangers concernant des crimes internationaux. Quoi qu'il en soit, en dépit d'une certaine avancée pour les victimes à être entendues, il demeure que «under the ATCA, only violators in their individual capacity can be named as defendants and, as such, a violator foreign State is immune.¹⁵⁶» La jurisprudence démontre que, justement à cause de la doctrine

¹⁵¹ Bassiouni, *loc. cit.*, p. 232.

¹⁵² *Filartiga v. Pena Irala*, 577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y. 1984).

¹⁵³ *Alien Tort Claim Act*, 28 U.S.C. § 1350.

¹⁵⁴ Zelgveld, *loc. cit.*, p. 511.

¹⁵⁵ *Supra* note 117, *Statut de Rome*, art. 4: 1. La Cour a la personnalité internationale. Elle a aussi la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission. 2. La Cour peut exercer ses fonctions et ses pouvoirs, comme prévu dans le présent Statut, sur le territoire de tout État partie, et par convention à cette effet, sur le territoire de tout autre État.

¹⁵⁶ Bassiouni, *loc. cit.*, p. 235.

de l'immunité étatique¹⁵⁷, il est rare que les tribunaux internes se reconnaissent la compétence pour entendre les requêtes en réparation d'une victime contre un État possiblement en faute.

Le droit à un recours en réparation pour les victimes demeure, dans la réalité, peu effectif sauf dans les cas entendus sous les mécanismes juridiques issus des Commissions régionales dont le plus connu est la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ainsi, en deuxième instance et lorsque les recours devant les tribunaux internes ont été épuisés, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, la Commission européenne des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, sont des entités permettant aux victimes d'être entendues. Le rôle de ces organismes régionaux est de procéder à l'investigation d'une plainte reçue et de faciliter un arrangement avec l'État fautif. Si un arrangement n'est pas conclu, la cause est entendue devant les cours adjacentes aux organes d'examen des plaintes¹⁵⁸.

Finalement, des mécanismes internationaux existent également en ce qui trait aux réclamations en réparation pour les victimes. La Commission d'indemnisation des Nations unies¹⁵⁹, originellement mise en place en 1991 suite à l'invasion du Koweït par l'Irak, peut indemniser pour des dommages subis par une victime individuelle, une personne morale ou même un gouvernement. Cependant, les victimes individuelles ne peuvent pas soumettre une plainte directement à la Commission d'indemnisation des Nations unies (dont l'acronyme est CINU en français et UNCC en anglais): «In the UNCC, on the contrary, only governments are entitled to submit claims on behalf of nationals and corporations.¹⁶⁰» Depuis 2005, le travail de la Commission d'indemnisation des Nations unies est dorénavant concentrée sur le paiement des sommes allouées au titre d'indemnisation. En deuxième lieu,

¹⁵⁷ L'immunité d'État relève d'une règle selon laquelle une cour nationale ne peut poursuivre un État étranger sans son consentement. La *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en décembre 2004. En pratique canadienne, Voir par ex. *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18.

¹⁵⁸ La Cour interaméricaine des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme. Le Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁵⁹ La *Commission d'indemnisation des Nations unies* fut établie par le Conseil de Sécurité de l'ONU en 1991. Rés. CS 687 (1991) Doc. off. CS NU, 46^e année, 2981^e séance, Doc. NU S/RES/687 (1991).

¹⁶⁰ (International Law Association), Draft Report: «Compensation», *loc. cit.*, p. 24.

l'établissement des deux tribunaux *ad hoc* internationaux¹⁶¹ a joué un certain rôle dans l'application des dispositions du DIDH et du DIH tout en restant plutôt «conservateurs» sur la question de la réparation des victimes. Dans un autre registre, mais parallèlement, diverses commissions de réclamation en réparation *ad hoc* ont été instaurées pour entendre les victimes¹⁶². L'exemple de l'*Eritrea-Ethiopia Claims Commission*¹⁶³ présente un statut intéressant car cette commission s'inspire des dispositions de la Cour pénale internationale qui propose davantage en matière de réparation des victimes.

2.3.1 La problématique spécifique du droit aux recours en droit international humanitaire

Dans le cadre du droit à un recours et à réparation pour les victimes de violations des droits de l'homme et humanitaire, une dichotomie existe entre les principes qui le sous-tendent et leur application. À l'instar de Bassiouni, Zegveld souligne ce fait et précise que la difficulté s'accroît en DIH: «The relevance of rights under IHL is questionable if victims have no legal capacity to enforce their rights, before either a national or international tribunal, once they claim to have become a victim.¹⁶⁴»

Une des raisons évoquée pour refuser le droit de recours à une victime est que : «Acceptance of a duty to make reparation is also often found in treaties concluded between belligerents at the end of hostilities.¹⁶⁵» De plus, les cours de DIDH n'ont pas, selon les États, la compétence pour appliquer le DIH «clearly the US government sees the Inter-American human rights and IHL as two entirely separate bodies of law, and thereby denying the Inter-American Commission the competence to use IHL either for direct application or as a yardstick for interpretation»¹⁶⁶. À cet effet, l'exemple de l'affaire *Los Palmeras*¹⁶⁷ devant la Cour

¹⁶¹ *Supra* notes 3 et 4 à la p. 2.

¹⁶² (International Law Association), Draft Report: «Compensation», *loc. cit.*, p. 22.

¹⁶³ *Agreement between the Government Of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and Government of State of Eritrea* 40 *International Legal Materials* (2001). Voir généralement, en ligne: <www.pca.cpa.org/showpage.asp?pag_id=1215>.

¹⁶⁴ Zegveld, *loc. cit.*, p. 498.

¹⁶⁵ Gillard, *loc. cit.*, p. 533.

¹⁶⁶ Zegveld, *loc. cit.*, p. 519.

interaméricaine des droits de l'homme fit couler beaucoup d'encre. La Cour a conclu dans son jugement¹⁶⁸ que les dispositions des Conventions de Genève ne servent qu'en référence pour une meilleure interprétation de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Selon Heintze :

«The main ground for non-application of international humanitarian law was the argument propounded by Colombian government, i.e. that State Parties to Inter-American Convention had only accepted the contentious jurisdiction of the Court concerning the rights listed in the Convention itself. The Court admitted the objections, thereby rejecting the viewpoint of the Commission that international humanitarian law could be applied as customary international law or as *lex specialis*.¹⁶⁹»

De même pour la Commission européenne des droits de l'homme qui est réticente à invoquer explicitement le DIH, elle s'en sert plutôt comme d'un outil d'analyse quoique dans *l'affaire Brannigan and McBride v. UK*¹⁷⁰ «as the Irish side failed to provide further factual details, the investigation was limited to a statement that the Geneva Conventions were also applicable.¹⁷¹»

Dans l'affaire du *massacre de Distomo*¹⁷² de même, «only the Greek court dealing in the first instance with Distomo case found that the victims of massacre had a right to claim compensation under Article 3 of the 1907 Hague Convention IV.¹⁷³» Mais par ailleurs :

«Subsequently, the claimants sought execution of the awards against German institutions in Greece; the execution ultimately failed, however, as the Greek Minister of Justice denied the authorization required under Greek law (...) In its judgement of 17 September 2002, the Greek Special Supreme Court decided in parallel case that Greek courts did not have the authority to

¹⁶⁷ *Affaire Los Palmeras (Colombie)* (2000), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 67.

¹⁶⁸ *Ibid.*, para 33 : has only given the Court competence to determine whether the acts and norms of States are compatible with the Convention itself and not with 1949 Geneva Conventions.

¹⁶⁹ Heintze, *loc. cit.*, p. 804.

¹⁷⁰ *Brannigan and McBride v. UK* (1993), 258 Cour Eur. D. H. (sér. A/B), paras. 67-73.

¹⁷¹ Heintze, *loc. cit.*, p. 806.

¹⁷² *Maria Gavounelli and Ilias Bantekas, Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Case N°11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court), 4 May 2000, 95 AJIL 198 (2001).

¹⁷³ Les victimes, dont les parents alors des habitants du village de Dismoto en Grèce en 1944 ont été massacrés par les Nazis, ont porté plainte sous l'article 3 de la Convention IV de 1907. Ils ont été refusés en première et deuxième instance. Voir German Supreme Court: *Distomo Massacre Case*, BGH - III ZR 245/98 (26 juin, 2003) cité dans (International Law Association), Draft Report : «Compensation», *loc. cit.*, p. 7.

try cases on reparations for victims of the German occupation as in fact no State could be tried before the court of another State for reparations of any kind, both at times of war and peace.¹⁷⁴ »

Ces affirmations corroborent la position commune des tribunaux et des cours internes à savoir, que de façon générale, même si les jugements rendus par les tribunaux nationaux reconnaissent le droit au principe à réparation pour les victimes du DIH, ils ne reconnaissent pas leur droit à un recours devant leur juridiction.

Conclusion

Le recours effectif à réparation pour une victime d'atteintes des droits de l'homme ou humanitaire est discutable en DIP puisque les tentatives en ce sens ont été vaines la plupart du temps sauf dans quelques cas¹⁷⁵. Par ailleurs, la prévalence des droits de l'homme même en temps de conflit armé est confirmée par la Cour internationale de justice dans son avis consultatif de 1996 concernant la *Licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*¹⁷⁶ et réaffirmée en 2003 dans celui concernant les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*¹⁷⁷. Mais en dépit de ces avis, cette prévalence ne se reflète pas dans les jugements rendus dans ce genre d'affaires. La complexité de la question est bien illustrée dans cette déclaration retrouvée dans les deux avis consultatifs :

«As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.¹⁷⁸ »

La faillite à octroyer des réparations aux victimes de violations du DIH est apparente. Zegveld alimente la réflexion sur l'incapacité pour les victimes d'obtenir réparation par cette

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹⁷⁵ Voir *supra* note 122 à la p. 42.

¹⁷⁶ *Licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226.

¹⁷⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2003] C.I.J. rec. 428.

¹⁷⁸ *Ibid.*, para. 106.

affirmation: «the key object of IHL is to protect war victims, it is silent on this second category of victims of violations. The IHL regime focuses solely on persons to be protected against the dangers of war, leaving open the question of action required when protection fails.¹⁷⁹»

¹⁷⁹ Zegveld, *loc. cit.*, p. 502.

CHAPITRE III

L'INSTAURATION D'UNE RÉFLEXION APPROFONDIE EN MATIÈRE DE RÉPARATION DES VICTIMES

La complexité d'application du DIP et le fait que les règles du DIH s'imposent en tant que *lex specialis* biaisent donc le droit à un recours et à réparation des victimes captives du processus judiciaires et des méandres des paliers de cours. La seconde complexité réside dans le type de crimes couverts par les deux domaines de droit, crimes recelant des «actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité.¹⁸⁰»

Outre la compilation et la systématisation des dispositions du DIP en matière de réparation, un des objectifs de l'exercice des travaux de la Commission des droits de l'homme consistait à adopter des mesures pour réparer en fonction du point de vue de la victime. Redonner leur dignité aux victimes par l'adoption de moyens appropriés, reconnaître leurs souffrances et permettre un traitement leur accordant sollicitude et compassion étaient aussi l'ambition du projet.

À ses débuts, l'approche était ambitieuse et centrée sur l'intérêt de la victime mais force est de constater que la contingence étatique restreignant l'élan, le résultat est plus modeste que pressenti à l'origine.

Les *principes fondamentaux et directives* se divisent en 27 principes (paragraphe), nommés principes van Boven à l'amorce des travaux. Nous verrons qu'avant la deuxième réunion de consultation en 2003, 29 principes étaient proposés aux États, aux Organisations intergouvernementales et aux ONG mais le texte devint quelque peu élimé avec l'altération de plusieurs formulations qui élargissaient le droit et l'accès à la justice pour les victimes. La

¹⁸⁰ *Supra* note 117, *Déclaration universelle*, préambule.

résolution finale adoptée en décembre 2005 par l'Assemblée générale de l'ONU comporte donc 27 principes. Ce chapitre propose un regard sur les travaux de la Commission des droits de l'homme et sur le contenu des *principes fondamentaux et directives*.

3.1 La particularité du crime contre l'humanité et les besoins spécifiques s'y rattachant

La nature même des crimes de masse mérite qu'on s'y arrête car le type particulier de préjudices causés influe sur le type de réparation requise. À l'instar du Rapporteur van Boven les auteurs Béatrice Pouligny et Roger Koudé situent les crimes de masse comme étant difficilement «réparables». Parlant des crimes contre l'humanité, comportant un spectre plus large que le crime de génocide et moins spécifique que les crimes de guerre, Koudé déclare :

l'expérience vécue par ceux et celles qui sont les victimes de ces crimes crée une attente d'une nature toute particulière, à savoir : la reconnaissance qui est aussi une possibilité de renaissance. Les victimes attendent de la justice une réparation qui aille au delà d'une simple restitution de leurs droits ou d'une indemnisation quelconque, fût-elle financière ou encore du châtiement des coupables. Elles aspirent à une réparation plus grande qui ne saurait se satisfaire d'une action ponctuelle – même judiciaire, avec toutes les vertus curatives et même préventives qu'on lui prête – mais une «réparation de processus» (processus de réparation donc) devant s'inscrire dans la durée, c'est-à-dire dans le travail global de mémoire.¹⁸¹

Dans son jugement rendu dans *R c. Munyaneza* le juge Denis de la Cour supérieure du Québec district de Montréal mentionne dans la conclusion de son jugement du 22 mai 2009: «Près de quinze ans après le génocide, les Rwandais ont peur. Les Rwandais se méfient les uns des autres. Ils se taisent et la plupart ne veulent ou ne peuvent parler du génocide. Leur blessure est immense, actuelle, insupportable et indélébile. Victimes et bourreaux confondus.¹⁸²»

Koudé rappelle que «Les crimes contre l'humanité sont d'une nature spécifique : ils sont en général commis sur la base d'une contestation violente de l'autre, du fait de ce qu'il est, tout

¹⁸¹ Roger Koussetogue Koudé, «Questionnement sur les «réparations» pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire?», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 66, 2006, p. 411.

¹⁸² *R c. Munyaneza* 2009 QCCS 2201, paras. 2092 et 2093.

en lui refusant le statut d'être humain.¹⁸³» Par rapport à cette perte d'identité humaine, Pouligny rejoint Koudé : «War, the theatre of all cruelties and transgressions of human laws, by nature solidifies and permanently fixes the rejection of the other in a state of estrangement.¹⁸⁴» Elle explique notamment que durant ce type de guerre un grand nombre de crimes est commis par des membres issus de l'environnement immédiat. En effet, les agresseurs sont souvent des voisins, des beaux-frères, des camarades d'école, etc. On constate que pour aider à déshumaniser l'ennemi, on a recours à différents moyens comme la dissimulation du visage des agresseurs sous des masques. Le déguisement aide à «effacer l'humanité». Ainsi, dans la région de Ayacucho au Pérou les survivants disaient : «Disguise is supposed to help both perpetrators and their victims to deal with their identity.¹⁸⁵»

Le crime contre l'humanité est défini à l'article 7 du Statut de Rome comme suit :

Aux fins de ce présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque : meurtre – extermination – réduction en esclavage – déportation ou transfert forcé – emprisonnement ou autre forme de privation de liberté – torture – viol – violence sexuelle – esclavage sexuel – grossesse ou stérilisation forcée – persécution d'un groupe ou d'une collectivité pour des motifs d'ordre politique, religieux, racial, national, ethnique, culturel, sexiste, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles – disparition forcée – crime d'apartheid.¹⁸⁶

Les éléments retrouvés dans cet article sont avilissants, dégradants et traumatisants. Que ces persécutions soient commises dans le cadre du DIH ou du DIDH reste une vue théorique et relève d'une division purement chirurgicale pour reprendre les paroles de Heintze. Du point de vue de la victime, on peut facilement vérifier que sa détresse et sa souffrance requièrent des soins identiques qu'elles soient conséquentes aux crimes relevant de l'un ou l'autre des deux domaines de droit. C'est dans cette optique que les Organisations intergouvernementales et les ONG ont étayé le besoin particulier d'un droit à une réparation en profondeur pour ce type de victime. Tout en s'assurant de maintenir la nette distinction

¹⁸³ Koudé, *loc. cit.*, 411.

¹⁸⁴ Pouligny, *op. cit.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 7.

¹⁸⁶ *Supra* note 117, *Statut de Rome*, art. 7.

entre les deux domaines de droit, les délégations ont oeuvré à mettre toute leur énergie à intégrer, dans une même résolution, le droit à un recours et à réparation des victimes qu'elles soient victimes de violations relevant du DIDH ou du DIH. Nous verrons plus en détail, au chapitre 4.1, les réserves et les objections que les États ont soulevées face à cette problématique, mais aussi et surtout, l'impact d'avoir accordé un droit de recours aux victimes de violations relevant du DIH au même titre que celles relevant du DIDH.

La notion de réparation focalisée sur le point de vue de la victime englobant la reconnaissance de sa détresse et de ses souffrances demeure récente et a progressé au long des travaux de la Commission des droits de l'homme. D'emblée, il est nécessaire de marquer la distinction entre la notion de «réparations» et celle de «réparation», la première étant associée au *jus ad bellum* et la seconde au *jus in bello*. Cette dernière fait davantage référence à la «restauration» : «The singular 'reparation' has come to suggest a panoply of different responses to atrocities and wrongdoing, including 'restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction ['measures to acknowledge the violations'] and guarantees of non-repetition.¹⁸⁷» En effet, l'élaboration des travaux de la Commission des droits de l'homme a enrichi la notion de réparation d'éléments de justice restaurative plutôt que punitive. La notion réaffirme le droit d'accès à la justice pour les victimes, le droit à la vérité et à la reconnaissance de souffrances subies dans un passé collectif comme étant un droit au même titre que ceux déjà inscrits dans les instruments prévus à cet effet. Basés sur la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* datant de 1985¹⁸⁸, les travaux de van Boven et de Bassiouni, ont donné corps à la notion de droit à la réparation pour les victimes, l'élargissant au-delà de celle des *war reparations* associée aux conflits armés interétatiques. La notion de réparation issue des travaux de van Boven et de Bassiouni s'est imposée au fil des 16 ans de travaux de la Commission des droits de l'homme¹⁸⁹ comme étant la référence en matière de réparation. Elle s'inspire de différentes études des Sous-Commissions de la Commission des droits de

¹⁸⁷ De Feyter et Parmentier, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁸ *Supra* note 96, à la p. 31.

¹⁸⁹ Les travaux de la Commission des droits de l'homme ont débuté en se basant sur de la résolution citée à la note 187. Pour l'historique en détail voir *infra* notes 233 à 243 aux pp. 72-74.

l'homme nommément celle de *l'Étude sur l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme*¹⁹⁰ qui a tenté de rendre compte de la souffrance et la déshumanisation ainsi que des notions de compassion et de respect de la dignité de la victime.

La réponse à ce besoin de réappropriation d'humanisation déborde les cadres légaux. La littérature concernant la justice transitionnelle démontre que le «châtiment» des agresseurs parvient difficilement, à lui seul, à conférer un sentiment de justice aux victimes. En effet, le procès pénal s'avère un élément nécessaire à la paix¹⁹¹ mais comporte des limites quant à une réparation réelle, en autant qu'une réparation minimale puisse être réelle pour ce type de préjudice. Cette approche est révélatrice d'une difficulté dans l'emploi des procédés juridiques dans la recherche des solutions justes au problème de la réparation en cas de crimes contre l'humanité. Koudé souligne que «la science et la technique juridico-judiciaires, souvent sollicitées à l'appui de cette fin louable, révèlent face à ce défi tout autant leur

¹⁹⁰ Rapport final révisé établi par M. L. Joinet, en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission, Doc. off. CES NU, 49^e sess., Doc. NU E/CN.4/RES/1997/20/Rev.1 (1997).

¹⁹¹ La littérature oppose souvent le concept de *paix* à celui de la *justice*. Le premier faisant référence à l'amnistie et le second à la justice punitive. Mais pour certains auteurs comme David Blomfield, Naomi Roht Arriazza et Pierre Hazan, la *paix* et la *justice* sont des concepts jumeaux car il ne pourrait y avoir de paix sans justice. S'il n'y a aucune justice pénale, les victimes peuvent avoir l'impression que ce qu'elles ont subi n'est pas reconnu comme ayant assez d'importance pour que la collectivité s'y arrête. Cela envoie le message qu'on peut commettre des actes punissables sans en subir les conséquences et engendrer, dans ces conditions, le goût de la vengeance personnelle. Le procès évite ce genre de vengeance de la part de la victime contre son agresseur mettant l'emphase ainsi sur les normes et les règles objectives d'une justice équitable. De plus, les auteurs de crimes se trouvent automatiquement éloignés du pouvoir procurant ainsi un sentiment de sécurité à la population civile qui connaît, la plupart du temps, la relation entre les agresseurs et le pouvoir. Cela évite également le sabotage de l'intérieur de l'instance politique. Le procès pénal étant individualisé au(x) crime(s) pour chaque individu l'ayant ou les ayant commis, cela élimine la perception que toute la communauté ou le groupe (ethnique ou autre) soit associé aux agresseurs responsables des atrocités commises. Les poursuites consolident également les valeurs démocratiques d'une société, en insufflant la confiance publique instaurant ainsi la légitimité et la capacité du nouveau régime en place. Finalement, le cycle de l'impunité étant rompu, cela exerce un pouvoir de dissuasion. La dissuasion de nouveaux crimes est effectivement un des objectifs de la justice pénale. Ainsi, David Bloomfield mentionne : «La réconciliation et la justice sont presque des notions jumelles. Beaucoup de personnes avancent que la recherche de la coexistence pacifique, de la confiance, de l'empathie et du partage du pouvoir démocratique exige que 'justice soit faite' - que d'une manière ou d'une autre, les crimes du passés soient reconnus et punis». Voir David Bloomfield, «La réconciliation après un conflit violent : *Un manuel*» (2003) *International IDEA* I à la p. 124. Voir aussi Naomi Roht Arriazza et Lauren Gibson, «The developing Jurisprudence on Amnesty», *Human Rights Quarterly*, vol 20, 1998, pp. 843-886 et Hanzan, *loc. cit.*

potentiel – aujourd’hui considérablement renforcé – que leurs limites et leurs infirmités congénitales.¹⁹²» Il remet en question non seulement la capacité du droit à réparer mais sa pertinence même à le faire. Il pose la question à savoir si la réparation et le devoir de mémoire doivent passer par le droit. Pourtant, la jurisprudence est éloquente en ce qui concerne le droit à la réparation et celui à la vérité et bon nombre de décisions en ce sens citent van Boven. La décision rendue dans le jugement concernant l’affaire *Trujillo-Oroza v. Boliviana*¹⁹³, par la Cour interaméricaine des droits de l’homme rappelle le principe du droit à la vérité et du droit à la satisfaction (c’est-à-dire la déclaration qu’une activité est illégale) en se référant ainsi à van Boven :

«The continued denial of the truth about the fate of a disappeared person is a form of cruel, inhuman and degrading treatment for the close family. The right to the truth has been developed sufficiently in international human rights law and, as this Court has maintained on previous occasions, the right of the victim’s next of kin to know what has happened to him and, when appropriate, where the mortal remains are, constitute a measure of reparation and, therefore, an expectation that the State should satisfy for the next of kin and society as a whole.¹⁹⁴»

De plus, en émettant ce doute, Koudé renforce l’approche en matière de justice internationale à savoir, que la communauté internationale considère que «rendre justice» signifie se

¹⁹² Koudé, *loc. cit.*, p. 411.

¹⁹³ *Affaire Trujillo-Oroza v. Bolivia (Bolivia)* (2002), Inter-Am. Ct. HR.(Sé. C) n° 92.

¹⁹⁴ Les références aux travaux de la Commission des droits de l’homme et aux principes van Boven sont formulées de cette façon dans le jugement, en notes : «See, for example, *United Nations Human Rights Committee, Quinteros v. Uruguay Communication No. 107/198, decision of 21 July 1983*; United Nations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, forty-ninth session, *Revised version of the final report on the question of the impunity of perpetrators of violations of human rights (civil and political rights)* prepared by L. Joinet, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; and United Nations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, forty-fifth session, *Study on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, Final report presented by Theo van Boven, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1993/8”. Et “cf. *Castillo Páez case, supra* note 71, para. 90. Similarly, cf. United Nations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, forty-ninth session, *Revised version of the final report on the question of the impunity of perpetrators of violations of human rights (civil and political rights)* prepared by L. Joinet, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; and United Nations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, forty-fifth session, *Study on the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, Final report presented by Theo van Boven, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1993/8».

concentrer sur la poursuite des agresseurs plutôt que sur la réparation des victimes. La position du Conseil de sécurité de l'ONU adoptée suite aux deux recommandations de la *Commission internationale d'enquête sur le Darfour*¹⁹⁵ illustre le phénomène. En effet, «one [recommendation] was to refer the issue of criminal accountability to the International Criminal Court. The other, which has been ignored, was for the establishment of compensation commission. The Security Council only endorsed the first recommendation but not the second.¹⁹⁶»

L'obligation de poursuivre les auteurs de crimes s'interprète comme étant implicite à la réparation des victimes dans les *principes fondamentaux et directives*. En effet, elle s'inclut à la notion de réparation quand on examine le chapitre 4 des *principes fondamentaux et directive*. Sans poursuite, le droit à un recours et à réparation des victimes serait amputé :

En cas de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international, les États ont l'obligation d'enquêter et, s'il existe des éléments de preuve suffisants, le devoir de traduire en justice la personne présumée responsable et de punir la personne déclarée coupable de ces violations.¹⁹⁷

¹⁹⁵ La *Commission internationale d'enquête sur le Darfour des Nations unies* fut établie par le Conseil de sécurité de l'ONU en 2004. Doc. off. CS NU, 59e année, 5040 séance., Doc. NU S/RES/1564 (2004). Elle mentionnait dans son rapport du 1 février 2005, Doc. NU S/2005/60, paras. 592 et 593 : 592. La proposition de créer une commission d'indemnisation procède de considérations pratiques et morales aussi bien que d'arguments juridiques. Tout d'abord, dans bien des cas, en particulier les cas de viol, il sera très difficile à quelque instance judiciaire que ce soit d'identifier l'auteur du crime, d'établir les faits et de punir le coupable. En pareil cas, il faudrait à tout le moins que les victimes soient dédommagées du préjudice matériel et moral subi. Même si des responsables restent impunis, il incombe à la communauté internationale de ne pas se désintéresser du sort des victimes. Elle se doit au moins d'atténuer leurs souffrances en contraignant l'État soudanais à les indemniser. 593. Une violation grave du droit international humanitaire ou des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme peut engager non seulement la responsabilité pénale de son auteur, mais aussi la responsabilité au regard du droit international de l'État (ou de l'entité quasi étatique) dont celui-ci est l'agent. Cette responsabilité de l'État (ou de l'entité quasi étatique) au regard du droit international emporte l'obligation d'indemniser les victimes.

¹⁹⁶ (REDRESS) Report: «Reparations for Victims of genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes : Systems in Place and Systems in the Making» : Conférence (La Haye, 1-2 mars 2007) : Clemens Natham Research Centre and the Redress Trust, pp. 16 et 17.

¹⁹⁷ *Supra* note 10, annexe chapitre 4.

3.2 Le sens élargi accordé à la réparation des victimes

La nouvelle teinte en matière de réparation des victimes dépassant la poursuite des agresseurs présumés est donc issue d'un besoin de bonifier ou de compléter, en quelque sorte, les moyens privilégiés par la communauté internationale pour rendre justice dans les cas de crimes suite à un conflit armé. Un désir de pallier à cette lacune, allié à différentes variables dont celles du phénomène de l'universalisation de l'information et de la mouvance transnationale de la société civile¹⁹⁸, a suscité l'apparition d'un nouveau champ d'expertise en matière de justice de transition : la justice transitionnelle¹⁹⁹. Ainsi, une volonté plus globale de rendre effectifs les principes du droit à un recours et à réparation prévus dans les instruments du DIP pour les victimes s'est manifestée. John Torpey soutient que l'avènement du principe de réparation bonifié est dû à une conscientisation qui a fait émerger une nouvelle soif de solidarité et d'identités politiques mettant en relief la thèse de Nathan Glazer²⁰⁰ à l'effet que le transnationalisme et le développement technologique uniformisent les individus :

«In their stead, reparations politics has raised the banner of victims of oppression as groups deserving social consideration and concern. Nathan Glazer is correct that 'we are all multiculturalists now' in the sense that kinds of discrimination that undergirded past injustices and the ethno-racial distinctions on which they were often based are no longer regarded as acceptable or publicly defensible in liberal democratic societies.²⁰¹»

¹⁹⁸ Voir David Held, «The changing Structure of International Law : Sovereignty Transformed?» Held, D. and McGrew, A *Global Transformations Reader: An introduction to the globalisation debate*, 2003.

¹⁹⁹ Les sociétés aux prises avec des périodes de violence ou de répression, se voient souvent confrontées à la fin des conflits armés aux séquelles de la commission de violations des droits de l'homme. La justice transitionnelle promeut la justice, la paix et la réconciliation, par les approches suivantes : la poursuite en justice des auteurs de crimes pris individuellement - l'établissement d'initiatives de recherche de la vérité afin d'aborder les violations commises par le passé - la réparation des victimes de violations des droits de l'homme - la réforme des institutions telles que la police et les tribunaux. Voir site de l'organisme International Centre for Transitional Justice (ICTJ), en ligne : www.ictj.org/en/workshops/overview/ (page visitée le 6 août 2008).

²⁰⁰ Nathan Glazer est une sociologue américain né en 1924, professeur émérite au Graduate School of Education, Harvard University, co-editor *The Public Interest*, et auteur des livres *We are all Multiculturalists Now*, *Beyond The Melting Pot* and *The Lonely Crowd*.

²⁰¹ De Feyter et Parmentier, *op. cit.*, p. 41.

3.2.1 La définition de victime

Une question de fond fut soulevée au commencement des travaux de la Commission des droits de l'homme comme ce fut le cas au travers des différentes Sous-commissions ayant traité des sujets de l'impunité et du droit à un recours et à réparation: celle de la notion de victime. Cette notion fut élaborée également au sein des statuts ayant établi les tribunaux *ad hoc* internationaux ou hybrides et fut longuement discutée et analysée durant l'édification du Statut de Rome ayant institué la Cour pénale internationale qui consacre à la victime un rôle plus large que celui de témoin. La règle 85 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale²⁰² définit la victime comme suit :

Aux fins du Statut et du Règlement :

a) Le terme «victime» s'entend de toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour; b) Le terme «victime» peut aussi s'entendre de toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct.

Les principes 8 à 10 des *principes fondamentaux et directives* définissent la notion de victime et le traitement qui doit lui être accordé. La difficulté dans la tâche qui consiste à circonscrire la notion de victime réside dans ses limites. Où tirer la ligne moralement et pratiquement? Puisque chaque élargissement de la notion signifie une attention requérant des ressources financières, matérielles et organisationnelles, il convient de démontrer de la circonspection dans cet exercice. À titre d'exemple, la difficulté d'application des règles 85 et 86²⁰³ du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale peut également laisser

²⁰² *Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale*, Doc. off. CPI, 1^{ière} session, ICC-ASP1/3, (2002).

²⁰³ *Ibid.*, règle 85 : Définition des victimes : Aux fins du Statut et du Règlement : a) Le terme «victime» s'entend de toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour; b) Le terme «victime» peut aussi s'entendre de toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct. Règle 86 : Principe général : Les Chambres, lorsqu'elles donnent un ordre ou une instruction, et les autres organes de la Cour, lorsqu'ils s'acquittent des fonctions qui leur sont dévolues par le Statut et le Règlement, tiennent compte des besoins des victimes et des témoins conformément à l'article 68, en particulier s'il s'agit d'enfants, de personnes âgées, de personnes handicapées et de victimes de violences sexuelles ou sexistes.

place à l'interprétation. Ces deux règles définissant la victime et le traitement qui lui est dû doivent tenir compte des besoins spécifiques des victimes et porter une attention supplémentaire quand celles-ci sont des enfants, des personnes âgées, des personnes handicapées ou des personnes ayant subi des violences sexuelles. L'ONG REDRESS rapporte que la juge Obio Benito de la Cour pénale internationale met en garde contre cette difficulté d'application : «She noted that despite the apparent clarity of the definition, its application in court proceedings will require a detailed analysis and judges will have to examine the definition in light of concrete situations and cases before the Court.²⁰⁴» Pour elle, le concept de dommage (*harm*) reste à définir et dans les crimes de masse tels que précisés aux articles 6, 7 et 8 du Statut de Rome, la difficulté de la compensation sur une base équitable reste un problème. Elle s'interroge sur «comment» la Cour pénale internationale devra articuler ces deux règles.

Dr. Esther Mujawayo²⁰⁵, quant à elle, parle de blessures à multiple facettes chez les victimes. Elle identifie le problème des blessures invisibles qui peuvent être pires que les blessures visibles. Elle questionne également le concept de groupes vulnérables tel que défini dans la règle 86 du Règlement de procédure et de preuve du Statut de Rome et dans la majorité des statuts et règlements des commissions de vérité et de réconciliation, à savoir, les enfants, les personnes victimes de violence sexuelle, les personnes âgées et les personnes handicapées. Elle pose un regard macroscopique et soulève la problématique des victimes de deuxième génération dont celle des enfants nés de viols qui ne savent pas qui est leur père ou ceux qui ont été abandonnés par la mère et qui ne connaissent ni un ni l'autre, enfants souvent aux prises avec le VIH²⁰⁶. De plus, lors de la réunion de consultation relative aux *principes fondamentaux et directives* de décembre 2002 à Genève, «The representative of the

²⁰⁴ (REDRESS) Report: «Reparations», *loc. cit.*, p. 14.

²⁰⁵ Dr Esther Mujawayo est sociologue et psychologue dans un centre psychologique pour réfugiés à Düsseldorf en Allemagne. Née au Rwanda elle réussit à survivre au génocide de 1994 au cours duquel presque toute sa famille fut assassinée. Elle est coauteur, de l'ouvrage *Survivantes*. Elle agit régulièrement à titre de conférencière sur des sujets en rapport avec les droits de l'homme.

²⁰⁶ (REDRESS) Report : «Reparations», *loc. cit.*, p. 21.

International Society for Traumatic Stress Studies observed that it was a scientifically established fact that victims suffer all their life and, if not helped, pass suffering on to succeeding generations.²⁰⁷»

Ce sont à ces types de réflexions complexes entourant la notion de victime qu'ont dû faire face les États, les délégations des Organisations intergouvernementales et des ONG lors des travaux de la Commission des droits de l'homme. Finalement, aux termes de discussions ayant redéfini grandement la notion de victime trouvée dans la version des *principes fondamentaux et directives* du 15 août 2003²⁰⁸ (plus large que celle de la résolution 40/34 de 1985), les États et les délégations arrivent à une entente. La définition de 1985 similaire à celle de la Cour pénale internationale est retenue et constitue le principe 8 des *principes fondamentaux et directives* :

Aux fins du présent document, on entend par «victimes» les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire. Le cas échéant, et conformément au droit interne, on entend aussi par «victimes» les membres de la famille proche ou les personnes à charge de la victime directe et les personnes qui, en intervenant pour venir en aide à des victimes qui se trouvaient dans une situation critique ou pour prévenir la persécution, ont subi un préjudice.²⁰⁹

Cette définition de victime, quoique plus restreinte que celle d'août 2003, reste large. Selon Bassiouni, quatre catégories de victimes se retrouvent dans cette définition. La première inclut les individus affectés personnellement par les dommages et violations subies. La seconde regroupe les membres de la famille ou les personnes dépendantes de la victime ayant souffert à cause de la première violation et subissant les conséquences de celle-ci. La troisième concerne les individus ayant tenté de secourir une personne ou un groupe de

²⁰⁷ *Rapport de réunion de consultation sur les projets de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire*, Doc. off. CES NU, 59^e sess., Doc. NU E/CN.4/2003/63 (2002), annexe I, para 75.

²⁰⁸ Voir le chapitre 4.1 de ce mémoire.

²⁰⁹ *Supra* note 10, en annexe, chapitre V, para. 8.

personnes en situation de danger et ce faisant, ayant été blessés physiquement ou ayant souffert des pertes. «The collective victim is, perhaps, best illustrated by organisations or entities who suffer harm to property that is dedicated to religious, educational, humanitarian or charitable purposes.²¹⁰» La dernière catégorie comprend les individus qui appartiennent à un groupe «victimisé» identifiable. «Since WWII, three non-international conflicts have produced an estimated total of five million collective victims.²¹¹»

On peut quantifier à cinq le nombre total de réunions de consultations formelles qui ont eu lieu avec les États, les Organisations intergouvernementales et les ONG concernant les *principes fondamentaux et directives* (voir au point 3.3 de ce mémoire pour les détails). Durant celles-ci, certains États ont apporté diverses réserves et objections en ce qui concerne l'étendue de cette définition. Principalement, deux notions posèrent problème : celle de victime collective et celle de souffrance morale. Pour sa part, la Suisse, pourtant ouverte sur d'autres aspects, remettait en question la définition dans son entier préférant celle de l'ONU utilisée par la Commission d'indemnisation des Nations unies et «had serious reservations about any reparation schemes for collectivities (...) Any assessment of suffering ought to be made on an individual basis.²¹²» Le Japon souleva que : «The Draft Guidelines should focus on 'core victims' that is, those directly harmed. As for the collective element, Japan preferred to see the application restricted to individual victims²¹³» et l'Allemagne de son côté argua que: «The term "emotional suffering" required further clarification. Immediate families of victims may also be considered victims, but it was not appropriate to go beyond that.²¹⁴» Par ailleurs, la France, l'International Society for Traumatic Stress Studies et la Commission internationale de juristes argumentèrent que la définition retrouvée dans les *principes fondamentaux et directives* était presque identique à celle des Nations unies qui se réfère aux victimes collectives également. Mais l'Allemagne se montra réticente à l'idée que l'avis des ONG puissent être considéré comme ayant autant de poids et d'influence que celui des États

²¹⁰ Bassiouni, *loc. cit.* p. 257.

²¹¹ Selon Bassiouni, il y aurait eu trois conflits non-internationaux au sens de DIH depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. La définition de conflit armé non international varie selon les auteurs. Voir généralement Provost *op. cit.*

²¹² *Supra* note 207, para 65.

²¹³ *Ibid.*, para. 67.

²¹⁴ *Ibid.*, para. 69.

dans cette démarche relative à la définition de victime et au traitement qui doit lui être accordé : «This seemed to put States and non-States actors on the same level, which German delegation did not agree with»²¹⁵. Mais «As the representative of France said, NGOs and organizations representing victims must be empowered to act as parties on behalf of victims.»²¹⁶ Finalement, Bassiouni se fit rassurant expliquant qu'il n'y avait rien de neuf dans les principes 8 et 9 définissant la victime. Il exposa que ces principes avaient été établis pour identifier *qui* était une victime, que le texte découlait de la déclaration des victimes et que la notion de souffrance mentale était incluse dans la définition de la torture ainsi que dans la définition établie par la Commission d'indemnisation des Nations unies.

Ces échanges illustrent le mouvement circulaire défini par Onuf, mouvement qui influencerait les intérêts des agents entre eux. L'interdépendance des trois éléments sont conséquents les uns des autres : les agents, les buts poursuivis et les circonstances retrouvées dans la structure²¹⁷. Un effet *spill over* s'active également lorsque certains agents favorisent la pression sur la structure. Par exemple, certains États démontraient une nette collaboration avec les ONG bénéficiant de leur expertise affichant même une position d'avant-garde relativement à la définition de victime et à son traitement. Le Mexique a suggéré l'utilisation du terme *shall* plus contraignant que *should* quant au traitement accordé à la victime²¹⁸. C'est ainsi que le concept de *socialisation* des États de Finnemore se vérifie et que la résistance d'États telle l'Allemagne, possédant une identité internationale assurée au sens de Gurowitz, se voit fléchir dans la structure idéationnelle.

3.2.2 Les composantes de la réparation

Cinq composantes sont incluses dans le processus de réparation tel qu'énoncé dans les principes 19 à 23 des *principes fondamentaux et directives* (voir Appendice B). Ces cinq

²¹⁵ *Ibid.*, para. 81.

²¹⁶ *Idem.*

²¹⁷ Kubàlkovà et Onuf, *op. cit.*, p. 65.

²¹⁸ *Supra* note 207, para. 80.

formes de réparation ne sont pas toutes nécessaires dans tous les cas de violations mais doivent être adaptées à la mesure de la «gravité de la violation et du préjudice subi.²¹⁹» Les cinq composantes sont les suivantes: la restitution; l'indemnisation; la réadaptation; la satisfaction; et les garanties de non-répétition.

On entend par la restitution le rétablissement pour la victime de sa situation d'origine. Ainsi, lorsqu'il est possible de restituer la liberté, l'identité, les biens matériels ou l'emploi de l'individu, le principe 19 est respecté. Ni la restitution ni l'indemnisation ne peuvent toutefois effacer les souffrances ou les douleurs éprouvées. Alors que les composantes de réadaptation, de satisfaction et de non-répétition y tendent davantage. La restitution prend tout son sens lorsque les violations se sont poursuivies sur une période continue. Cependant, la réflexion concernant le rétablissement de la situation d'origine continue d'être alimentée par des préoccupations d'ordre sociétal, d'équité et d'égalité notamment pour certains groupes vulnérables. Par exemple, à la conférence «Reparations for victims of genocide, crimes against humanity and war crimes: Systems in place in the making»²²⁰, Mme Vahida Nainar²²¹ apporte ces préoccupations :

«Often the victims of any conflict around the world are the poor, the minorities, the marginalised, women and other groups that have been deprived of various rights for years. Restoration to a status prior to the violation would merely return the victim to her prior marginalised and possibly persecuted status.»²²²

Cette problématique implique effectivement des changements de fond. Cependant, les garanties de non-répétition du principe 23 devraient pourvoir à ce que des conditions imposant des changements au sein des pouvoirs politique et juridique débouchent sur une démocratie où les règles de droit et leur application protègent davantage les groupes vulnérables²²³.

²¹⁹ *Supra* note 10, en annexe, chapitre IX para. 15.

²²⁰ (REDRESS) Report: «Reparations», *loc. cit.*

²²¹ Mme Vahida Nainar est professeure adjointe à International Women's Human Rights Law Clinic à New-York.

²²² (REDRESS) Report : «Reparations», *loc. cit.*, p. 25.

²²³ Par exemple, parmi les 554 recommandations présentées par la Commission de vérité et de réconciliation de la Sierra Leone on retrouve cette volonté de travail de fond pour les femmes qui représentent un groupe vulnérable: «The Commission recommends that Sierra Leone ratify the

L'indemnisation, prévue au principe 20, est la composante des *principes fondamentaux et directives* qui s'apparente le plus de la notion de *war reparations* et comprend un dédommagement financier pour préjudices causés d'ordre physique et psychologique ou, pour des pertes souffertes ou chances perdues d'éducation, d'emploi, etc. Différentes modalités d'indemnisation peuvent être offertes aux victimes. À titre d'exemple, en 1988, le gouvernement américain par le biais du *Civil Liberties Act*, «provided 20,000\$ (US) to each Japanese American person interned during WWII who survived until 1986.²²⁴» Le coût total de ces indemnisations est estimé à \$1.65 milliards. De son côté, Hayner²²⁵ compare les dédommagements monétaires de deux pays d'Amérique Latine ayant été aux prises avec des conflits intra-étatiques²²⁶. Le Chili offre des pensions mensuelles aux familles des personnes disparues ou tuées. Le coût annuel en pensions pour cet État est estimé à \$13 millions. L'Argentine pour sa part, a choisi d'indemniser les familles par un seul paiement sous forme de bons. Le coût total de l'indemnisation pour cet État au final est estimé à \$3 billions²²⁷.

La réadaptation, énoncée au principe 21, renferme un ensemble de moyens et d'outils médico-sociaux pouvant redonner aux victimes une qualité de vie leur permettant de fonctionner et d'œuvrer dans leur société. Elle comprend des soins médicaux et psychologiques appropriés permettant à la victime de soulager ses souffrances²²⁸. La

Protocol to the African Charter on the Rights of Women. The Protocol enjoins signatories to address "Harmful Practices" against women. Harmful Practices are defined as all behaviour, attitudes and practices which negatively affect the fundamental rights of women and girls, such as their right to life, health, dignity, education and physical integrity.» Voir *Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone Report*, vol. 2, chapitre 3, para. 341, en ligne : <<http://trcsierraleone.org/drwebsite/publish/v2c4.shtml>> (page visitée le 14 février 2009).

²²⁴ Bassiouni, *loc. cit.*, p. 220.

²²⁵ Hayner, *op. cit.*, pp. 171-182.

²²⁶ Le *Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires* travaille à analyser les modalités d'indemnisations versées aux familles. Dans le rapport du 12 janvier 1998 du Conseil économique et social, le Groupe note qu'il avait communiqué et écrit aux pays comptant plus de 20 cas présumés de disparition pour s'informer des modalités ainsi que des fondements et procédures juridiques. Dans ce rapport on peut noter que 12 pays avaient déjà répondu. Voir *Question des droit de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement. Question des disparitions forcées*. Rapport sur le *Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires*, Doc. off. CES NU, 54^esess., Doc. E/CN.4/1998/43 (1998).

²²⁷ Hayner, *op. cit.*, appendice 1, pp. 328-331.

²²⁸ La réadaptation est une composante clé de la réparation. Lorsque les conditions (financières ou autres) ne permettent pas de mettre en œuvre plusieurs composantes des *principes fondamentaux et directives*, souvent, l'élément «réadaptation» des victimes est privilégié. Par exemple, la Commission

réadaptation comporte également un accès aux services juridiques et sociaux. Ces services peuvent être dispensés en nature ou en monnaie mais dans le second cas, il est important de distinguer les sommes versées à titre d'indemnisation. Les hospitalisations, les médicaments, les actes chirurgicaux ou d'aide psychologique sont inclus dans cette composante.

La satisfaction retrouvée au principe 22, englobe plusieurs mesures non-financières. Elle contribue à la non-répétition et peut recouper des mesures issues d'autres composantes. «Certaines s'appliquent à toutes les violations (par exemple : vérification des faits) et sont donc plus générales que les mesures spécifiques correspondant à des violations particulières (par exemple : recherches liées à des disparitions).²²⁹» La notion de satisfaction au sens des *principes fondamentaux et directives* vise la fin des violations, la divulgation de la vérité et des crimes commis dans la mesure où cela n'a pas comme conséquence de créer des préjudices aux victimes, à leurs proches, ou aux témoins²³⁰. Elle comprend la recherche des personnes disparues, l'identification des corps et le cas échéant, l'inhumation ou la réinhumation des personnes décédées dans les rites, les croyances religieuses, ou les volontés

de vérité et de réconciliation de la Sierra Leone a arrêté son attention sur cet élément de réadaptation des victimes (*rehabilitation of victims*) de violations des droits humains. La Commission de vérité et de réconciliation a été mandatée pour apprécier les besoins des victimes, pour restaurer leur dignité humaine et pour promouvoir la paix et la réconciliation. La CVR a jugé que ces trois principaux objectifs n'incluaient pas la restitution (principe 19), l'indemnisation (principe 20), la satisfaction (principe 22) et la garantie de non-répétition (principe 23) contenues dans les *principes fondamentaux et directives*. Seule la réadaptation (principe 21) est visée directement par le mandat de la CVR. Le principe 21 défini au sein des *principes fondamentaux et directives* se lit comme suit : «*La réadaptation devrait comporter une prise en charge médicale et psychologique ainsi que l'accès à des services juridiques et sociaux*». Cette définition correspond également à celle retenue par la CVR mais on y ajoute «... the provision of social service support such as medical and psychological are which can be facilitated through delivery of social service package to address the real needs of the victim». Voir *Truth and Reconciliation, supra* note 223, chapitre 4, para. 24.

²²⁹ (REDRESS) «Mettre en oeuvre les droits des victimes. Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes», Londres, mars 2006, p. 31, en ligne : <http://www.redress.org/publications/HandbookonBasicPrinciples_French.pdf> (Document téléchargé le 15 décembre 2008).

²³⁰ Cette prudence concernant les conséquences potentiellement dévastatrices à *rendre justice* s'apparente au concept *des intérêts de la justice* entendu dans le *Statut de Rome, supra* note 117 art. 53, para.1 alinéa c) : Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, le Procureur examine : §1 alinéa c) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice.

des proches. On entend par satisfaction, également, des déclarations officielles de justice rétablissant leur dignité aux victimes, des sanctions judiciaires à l'encontre des responsables, des excuses publiques, des commémorations et des hommages aux victimes.

Les garanties de non-répétition, retrouvées au principe 23, renferme une notion de dissuasion et de prévention²³¹, liées au devoir de justice en traduisant les agresseurs présumés devant les tribunaux tel que stipulé au principe 4 des *principes fondamentaux et directives*. Des mesures assurant un contrôle des forces armées et l'assurance du respect des normes internationales quant aux procédures civiles et militaires sont visées dans cette composante de réparation. En outre, les garanties de non-répétition comprennent la réforme ou l'adoption de lois concernant le respect des droits humains au niveau des droits de l'homme et du droit humanitaire ainsi que l'indépendance du pouvoir judiciaire, la protection de ses membres, celle du personnel des médias et des défenseurs des droits humains. L'intégration des droits humains à tous les secteurs de la société ainsi que l'observation de la justice et des codes de conduite sont entendus dans les garanties de non-répétition.

3.3 L'historique des travaux de la Commission des droits de l'homme

Les premiers travaux de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités s'inspirent de la résolution relative à la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* de 1985. Sensibilisée à la question du droit des victimes lors d'une

²³¹ Une notion de dissuasion a plus de chances d'émerger quand le cycle de l'impunité est rompu donc, lorsqu'il y a présence de procès pénal. La dissuasion de nouveaux crimes est effectivement un des objectifs de la justice pénale c'est d'ailleurs une affirmation claire de la résolution 808 (Doc. Off. CS NU, 48^e année, 3175^e séance, Doc. NU S/RES/0808 (1993)) et des deux résolutions liées aux Tribunaux ad hoc, *supra* notes 3 et 4. Par ailleurs, la notion de prévention est difficilement vérifiable. Jennifer Balint reconnaît un certain pouvoir dissuasif à la justice pénale post-conflit mais souligne que celle-ci n'a pas été éprouvée quant à son rôle dans la prévention de conflits et, que d'un autre côté, sans justice pénale les chances de prévention sont quasiment nulles. Voir Jennifer Balint dans «Conflict, Conflict Victimization, and Legal Redress, 1945-1996», *Law & Contemp. Probs.*, 1996, Appendice A, p. 321.

rencontre s'étant tenue au Canada en 1988²³², la Sous-commission a désigné Theo van Boven comme Rapporteur spécial pour entreprendre une étude relative à la situation des victimes concernant le droit à un recours et à réparation. Van Boven présenta un rapport préliminaire²³³, deux rapports intermédiaires²³⁴ puis un rapport final²³⁵ en 1993 au sein duquel 29 principes furent ébauchés et soumis en annexe de l'*Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales* nom à l'origine des principes fondamentaux et directives. Après consultation, certains éléments des principes furent révisés et van Boven soumit à nouveau des rapports en 1996²³⁶ et en 1997²³⁷. Les versions révisées ne contenaient que peu de changements substantiels, par contre, des exemples spécifiques et des détails concernant la définition de la notion de *violations flagrantes* furent éliminés. En novembre et en mai 1998, des consultations auprès des États, des Organisations intergouvernementales et des ONG se tinrent à Genève concernant leur point de vue sur les travaux relatifs au *droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation*. Cette même année, les fonctions de van Boven ayant pris fin, la Sous-commission le remplaça par Cherif Bassiouni²³⁸, mandatant ce dernier d'élaborer une nouvelle version du *droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation* en tenant compte des commentaires et préoccupations des États, des Organisations intergouvernementales et des ONG consultés précédemment. Bassiouni soumit un premier

²³² D'Argent, *op. cit.*, p. 29.

²³³ Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport préliminaire présenté par Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 42^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1990/10 (1990).

²³⁴ Rapport intérimaire sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques), établi par M. Joinet en application de la résolution 1994/34 de la Sous-Commission, Doc. off. CES NU, 47^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1992/8 (1992).

²³⁵ *Supra* note 98, à la p. 31.

²³⁶ Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 48^e sess., Doc. NU E/CN.4/1996/35 (1996).

²³⁷ Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 49^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/17 (1997).

²³⁸ Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression Report of the Special Rapporteur, Mr. Abid Hussain, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1997/26, point 8, Doc. off. CES NU, 54^e sess., Doc. NU E/CN.4/1998/43 (1998).

rapport en 1999²³⁹ puis un rapport final en 2000²⁴⁰. En 2002, le Haut Commissariat aux droits de l'homme fit circuler le rapport final auprès des États et organisations sus-mentionnés. Une consultation auprès des États, des Organisations intergouvernementales et des ONG eut lieu en octobre 2002. Messieurs van Boven et Bassiouni furent présents à titre de consultants et Monsieur Alejandro Salinas, Ambassadeur du Chili, à titre de Président-rapporteur. Suite aux commentaires des États et des organisations, une quatrième version du *droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation* fut rédigée et prête à être redistribuée le 15 août 2003. Une deuxième rencontre informelle²⁴¹ avec les États, les délégations d'Organisations intergouvernementales et d'ONG eut lieu en octobre 2003. Considérant les polémiques soulevées par l'intitulé des principes et l'imprécision quant aux notions de *violations flagrantes des droits de l'homme* et de *violations graves du droit international humanitaire*, le 24 octobre 2003; le Président-rapporteur proposa d'abolir toute référence au DIH et de modifier le titre par une formule plus inclusive : *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international*. Cette formule ne fut pas retenue, même si des États, comme les États-Unis et l'Allemagne, s'opposaient effectivement à la mention du DIH dans la résolution.

Une troisième consultation eut lieu en octobre 2004. Lors de celle-ci, la Sous-commission souleva sa vive inquiétude par rapport au flou entourant les victimes de violations du DIH et malgré la controverse, le 1^{er} octobre 2004, les *principes fondamentaux et directives* incluant les victimes de violations du DIH furent adoptés lors de la 61^e session de la Commission des droits de l'homme par 40 États en faveur, aucun contre et 13 abstentions²⁴² : *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international du droit de l'homme et de violations graves du*

²³⁹ *Le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Doc. off. CES NU, 55^e sess., Doc. NU E/CN.4/1999/65 (1999).

²⁴⁰ *Le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par Cherif Bassiouni*, Doc. off. CES NU, 56^e sess., Doc. NU E/CN.4/2000/62 (2000).

²⁴¹ Deux rencontres eurent lieu sous la direction de van Boven en 1998 et trois autres se tinrent sous la direction de Bassiouni. La réunion d'octobre 2003 représente la deuxième sous Bassiouni.

²⁴² Bassiouni, *loc. cit.*, p. 250.

*droit international humanitaire*²⁴³. Ces principes annexés à ce qui devint la résolution 60/147²⁴⁴ sont finalement adoptés le 16 décembre 2005 sans vote par l'Assemblée générale de l'ONU.

L'aboutissement de cette résolution est attribuable au travail de fond du Rapporteur van Boven, peaufiné par l'Expert indépendant Cherif Bassiouni tandis que le texte final est l'oeuvre de l'Ambassadeur Salinas inspiré des consultations préalables. Conséquemment, l'influence des Organisations intergouvernementales et des ONG dans la construction des *principes fondamentaux et directives* fut déterminante.

3.3.1 Le sommaire du contenu des *principes fondamentaux et directives*

La résolution 60/147 stipule qu'il est nécessaire pour les États de traiter la question du droit à un recours pour les victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire en accord avec le DIP pour répondre à la détresse des victimes et de leurs ayant-droits. L'annexe de la résolution comporte 13 chapitres regroupant 27 paragraphes correspondant aux 27 principes des *principes fondamentaux et directives*. Le terme *shall* est employé seulement dans les cas où les normes de droit ont un effet contraignant pour les États. Autrement, le terme *should* est utilisé. L'équivalent en langue française se traduit par le temps utilisé pour la conjugaison du verbe. Ainsi *shall* est un verbe conjugué au présent et *should* un verbe conjugué au conditionnel²⁴⁵. Pour Shelton et D'Argent, cette utilisation des termes *shall* et *should*

²⁴³ *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international du droit de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Doc. off. CES NU, 61 sess., Doc. NU E/CN.4/2005/35 (2005).

²⁴⁴ *Supra*, note 10 à la p. 4.

²⁴⁵ Par exemple, le point I.2 de l'annexe est libellé comme suit en anglais : «States *shall*, as required under international law...» En français ce même énoncé est : «Les États *veillent*, comme ils y sont tenus par le droit international...» Au point III.4 en anglais : «States *should*, in accordance with international law...», en français : «les États *devraient* en outre, conformément au droit international...».

contribue à affaiblir la portée de la résolution et selon Shelton on emploie le terme *should* même sur des principes qui découlent d'un droit déjà établi²⁴⁶.

Le texte établit clairement que la résolution ne crée pas de nouvelles obligations pour les États ni un nouveau droit substantif mais compile et précise les règles, mécanismes et procédures à la mise en œuvre des obligations légales des États en matière de réparation. Ainsi, le septième paragraphe du préambule des *principes fondamentaux et directives* se lit comme suit :

Soulignant que les principes et directives ne créent pas de nouvelles obligations de fond en droit international ou interne, mais définissent des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire.²⁴⁷

Le texte demeure innovateur dans sa substance en ce qu'il est rédigé du point de vue de la victime et sous l'aspect de ses besoins. Il est néanmoins amoindri dans sa portée, comme nous l'avons vu, par l'usage du conditionnel. L'exemple du principe 10 concernant le traitement de la victime le démontre :

Les victimes devraient être traitées avec humanité ainsi que dans le respect de leur dignité et de leurs droits humains, et des mesures appropriées devraient être prises pour assurer leur sécurité, leur bien-être physique et psychologique et la protection de leur vie privée, de même que ceux de leur famille. L'État devrait veiller à ce que sa législation interne, dans la mesure du possible, permette aux victimes de violences ou de traumatismes de bénéficier d'une sollicitude et de soins particuliers, afin de leur éviter de nouveaux traumatismes au cours des procédures judiciaires et administratives destinées à assurer justice et réparation.²⁴⁸

Cependant, cette attention qu'on a voulu accorder aux victimes est réelle et volontaire et comme le soulève D'Argent : «c'est bien plutôt le statut social de la victime qui s'en dégage : recevant une considération nouvelle et toute particulière, les victimes de violations flagrantes ou graves sont appelées, par le traitement qu'on leur réserve, à transformer la société où elles vivent.²⁴⁹» Par ailleurs, selon les juristes qui étaient présents ainsi que pour Shelton, les nombreux compromis et les multiples versions en découlant se perçoivent dans le texte

²⁴⁶ De Feyter et Parmentier, *op. cit.*, p. 19.

²⁴⁷ *Supra* note 10, en annexe, préambule.

²⁴⁸ *Ibid.*, en annexe, chapitre VI, para. 10.

²⁴⁹ D'Argent, *loc. cit.*, p. 35.

final²⁵⁰. Le plus important de ces compromis est d'avoir restreint le libellé en qualifiant les types de violations commises avec les termes «flagrantes» dans le cas des droits de l'homme et «graves» dans le cas du droit humanitaire.

En outre, il importe de préciser que les termes «flagrantes» et «graves» se rapportent à la nature de la violation, et non uniquement aux violations commises dans le cadre d'un conflit organisé ayant une dimension politique, systémique et systématique. Ces termes ne sont pas limités aux périodes de conflits armés et s'appliquent également en temps de paix. Par exemple, un cas de torture individuel générerait les droits et obligations contenus dans les *principes fondamentaux et directives*. «Il apparaît que l'adjectif 'flagrante' qualifie le terme 'violation' – traduisant le caractère sérieux desdites violations – mais qu'il est lié également à la nature des droits qui sont violés.²⁵¹» Le même esprit se retrouve dans l'usage du terme «grave» pour qualifier la nature de la violation et non le contexte. L'expression fut utilisée, pour la première fois dans le Statut de la Cour pénale internationale:

pour éviter la confusion avec «violations flagrantes» se rapportant aux atrocités (génocide, torture ou esclavage) commises dans les conflits armés *internationaux* exclusivement. À l'évidence, les violations flagrantes du droit international humanitaire sont graves, mais la portée de cette expression est plus large. Puisque la loi régulant les conflits armés s'est développée et qu'il est désormais admis que les crimes de guerre peuvent aussi être perpétrés lors d'un conflit armé interne (...).²⁵²

Il faut préciser, néanmoins, que le droit à un recours pour une victime ne se limite pas aux violations «graves» ou «flagrantes». «En d'autres termes, la résolution vise particulièrement les violations flagrantes et les violations graves parce qu'elles soulèvent le plus d'indignation, non parce qu'elles seraient les seules à faire naître un droit à un recours et à réparation.²⁵³»

Les chapitres I et II, principes 1 à 3, traitent de l'obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international ainsi que de la portée de cette obligation, c'est-à-dire, celle pour l'État, de prévenir, enquêter, assurer un accès à la justice pour les victimes et de leur offrir un recours. Le chapitre III, principes de 4 et 5, est consacré aux violations flagrantes et

²⁵⁰ De Feyter et Parmentier, *op. cit.*, p. 20.

²⁵¹ *Supra* note 98, para. 8.

²⁵² (REDRESS) «Mettre en œuvre», *loc. cit.*, p. 8.

²⁵³ D'Argent, *loc. cit.*, p. 39.

graves qui constituent un crime international. Ce qui fait dire à D'Argent que «toutes les violations flagrantes des droits de l'homme ou toutes les violations graves du droit international humanitaire ne constituent donc pas 'systématiquement' des crimes de droit international.²⁵⁴»

Par ailleurs, le lien indéfectible entre l'effectivité de la réparation pour les victimes et la fin de l'impunité pour les agresseurs est clairement souligné dans le principe 4 de ce chapitre :

(...) les États ont l'obligation d'enquêter et, s'il existe des éléments de preuve suffisants, le devoir de traduire en justice la personne présumée responsable et de punir la personne déclarée coupable de ces violations. Dans ces cas, les États devraient en outre, conformément au droit international, établir une coopération entre eux et aider les instances judiciaires internationales compétentes dans leur enquête et dans la poursuite des auteurs de violation.²⁵⁵

Le chapitre IV, principes de 6 et 7, évoque l'imprescriptibilité des crimes liés aux violations flagrantes et graves. Les chapitres V et VI, principes de 8 à 10, quant à eux, nous éclairent sur la définition du concept de victime lequel est emprunté presque intégralement à la résolution de 1985 tel que détaillé antérieurement au point 3.2.1 de ce mémoire. Ajoutons que le principe 9 précise que :

Une personne est considérée comme une victime indépendamment du fait que l'auteur de la violation soit ou non identifié, arrêté, poursuivi ou condamné et quels que soient les liens de parenté entre l'auteur et la victime. Le chapitre VI précise le traitement qui doit être accordé aux victimes.²⁵⁶

Les chapitres VII, VIII et IX, principes 11 à 23, précisent la signification du droit à un recours pour les victimes par un accès effectif à la justice, une réparation adéquate et un accès aux informations utiles concernant les violations. Le chapitre IX énumère les cinq composantes inhérentes à la réparation comme nous l'avons vu antérieurement au point 3.2.2 de ce mémoire.

²⁵⁴ D'Argent, *loc. cit.*, p. 33.

²⁵⁵ *Supra* note 10, en annexe, chapitre III, para. 4.

²⁵⁶ *Ibid.*, en annexe, chapitre V, para. 9.

Le chapitre X, principe 24, traite du devoir de l'État de mettre en place des moyens de communication afin d'informer le public et les victimes elles-mêmes concernant les services auxquels elles ont droit.

Les chapitres XI et XII, principes 25 et 26, sont particulièrement importants car ils sont en lien avec le DIP. Le chapitre XII pose un principe de non-dérogação :

Les présents Principes fondamentaux et directives ne peuvent en aucune façon être interprétés comme restreignant les droits ou obligations découlant du droit interne et du droit international, ou comme dérogeant à ces droits ou obligations. Il est en particulier entendu que les présents Principes fondamentaux et directives sont sans préjudice du droit à un recours et à réparation des victimes de toutes les violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Il est aussi entendu que les présents Principes fondamentaux et directives sont sans préjudice des règles particulières de droit international.²⁵⁷

Finalement, le chapitre XIII et dernier principe 27, évoque que les droits reconnus à des tiers au niveau international ou national sont respectés et que les principes fondamentaux et directives ne peuvent y déroger.

Conclusion

Le résultat final du document des *principes fondamentaux et directives* témoigne de l'exercice d'une construction de sémantique importante. Dans quelle mesure cette sémantique construit-elle une nouvelle réalité, à quel niveau et dans quelle dimension puisque les *principes fondamentaux et directives* ne créent pas de nouvelles obligations légales pour les États?

Rappelons le paragraphe 7 du préambule :

Soulignant que les Principes fondamentaux et directives n'entraînent pas de nouvelles obligations en droit international ou interne, mais définissent des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du

²⁵⁷ *Ibid.*, en annexe, chapitre XII, para. 26.

droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui sont complémentaires bien que différents dans leurs normes.²⁵⁸

La restitution, l'indemnisation et la réadaptation sont des composantes qui n'engendrent pas en soi une nouvelle réalité. Par contre, la satisfaction et les garanties de non-répétition stimulent une posture nouvelle. Dans sa décision concernant l'affaire *Myrna Mack Chang v. Guatemala* la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est inspirée de l'affaire *Trujillo-Oroza v. Boliviana* pour réitérer les principes de van Boven concernant le droit à la vérité et à la satisfaction :

«The Court has reiterated that every person, including the next of kin of the victims of grave violations of human rights, has the right to the truth. Therefore, the next of kin of the victims and society as a whole must be informed of everything that has happened in connection with said violations. This right to the truth has been developed by International Human Rights Law; recognized and exercised in a concrete situation, it constitutes an important means of reparation. Therefore, in this case it gives rise to an expectation that the State must satisfy for the next of kin of the victim and Guatemalan society as a whole.²⁵⁹»

Les arguments de ce passage évoquent, tout comme ceux dans la cause *Trujillo-Oroza v. Boliviana*, l'esprit entourant les *principes fondamentaux et directives* c'est-à-dire que le droit à la vérité n'est pas un «sous-droit» mais au contraire, un droit reconnu. L'argument de la Cour se fonde également sur le principe 22 : la satisfaction. Il est intéressant de constater que le jugement rendu dans *Trujillo-Oroza v. Boliviana* date de février 2002 c'est-à-dire avant l'adoption de la résolution 60/147 et avant même la version révisée du 15 août 2003. Celui de

²⁵⁸ *Ibid.*, en annexe, préambule.

²⁵⁹ Les références aux travaux de la Commission des droits de l'homme et aux principes van Boven sont formulées de cette façon dans le jugement, en notes : Cf. *Trujillo Oroza Case. Reparations*, supra note 277, para. 114; *Bámaca Velásquez Case. Reparations*, supra note 277, para. 76. See, for example, *United Nations Human Rights Committee, Quinteros v. Uruguay, Communication No. 107/1981, decision of 21 July 1983*; United Nations, Human Rights Committee, Subcommittee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 49th Session, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet*, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; United Nations, Human Rights Committee, Subcommittee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 45th Session, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, final Report submitted by Theo van Boven, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1993/8. Cf. *Trujillo Oroza Case. Reparations*, supra note 277, para. 114; *Bámaca Velásquez Case. Reparations*, supra note 277, para. 76; and *Castillo Páez Case*, Judgment of November 3, 1997. Series C No. 34, para. 90.

Myrna Mack Chang v. Guatemala pour sa part, fut délivré en novembre 2003, un mois après la deuxième réunion consultative. Les énoncés retrouvés dans ces jugements, posés comme des affirmations, arrivent à point nommé pour les travaux de la Commission des droits de l'homme et viennent enrichir l'effet d'intersubjectivité. Ils éclairent également l'importance du langage comme vecteur à cet effet. «Wittgenstein's later work countered assumptions that the language originates either in the mind or is mirror of an objective reality, arguing instead that language use is a form of action that is constitutive of the world.²⁶⁰»

²⁶⁰ Fierke et Jørgensen, *op. cit.*, p. 4.

CHAPITRE IV

L'ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE NORME : LES TRAVAUX DE LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME CONCERNANT LES PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DIRECTIVES

Les chapitres II et III nous ont permis de situer les travaux de la Commission des droits de l'homme dans le contexte juridique du DIDH et du DIH et de percevoir la portée de la résolution 60/147. Ce dernier chapitre se penche sur la signification de l'adoption de cette résolution en termes politique et juridique. Cette étape importante, c'est-à-dire l'adoption de la résolution, est davantage qu'un aboutissement en soi. Précisons que les pages qui suivent s'avèrent une analyse dans une perspective des relations internationales au travers du prisme de la construction de normes inhérente à notre cadre théorique. Conséquemment, dans la continuité du temps, qui ne peut être inversé, l'adoption de la résolution 60/147 représente un pas en avant et un tremplin pour la suite des réflexions et des actions concernant la réparation des victimes. Le sens émanant du vocabulaire cristallisé dans les *principes fondamentaux et directives* construit une nouvelle réalité qui ne peut se déconstruire et enclenche un effet d'intersubjectivité qui agit comme un écho ramenant et poussant plus loin la réflexion sur cette problématique.

Dans l'approche constructiviste, le langage est l'outil principal à la construction des réalités. L'acte consistant à rédiger un texte chargé de mots est un acte de langage. C'est une prise de position irréversible quelque soit le respect légal ou moral accordé à ce texte subséquemment. Maîtrisé adéquatement et légitimisé par l'expertise des ONG, le langage a construit un nouveau sens au droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du DIDH et de violations graves du DIH. Sans procéder à une comparaison exhaustive de termes linguistiques qui présenterait un côté austère et ennuyeux, ce chapitre pose un regard sur

quelques principes de la résolution afin d'y percevoir le phénomène des actes de langage et la dynamique relationnelle entre les États et les ONG.

Nous verrons que le langage n'est pas isolé et qu'il s'incarne dans une structure idéationnelle perméable à l'effet de l'intersubjectivité renforçant le mécanisme du cycle de vie de la norme.

Par ailleurs, même si le langage est important et construit de nouvelles normes, quand il est inscrit au sein de textes n'exigeant pas la ratification des États, il reste déclaratoire et a un effet mitigé en droit positif. Un survol du concept de la *soft law* nous permettra de mieux évaluer la portée juridique et politique des *principes fondamentaux et directives*. La juridicité atténuée²⁶¹ propre à une résolution recèle *a contrario* un fort incitatif politique.

En citant une partie du préambule des *principes fondamentaux et directives*, van Boven rappelle que :

«The Basic Principles and Guidelines are not a treaty. They do not have to signed or ratified; they are what is sometimes referred to as 'soft law'. This does not mean that they do not have authority, in the explanation of the votes of many delegations it was emphasised that the Basic Principles and Guidelines 'do not entail new international or domestic legal obligations but identity mechanisms, modalities, procedures and methods for the implementation of existing legal obligations under international human rights law, which are complementary through different as to their norms. The Basic Principles and Guidelines, can however be viewed as declaratory.²⁶²»

4.1 La dynamique relationnelle entre les États, les Organisations intergouvernementales et les ONG : les actes de langage

Finnemore et Sikking mentionnent que «Norms do not appear out of thin air; they are actively built by agents having strong notions about appropriate or desirable behavior in their community.²⁶³» Par exemple, dans le cas de l'édification des travaux de la Commission des

²⁶¹ Voir Chatzistavrou, *loc. cit.*, p.1.

²⁶² (REDRESS) Report : «Reparations» p. 17.

²⁶³ Finnemore et Sikking, «International Norms», *loc. cit.*, 896.

droits de l'homme, de multiples actions, mouvements civils et manifestations du droit à l'interne ont contribué à l'accélération des conclusions des travaux c'est-à-dire, à l'adoption de la résolution 60/147. Le même phénomène s'est produit à l'international. Les jugements rendus²⁶⁴ par les divers tribunaux régionaux ou internationaux ou les déclarations de l'ONU ont nourri les mouvements internes. Souvenons-nous que Finnemore et Sicking soutiennent que pour faire avancer une question à l'interne, les agents vont souvent s'appuyer sur des normes internationales déjà existantes. Plus précisément, elles soutiennent : «We argue later, however, that all domestic influences are strongest at the early stage of a norm's life cycle, and domestic influences lessen significantly once a norm has become institutionalized in international system.²⁶⁵» La déclaration du Secrétaire général à un moment critique des travaux reflète cet effet de renforcement parallèle. Concernant l'attention qu'on a voulu accorder aux victimes telle que stipulée au principe 10 des *principes fondamentaux et directives* le Secrétaire-général des Nations unies Kofi Annan déclarait en 2003 : «When we speak of human rights, we must never forget we are laboring to save the individual man, woman or child from violence, abuse and injustice. It is that perspective – the individual's – which must guide your work, and the point of view of contending States.²⁶⁶» À la même période on se souviendra également du jugement rendu dans l'affaire *Myrna Mack Chang v. Guatemala* et des références aux travaux de la Commission des droits de l'homme. Ainsi les actes de langage sont toujours liés à un contexte environnemental, ils créent la norme, la réifient ou en sont le produit. Ils sont en général stimulés par des actions parallèles.

Un discours qui omettrait de rendre compte du point de vue de la victime deviendrait et demeurerait encore aujourd'hui impossible à maintenir pour les États. Une attitude discursive empreinte de compassion ou à tout le moins d'intérêt pour les victimes est devenue incontournable aux yeux de la communauté internationale, au sein des Organisations internationales, des Organisations intergouvernementales, des ONG et des États eux-mêmes, que ce langage engage ou non des actions concrètes par ceux qui l'utilisent. Le langage crée donc une réalité. Le rôle de l'entrepreneur de norme est la persuasion, doit-on le rappeler,

²⁶⁴ Voir par ex. *supra* note 122 à la p. 42.

²⁶⁵ Finnemore et Sicking, «International Norms», *loc. cit.*, p. 893.

²⁶⁶ Bassiouni, *loc. cit.*, p. 255.

d'où l'importance de s'attarder sur le concept des actes de langage puisqu'ils s'avèrent le socle de l'émergence d'une norme.

C'est à John Langshaw Austin²⁶⁷ que l'on doit le courant du pragmatisme philosophique en matière de langage né en 1955 à Harvard et issu de la sociologie critique. Cette approche de la linguistique prétend que «dire c'est faire». La théorie des actes de langage se base sur l'élargissement de la simple description des choses qui veut que le langage ait pour fonction première de décrire la réalité, une réalité extérieure à nous. Dans un tel contexte, les énoncés apparaissent objectifs, toujours vrais ou faux. Selon la théorie des actes de langage, au contraire, le langage et la fonction discursive sont des actes en soi. Dans cette optique, les énoncés langagiers ne sont ni vrai ni faux et deviennent des actes. La thèse d'Austin repose sur une distinction parmi les énoncés affirmatifs entre ceux qui décrivent le monde et ceux qui accomplissent une action²⁶⁸.

Outre les travaux de Wendt, Onuf et Kratochwill sur les actes de langage, Constanze Villar²⁶⁹ atomise les caractéristiques du discours diplomatique dans l'article «Pour une théorie du discours diplomatique» particularisé par la fonctionnalité de l'ambiguïté, ambiguïté à la fois sémantique et pragmatique. Comme Onuf, elle postule que la force de la rhétorique actualise les modes d'interactions constitutives. Elle accorde donc une grande valeur au langage comme facteur de rétroaction dans le système international²⁷⁰. Selon cette auteure, le discours diplomatique s'apparente à la *soft law* et au *soft power*, deux phénomènes issus directement d'actes de langage déclaratoires. «En même temps, nous croyons opportun de réhabiliter le discours diplomatique comme facteur de la puissance : la discursivité et sa complexité, relève de la puissance de séduction (*soft power*).²⁷¹» Elle soulève le paradoxe suivant : alors que normalement les juristes pratiquent la précision du langage et s'appliquent à rendre le plus clairement possible la signification du moindre concept, elle souligne que les textes

²⁶⁷ John Langshaw Austin était un philosophe et un conférencier britannique (1911-1960) qui apporta beaucoup au concept d'acte de langage.

²⁶⁸ John Langshaw Austin, *Quand dire c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1991.

²⁶⁹ Constanze Villar, «Pour une théorie du discours diplomatique», Bruxelles, *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. VI, Editions Bruylant, 2005, en ligne : <http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/AFRI2005_villar.pdf> (document téléchargé le 1 juillet 2009).

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*, p. 47.

internationaux sont souvent flous. «L'imprécision du droit international provient de son mode de production (la négociation) et de son contexte (l'absence d'autorité suprême).²⁷²» Cette constatation renforce l'idée que le défi du DIP réside dans sa mise en application et que le flou lié à la rédaction des textes de DIP est un des éléments y contribuant. Dans ce sens et en schématisant, on peut qualifier le DIP d'actes de langage déclaratoires puisqu'il n'a d'autre contrainte que celle morale.

De son côté, Lars G. Lose²⁷³ examine les interactions comportementales des agents dans la structure en analysant le phénomène de la coopération internationale. L'auteur affirme que l'approche constructiviste pourrait être convertie en théorie substantive, ce à quoi, nous n'adhérons pas nécessairement. Par contre, pour soutenir sa thèse Lose s'appuie sur la théorie de l'action communicative : «This substantive theory of practice will build on Jürgen Habermas's theory of communication action (TCA)²⁷⁴» qui comporte des éléments valables. La théorie de l'action communicative, propre au philosophe allemand Habermas²⁷⁵, est basée sur les raisons pour communiquer, sur des raisons de communication. Habermas prétend que les agents apprennent qui ils sont de leurs relations entre eux. Ce qui rejoint grandement le constructivisme. Bien que Lose mette l'emphase sur la coopération internationale pour comprendre l'émergence des institutions plutôt que l'émergence des normes, il n'en demeure pas moins que ces principes de langage nous rejoignent. En effet, parlant de la théorie de l'action communicative Lose écrit :

«TCA offers a much needed microfoundation of social constructivism, in so far as it stresses the collective communicative process of interpretation through which intersubjective structures of meaning are produced and reproduced, and the process through which the agents themselves – their identities, interests, and shared understandings of meaningful behaviour – are continuously produced and reproduced.²⁷⁶»

²⁷² *Idem.*

²⁷³ Lars G. Lose, «Communicative Action and the World of Diplomacy», In Fierke, Jørgensen, *op. cit.*

²⁷⁴ *Ibid.*, p.180.

²⁷⁵ Philosophe et sociologue allemand, Jürgen Habermas, est un adepte de la théorie critique et de l'École de Francfort. Ses travaux portent sur la philosophie sociale et le pragmatisme américain. Il est professeur aux États-Unis surtout. Reconnu comme un penseur inclassable, il disserte de philosophie comme de politique.

²⁷⁶ Fierke et Jørgensen, *op. cit.*, p. 181.

Chez Finnemore et Sikking le langage est implicite à l'émergence de la norme, sans lui nul premier stade possible. Comme nous l'avons constaté précédemment, ces auteures expliquent le phénomène en termes de discours plutôt que d'actes de langage mais son importance demeure capitale. «Norms entrepreneurs are critical for norm emergence because they call attention to issues or even 'create' issues by using language that names, interprets, and dramatizes them. Social movement theorists refer to this reinterpretation or renaming process as 'framing'.²⁷⁷»

En se penchant sur les travaux de la Commission des droits de l'homme couvrant la période de 1989 à 2005, moment de l'adoption des *principes fondamentaux et directives*, on peut constater une évolution dans l'intention et par ricochet dans le langage utilisé par les agents. Même si cette évolution ne se traduit pas toujours en termes d'avancement réel, il n'en demeure pas moins que cette résolution est une avancée pour les victimes à cause de l'intégration, dans un même texte, du DIDH et du DIH et dans l'intitulé. La version révisée des *principes fondamentaux et directives* du 15 août 2003 marque le signal du dernier tour dans la construction et la négociation ayant permis d'aboutir au produit final des *principes fondamentaux et directives*. Un travail de fond et un jeu de bras de fer s'est établi entre les ONG et certains États principalement durant les deux dernières années des travaux. Le vocabulaire choisi, le langage utilisé et la sémantique arrêtée sont le fruit de diverses manœuvres appuyées par un discours se référant à la jurisprudence issue de causes relevant du DIP, jurisprudence se référant elle-même aux travaux de la Commission des droits de l'homme.

Une comparaison sommaire de certains principes énoncés dans la version révisée de 2003 avec ceux de la version finale nous permettra «de donner corps» aux actes de langage.

Observons la mutation des principes 19 et 20 concernant le *droit des victimes à réparation* :

19. L'État assure l'exécution des décisions de réparation prononcées par ses juridictions nationales à l'encontre des personnes privées ou des entités responsables des violations.

²⁷⁷ Finnemore et Sikking, «International Norms», *loc. cit.*, p. 897.

Les États s'efforcent d'assurer l'exécution des décisions de réparation passées en force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères à l'encontre des personnes privées ou des entités responsables des violations.

20. Dans les cas où l'État ou le Gouvernement sous l'autorité duquel la violation s'est produite a cessé d'exister, l'État ou le Gouvernement successeur en titre devrait assurer réparation aux victimes.

Ces deux principes soulevèrent de multiples interrogations de la part des États, notamment, de la Grande Bretagne, qui prenant appui sur le fait que cette version ne faisait pas de distinction entre les violations relevant du DIDH et celles relevant du DIH, demanda «to what extent States should give reparations for acts of Non-States actors?²⁷⁸» La suite a démontré que le principe 19, devenu le principe 17, dans la version 2005 fut modifié et affaibli tandis que le principe 20 fut éliminé dans sa totalité.

Les raisons de ce retranchement ne sont pas claires mais nous pouvons lire dans les notes du Président-rapporteur, Alejandro Salinas, alors Ambassadeur du Chili, concernant la réactions des délégations face aux principes 19 et 20 de la version 2003 :

L'exécution des décisions de réparation prononcées par des juridictions étrangères, mentionnée dans le principe 19, présentait certaines difficultés étant donné que la substance d'un jugement prononcé à l'étranger pouvait ne pas être compatible avec la législation pertinente de l'État concerné. En outre, les complexités de la question relevaient du droit international. Pour remédier à ce problème, on pourrait utiliser un langage moins catégorique s'agissant de l'exécution des décisions prononcées par des juridictions étrangères, par exemple en ayant recours au conditionnel et en ajoutant une référence au droit interne. Par ailleurs, certaines délégations souhaitaient voir ajouter une référence spécifique à des mécanismes «efficaces» permettant la «prompte exécution» des jugements. De manière générale, s'agissant des acteurs non étatiques, le terme «abus» devait être préféré à «violation». Le texte du principe 17 pourrait donc se lire comme suit: «Dans les cas où l'abus n'est pas imputable à l'État...»²⁷⁹

Observons l'ancien principe 19 devenu le principe 17 de la version 2005 :

²⁷⁸ *Supra* note 207, para. 112.

²⁷⁹ Annexe *Rapport de la Deuxième réunion de consultation sur les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Doc. off. CES NU, 60^e sess., Doc. NU E/CN.4/2004/57 (2003).

17. S'agissant des plaintes des victimes, l'État assure l'exécution des décisions de réparation prononcées par ses juridictions internes à l'égard des particuliers ou des entités responsables du préjudice subi et s'applique à assurer l'exécution des décisions de réparation ayant force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères conformément à son droit interne et à ses obligations juridiques internationales. À cette fin, les États devraient prévoir, dans leur législation interne, des mécanismes efficaces pour assurer l'exécution des décisions de réparation.

À la dernière partie du principe ont été ajoutées les deux phrases suivantes : «conformément à son droit interne et à ses obligations juridiques internationales. À cette fin, les États devraient prévoir, dans leur législation interne, des mécanismes efficaces pour assurer l'exécution des décisions de réparation.» On note deux conditionnalités qui viennent atténuer, voire annihiler la force de ce principe, la première : «conformément à son droit interne» et la seconde écrite au conditionnel : «les États devraient prévoir, dans leur législation interne, des mécanismes efficaces». Le sens accordé à «devraient» est sujet à interprétation et conditionnel à la capacité de l'État à le faire, pareillement pour le sens de «efficaces». Cependant, le principe 17 de la version 2005 ainsi que le principe 15 sont les seuls comprenant des parties rédigées à l'indicatif présent. Nous en analyserons l'importance et les conséquences au point 4.3 de ce mémoire.

De leur côté, les intitulés des deux résolutions sont évocateurs quant à leur intention respective. La version 2003 couvre une large catégorie d'infractions et de violations du DIDH et du DIH en fait, l'intitulé se lit comme suit et englobe «les victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire». Le terme violation sans qualification précise représente toutes formes de violations et d'abus dans les deux domaines de droit. Cette catégorie de violations est éminemment large. Cette catégorie fut celle retenue, par exemple, pour la Commission de vérité et de réconciliation de la Sierra Leone. Rappelons qu'une commission de vérité et de réconciliation est un organe quasi-judiciaire qui n'est cependant pas habilité à juger et à prononcer de verdict ou de sentence. Il est intéressant de constater qu'en revanche, de façon générale, les tribunaux restreignent leur mandat aux violations graves dans le cas du DIH. Ainsi, le Tribunal spécial de la Sierra Leone, organe pleinement judiciaire qui siégea en même temps que la Commission de vérité et de réconciliation, fut chargé de juger les auteurs de violations graves du DIH, «to prosecute persons who bear the greatest responsibility for the commission of

serious violations of international humanitarian law...²⁸⁰» De même pour le Tribunal pénal international du Rwanda «chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire...²⁸¹» Au fait de ce principe tacite, à savoir que les tribunaux internationaux ou hybrides comme la Cour pénale internationale sont généralement mandatés pour juger les violations graves du DIH, les deux Rapporteurs et les délégations des ONG ont tout de même tenté de persuader les participants d'accepter la version 2003. Les responsables des travaux de la Commission des droits de l'homme et les ONG ont appliqué le principe fort simple «de demander plus pour avoir moins», principe de base à toute négociation. Par la suite, le Haut Commissariat aux droits de l'homme a soumis cette version du 15 août 2003 aux États en prévision de la deuxième réunion consultative du mois suivant. Sans étonnement donc, l'intitulé de la version 2005, définit précisément les violations en causes en les qualifiant de «violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire» restreignant ainsi la portée de la résolution.

Lors de la Conférence «Reparations for Victims of genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes : Systems in Place and Systems in the Making», organisée par REDRESS en 2007, van Boven souligna la place importante occupée par le langage au long des travaux : «Another issue that was discussed in the drafting process, over many years, was the inclusion of the word 'gross'. Legally speaking any violation of human rights should rise to reparations.²⁸²» Par ailleurs dans un deuxième souffle, il ajoute que : «There is no international definition of what is gross violation but we may soon find that at least the crimes under the jurisdiction of the ICC certainly are violations of gross nature. It can be both an advantage and disadvantage.²⁸³» Cette constatation de van Boven alimente la thèse de Villar concernant le flou entourant le DIP ouvrant une brèche à l'interprétation. En effet, au cœur du DIP la règle n'est ni la limpidité ni l'immanence. D'ailleurs, l'interprétation que fait D'Argent de ces qualifications de «flagrantes» et de «graves» basée sur les commentaires de

²⁸⁰ Rés. CS 1315 (2000) Doc. Off. CS NU, 55^e année, 4186^e séance, Doc. NU S/RES/1315 (2000) [*Résolution 1315, 14 août 2000 TSSL*].

²⁸¹ *Supra* note 4 à la p. 2.

²⁸² REDRESS «Reparation for victims of genocide», p. 17.

²⁸³ *Idem*.

van Boven à ce sujet démontrent pour lui que : «la résolution vise particulièrement les violations flagrantes et les violations graves parce qu'elles soulèvent le plus d'indignation, non parce qu'elles seraient les seules à faire naître un droit à un recours et à réparation.²⁸⁴»

La nuance, l'ajout, le retrait ou l'imprécision sont des actes de langage qui ont forgé et forgent, actuellement, la réalité du droit à un recours et à réparation pour les victimes de violations liées aux crimes internationaux. Nous avons pu déjà le constater dans leur intitulé, les deux versions comportent des altérations plus ou moins imposantes. Dans ce mémoire, les pages qui suivent en observent trois spécifiques : le préambule, le principe 5 relatif à l'obligation de l'État à poursuivre les agresseurs présumés et le principe 8 relatif à la définition du concept de victime. Le concept de victime est analysé au point 3.2.1 de ce mémoire, cependant à cette étape, nous examinons le concept sous l'angle de la comparaison entre les versions 2003 et 2005.

Concernant le préambule de la version 2003, on remarque qu'il est plus volumineux que celui de 2005 soit, 15 paragraphes contre 11.

Observons les paragraphes 10 et 11 du préambule version 2003 :

10. *Notant* que le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire se sont développés selon des voies juridiques et historiques distinctes mais se recoupant à certains égards, et qu'ils prévoient l'un et l'autre la protection des victimes, bien qu'ils ne le fassent pas nécessairement de la même manière ni en utilisant la même terminologie,

11. *Notant aussi* que les conflits de caractère non international et les conflits internes qui se sont produits depuis la Seconde Guerre mondiale montrent que très souvent la victimisation est le fait d'acteurs non étatiques, et que les victimes de violations du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme ont besoin de la même protection que les autres victimes, non seulement sur la base des principes de la responsabilité des États, mais aussi sur la base de la solidarité sociale et humaine.

Ces deux paragraphes sont retranchés du préambule de la version 2005. Essentiellement, c'était la volonté d'imbriquer de manière explicite, dans un même texte le DIDH et le DIH

²⁸⁴ D'Argent, *loc. cit.*, p. 39.

ainsi que celle de l'Etat d'assurer la même protection aux victimes de conflits non-internationaux et à celles de conflits internationaux qui fut à l'origine du texte de la version 2003. Il est également intéressant de constater que la version 2003 souligne la responsabilité des acteurs non étatiques comme parties au DIH. Ces éléments sont totalement dilués dans la version 2005.

La position de certains États se rapportant à la question de l'association dans un même texte du DIDH et du DIH est établie dès la première réunion consultative en 2002. Ainsi la délégation cubaine appuya le principe de regrouper les deux domaines de droit : «Cuba saw no reason to distinguish between IHL and HR obligations.²⁸⁵» tandis que «The United Kingdom believed that the combination of HR law and IHL, which were two distinct areas of expertise, created particular challenges.²⁸⁶» D'autres États démontraient quelque inquiétude. Tel était le cas pour le Japon, le Canada, les États-Unis et l'Allemagne particulièrement. À l'instar du CICR, van Boven rassura ces États concernant ce sujet. Il affirma que contrairement au concept de violations flagrantes propres aux DIDH, le concept de violations graves propres au DIH est plus défini: «The concept of crimes against humanity had evolved with considerable clarity. What was more, the whole set of rights was interrelated and interdependent, and no hierarchy could be modalities for implementation of principle...²⁸⁷» Le CICR précisa en ce qui concerne l'incorporation du DIH au document en précisant que :

«As for incorporating IHL in the document, article 3 of the Hague Convention of 18 October 1907 (currently part of the customary law) required States to compensate individuals who were victims of violations. Indeed, under international law, including IHL, all violations were subject to reparations. Finally, it would be useful if delegates clarified their reservations on the question of non-Sates actors.²⁸⁸»

D'Argent rapporte que l'Allemagne objecta :

Tout en reconnaissant que certains instruments protecteurs des droits de l'homme permettent la présentation de réclamations individuelles, rien de semblable n'existe en cas de violation du

²⁸⁵ *Supra* note 207, para. 16.

²⁸⁶ *Ibid.*, para. 19.

²⁸⁷ *Ibid.*, para.21.

²⁸⁸ *Ibid.*, para. 50.

droit international humanitaire et que les affirmations selon lesquelles un droit individuel à obtenir réparation serait consacré par la quatrième convention de la Haye de 1907, ou par le premier protocole de 1977 additionnel aux conventions de Genève de 1949 sont dépourvus de tout fondement²⁸⁹.

Cette affirmation de l'Allemagne s'avère pourtant contestée par plusieurs juristes de DIP ainsi que par différents jugements et arrêts dont celui de la Cour internationale de justice concernant *l'Usine Chorzow*²⁹⁰ qui reconnaît le droit à un recours utile et à une juste réparation pour une victime. Finalement, l'imbrication dans un même texte du DIH et DIDH fut abandonnée dans la version 2005. La seule mention restante est cette vague allusion au paragraphe 7 duquel est exclue toute référence à la distinction de conflit international et non international ainsi qu'à la notion d'acteur non étatique mais qui souligne plutôt la complémentarité du DIDH et du DIH :

7. *Soulignant* que les Principes fondamentaux et directives n'entraînent pas de nouvelles obligations en droit international ou interne, mais définissent des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui sont complémentaires bien que différents dans leurs normes.

Concernant le principe 5, relatif à l'obligation de poursuivre les agresseurs présumés, la version 2005 ajoute une précision à la version 2003 de telle sorte qu'elle la restreint.

Observons le principe 5, relatif à l'obligation de poursuivre les agresseurs présumés, de la version 2003 :

5. À cette fin, les États incorporent dans leur droit interne des dispositions appropriées conformes au droit international relatif aux droits de l'homme, instituant une compétence universelle pour les crimes de droit international, lorsqu'il existe un lien juridique avec l'État exerçant les poursuites. En outre, les États facilitent l'extradition ou la remise des coupables à d'autres États et aux organes judiciaires internationaux, et mettent en œuvre l'entraide judiciaire et d'autres formes de coopération aux fins de la justice internationale, y compris des mesures d'assistance et de protection pour les victimes et les témoins, conformément aux normes juridiques internationales relatives aux droits de l'homme.

La Fédération de Russie, les États-Unis et l'Allemagne considéraient que le texte allait plus loin que les obligations liant les États au DIP et se montraient réticents à reconnaître le devoir

²⁸⁹ D'Argent, *loc. cit.*, p. 37.

²⁹⁰ *Usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne)* (1928), C.P.J.I (sér. A/B) no 17.

d'extradition. «The German delegation was reluctant to recognize an obligation to extradite perpetrators if they were likely to be subjected to human rights violations. The paragraph in question would thus require redrafting.²⁹¹» La délégation du CICR affirma au contraire que le libellé est tout à fait conforme à l'état actuel du DIP concernant les obligations d'État. La Commission internationale de juristes appuya la position du CICR: «There is indeed a legal obligation to try perpetrators of international crimes. That was a long-standing principle, dating back to at least 1925, and was recently confirmed by ICJ with regard to genocide.²⁹²»

Observons le principe 5 de la version 2005 :

5. À cette fin, lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit, les États incorporent ou mettent en oeuvre, dans leur droit interne, des dispositions appropriées instaurant la juridiction universelle. En outre, lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation juridique internationale le prévoit, les États devraient faciliter l'extradition ou la remise des délinquants à d'autres États et aux organes judiciaires internationaux compétents, et garantir l'entraide judiciaire et d'autres formes de coopération aux fins de la justice internationale, y compris des mesures d'assistance et de protection pour les victimes et les témoins, conformément aux normes juridiques internationales relatives aux droits de l'homme et dans le respect des règles juridiques internationales comme celles interdisant la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

L'ajout de «lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit» survient à deux reprises. On note cet ajout au début du principe relativement à l'incorporation d'une juridiction universelle dans le droit interne des États et une seconde fois relativement à l'extradition ou à la remise des agresseurs présumés à d'autres États. Cet ajout lézarde la portée de l'obligation de poursuivre car elle la conditionne au droit des traités ratifiés par les États parties.

Finalement, concernant le principe 8, relativement à la définition du concept de victime, la différence de langage des deux versions suit naturellement la tendance de l'intitulé. La version 2003 définit la victime plus largement que la résolution de 1985 d'une part, mais moins que la version 2005, d'autre part.

²⁹¹ *Supra* note 207, para. 49.

²⁹² *Ibid.*, para. 50.

Observons le principe 8, relatif au concept de victime, de la Version 2003 :

8. On entend par «victime» une personne qui, par suite d'actes ou d'omissions constituant une violation des normes du droit international humanitaire ou des droits de l'homme, a subi, individuellement ou collectivement, un préjudice, notamment une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte à ses droits fondamentaux. Une «victime» peut être également une personne morale, une personne à charge ou un membre de la famille proche ou du ménage de la victime directe ou une personne qui, en intervenant pour venir en aide à une victime ou empêcher que se produisent d'autres violations, a subi un préjudice physique, mental ou matériel.

On remarque que les qualificatifs «flagrantes» et «graves» n'apparaissent pas et que par contre, la notion de «personne morale» surgit. Certains États, dont l'Allemagne, les États-Unis, la Grande-Bretagne, le Canada, le Japon et l'Espagne voyaient un problème entre autres, entre l'arrimage du droit interne et du DIP. La délégation de la Commission internationale de juristes se fit rassurante et mentionna que : «Also, it would be a mistake to overemphasize the detail of national law provisions. Many Sate laws did not even criminalize torture. Clearly, there was no intention to exclude them here.²⁹³»

Observons le principe 8 de la version 2005 :

8. Aux fins du présent document, on entend par «victimes» les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire. Le cas échéant, et conformément au droit interne, on entend aussi par «victime» les membres de la famille proche ou les personnes à charge de la victime directe et les personnes qui, en intervenant pour venir en aide à des victimes qui se trouvaient dans une situation critique ou pour prévenir la persécution, ont subi un préjudice.

L'examen de ces trois principes nous permet de constater que, même avec le retrait des paragraphes 10 et 11 du préambule de la version 2003 et en dépit des altérations relatives aux deux autres principes, les actes de langage posés durant les travaux de la Commission des droits de l'homme ont fait leur œuvre. En effet, le résultat est le même, à savoir que la

²⁹³ *Ibid.*, para. 76.

résolution finale met sur un pied d'égalité le traitement que doit offrir l'État aux victimes de violations relevant du DIH et celles relevant du DIDH. Pourtant, à part dans l'intitulé, nul part dans la version finale il n'est fait explicitement mention d'obligations égales envers les victimes de violations du DIDH et celles de violations DIH. On peut dès lors affirmer que des actes de langage au sens des relations internationales ont été mis en œuvre dans la structure puisque aucun agent, qu'il soit État, Organisation intergouvernementale, ou ONG, ne pourrait prétendre à une différence de traitement entre les victimes. Une nouvelle norme au sens de notre cadre théorique en matière de droit à un recours et à réparation pour les victimes est survenue.

Ainsi, l'héritage des actes de langage se détecte dans le produit final de la résolution. À titre d'exemple, il est pertinent d'examiner l'ancrage du langage, pour reprendre l'expression de D'Argent, concernant le paragraphe II sur la portée de l'obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le DIP tel que prévu dans les régimes pertinents. Tout le paragraphe est rédigé au présent et non au conditionnel et D'Argent relève :

Cette ancrage du droit à un recours et à réparation dans le devoir de respecter et de faire respecter les droits de l'homme et le droit humanitaire apparaît pour la première fois explicitement dans le projet révisé présenté en 1996 par M. van Boven. Il sera développé par M. Bassiouni et ne sera plus remis en cause ensuite.²⁹⁴

4.2 Le rôle des Organisations intergouvernementales et des ONG

Considérant que la version 2005 est de portée plus restreinte que la version 2003, nous pourrions être tentée de conclure, qu'exception faite de leur réussite à porter à l'agenda international le débat sur le droit à un recours et à réparation des victimes, les Organisations intergouvernementales et les ONG n'auraient pas réussi, en fin de parcours, à infléchir la position des États et donc auraient partiellement failli à leur tâche d'entrepreneurs de norme. Cette assertion mérite un examen plus approfondi et plus nuancé.

²⁹⁴ D'Argent, *loc. cit.*, p. 42.

Dans une analyse du discours et du rôle joué par la France au CS lors du conflit rwandais entre 1993 et 1994, David Ambrosetti²⁹⁵ amène un concept à deux volets se greffant à la pratique discursive des agents : les fondements de la valeur légitimatrice et l'importance du discours humanitaire. Ainsi, la croyance individuelle et collective en certaines pratiques oriente la légitimité. Dans le cas des *principes fondamentaux et directives*, la légitimité étant celle d'adhérer à un mouvement humanitaire rendant justice aux victimes. Le rôle des ONG comme vecteur de légitimation est crucial. Parlant du rôle de la France en tant qu'agent dans la structure qu'était le Conseil de sécurité de l'ONU, Ambrosetti argumente :

Ces différents agents ont en commun d'avoir perçu la forte *légitimité* progressivement reconnue à l'idée humanitaire par leurs pairs et par les publics auxquels ils s'adressaient, et d'avoir placé leurs activités quotidiennes sous l'éclairage de cette idée, qui procurait ainsi du sens et générait l'acceptation et le soutien de ces activités, notamment à travers la figure de la *victime*, d'autant plus facilement reconnue comme innocente qu'elle était lointaine et méconnue.²⁹⁶

«L'idée» de l'humanitaire émane d'une intention d'enrayer la souffrance humaine et toutes «nations civilisées» y aspirent. Elle propose une certaine normativité dans le sens d'une modification de comportement de la part des agents. «Supranational institutions may not always be able to promulgate and enforce law, but they can and do frequently generate norms that are disseminated by nongovernmental organizations (NGOs) to pressure domestic political actors.²⁹⁷» De plus, «One fairly new aspect of NGOs is their geographic range.²⁹⁸» En effet, les ONG qui possèdent des branches un peu partout dans le monde s'abreuve aux réalités locales ce qui leur confère un large spectre et une vue panoramique des problématiques. Elles se retrouvent parfois dans une position de pouvoir, voire de puissance, apparentée à celle des Organisations internationales tels le Conseil économique et social ou la Banque mondiale.

²⁹⁵ David Ambrosetti, «L'humanitaire comme norme du discours au Conseil de sécurité : une pratique légitimatrice socialement sanctionnée», *Cultures & Conflits*, 60, hiver 2005, en ligne : www.conflits.org/index1917.html (page visitée le 5 juillet 2009).

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 38.

²⁹⁷ Anne-Marie Slaughter, Andrew S. Tulumelo et Stephan Wood. «International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship», *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, p. 371.

²⁹⁸ Charnovitz, *loc. cit.*, p. 350.

Cette première décennie de millénaire a vu le rôle de bon nombre d'ONG dépasser le premier stade de la persuasion du cycle de vie de la norme. À l'instar de Breton-Le Goff, Ramel souligne que : «en d'autres termes, le rôle des ONG constituées en réseau ne se cantonnerait pas à la phase 1 mais s'étendrait jusqu'au troisième stade,²⁹⁹» le stade trois étant composé d'acteurs comme des juristes, des experts et des bureaucrates. Ce phénomène est déjà présent dès le début du XX^e siècle époque à laquelle le CICR a vu son rôle d'entrepreneur de norme atteindre le stade deux du cycle de vie de la norme.

«The International Committee of the Red Cross (ICRC) certainly did not disappear with the signing of the first Geneva Convention. Instead, the ICRC became its chief socializing agent, helping states to teach the new rules of war to their soldiers, collecting information about violations, and publicizing them to pressure violators to conform. Socialization is thus the dominant mechanism of a norm cascade-mechanism through which norm leaders persuade others...³⁰⁰»

Quoique dépendantes pour leur financement, une plus grande liberté propre aux ONG en font des agents libres contrairement aux Organisations internationales donc plus crédibles et plus influents. «That purpose plus organization gives NGOs whatever 'authority', they have, and it will be moral authority rather than legal authority. The self-actuated nature of NGO distinguishes them from typical IOs whose mandated are agreed to and limited by states.³⁰¹»

De par leur forte expansion et leur rôle de plus en plus significatif, certains experts diront qu'un risque de dénaturalisation de leur essence guette les ONG. «Recognizing the long time usage of the NGO acronym, some commentators have suggested keeping it, but changing its meaning to 'Necessary to Governance Organization'. That clever wordplay has not caught on.³⁰²» Il est tout de même exact d'affirmer qu'un certain nombre d'ONG ont accéléré et réussi véritablement à modifier le cours du DIP dans sa forme juridique.

«The reformation of international law extends both to content and to process. The vastly expended content of international law has been stimulated by NGOs, particularly in human rights, humanitarian and environmental law. Though their focus on the rights of individuals,

²⁹⁹ Ramel, *loc. cit.*, p. 2.

³⁰⁰ Finnemore et Sicking, «International Norms», *loc. cit.*, p. 902.

³⁰¹ Charnovitz, *loc. cit.*, p. 348.

³⁰² *Ibid.*, p. 351.

rather than the rights (and sovereignty) of states, leading surely NGOs deserve credit for helping to humanize modern international law both treaties and customary.³⁰³»

Cette citation concernant le rôle et l'influence des ONG révèle leur pouvoir. La loi des traités et la loi de coutume ne relèvent pas du *soft law*. «Ils sont des actes conventionnels à caractère contraignant du droit international qui produisent des droits et des obligations pour les parties.³⁰⁴» Nous nous rallions à cette remarque de Chatzistavrou relativement à l'obligation que comporte le droit dur international pour les États³⁰⁵. Cependant, une nuance s'impose à cette étape:

«In domestic societies, legal commitments are credible because aggrieved parties can enforce them, with the power of the state if necessary. Even 'hard' international law falls short to this standard: international regimes do not attempt to establish legal obligations centrally enforceable against states. Yet it is erroneous to conclude that the 'formal legal status' of international agreements is therefore meaningless.³⁰⁶»

Les *principes fondamentaux et directives* quant à eux, relèvent d'une entente, d'une résolution, et ne sont donc pas contraignants (contraignants à un certain niveau puisque les intentions devraient, en principe, être concrétisées) comme nous l'avons déjà indiqué antérieurement. L'intitulé d'un accord ne permet pas de prédire nécessairement sa nature juridique mais on a déjà constaté au point précédent que la version 2005 des *principes fondamentaux et directives* a conservé le même sens que la version 2003 en dépit du fait que le texte ne regroupe pas explicitement le DIH et le DIDH.

Pourtant, parce que les *principes fondamentaux et directives* sont une résolution tous les États membres de l'Assemblée générale de l'ONU sont tenus d'avoir les mêmes obligations envers les victimes de violations relevant du DIDH et du DIH et ce, de la même façon. Rappelons que la résolution a été adoptée sans vote ce qui implique que tous les États membres sont liés à cette dernière.

³⁰³ *Ibid.*, p. 360.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 5.

³⁰⁵ Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354.

³⁰⁶ Kenneth W. Abbott et Duncan Snidal, «Hard and Soft law in International governance», *International Organization*, vol. 54, n° 3, 2000, p. 426.

4.3 L'impact juridique de la résolution 60/147 versus l'impact politique : *la soft law*

L'unanimité qui présida à l'adoption de la résolution ne doit pas tromper. L'absence d'opposition formelle et la disparition progressive des abstentions qui s'étaient exprimées à la Commission des droits de l'homme et à l'ÉCOSOC constituent assurément un gage d'acceptabilité politique de son contenu. Elles ne suffisent bien entendu pas pour asseoir sa portée obligatoire.³⁰⁷

Une résolution est un accord d'intention, une règle de conduite qui devrait entraîner des procédures pour lui conférer un caractère contraignant. Une résolution dispose toujours d'une portée politique et morale. Par ailleurs, pour que cette même résolution ait une portée juridique, elle doit avoir les approbations parlementaires. Une résolution s'avère typiquement du *soft law*. Le *soft law* ou le droit mou a vu le jour dans les années soixante-dix pour répondre à un besoin de changement dans les modes d'opération du DIP et répondre à l'élargissement des activités politico-juridiques. Les déclarations, les recommandations, les résolutions³⁰⁸, les déclarations d'intention, les chartes, les *guidelines* et les principes, sont tous des instruments du *soft law*.

Certains experts comme Michel Virally³⁰⁹ et Filipa Chatzistavrou³¹⁰ postulent que le *soft law* est un pré-droit qui établit des règles de conduite qui n'ont pas de caractère juridique tel qu'entendu au sens strict du droit dur, qui lui, incorpore des obligations légales, comme dans l'exemple du traité. Parallèlement, ces actes de *soft law* comme le précise Chatzistavrou : «jouissent d'un statut *infra-juridique*, ce qui n'empêche pas que certaines conséquences juridiques puissent en être logiquement déduites.³¹¹» Deux des caractéristiques du *soft law* sont sa procédure légère et son caractère influent. «C'est une sorte de *soft obligation* («soft liability») pour laquelle, malgré tout, la sanction n'est pas totalement absente.³¹²»

³⁰⁷ D'Argent, *loc. cit.*, p. 36.

³⁰⁸ Le cas des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU est différent. Ces résolutions ne sont pas du *soft law*, elles ont un caractère contraignant.

³⁰⁹ Michel Villary, «La distinction entre les textes internationaux ayant une portée juridique entre les acteurs et les textes qui en sont dépourvus», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol., 60-I II, 1983.

³¹⁰ Chatzistavrou, *loc. cit.*

³¹¹ *Ibid.*, p. 7.

³¹² *Idem.*

La construction des *principes fondamentaux et directives* s'est établie principalement au conditionnel, par consensus, comme c'est le cas pour la majorité des résolutions. Néanmoins, certains principes des *principes fondamentaux et directives* comportent un degré plus grand d'obligations pour les États. C'est le cas des principes 15 et 17 concernant la réparation du préjudice subi. «Seuls les paragraphes [principes] 15 et 17 contiennent des affirmations formulées à l'indicatif présent, ce qui, selon les auteurs de la résolution, est le signe de leur caractère juridiquement contraignant.³¹³»

Observons le principe 15 :

15. Conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, l'État assure aux victimes la réparation des actes ou omissions qui peuvent lui être imputés et qui constituent des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire.

Observons le principe 17 :

17. S'agissant des plaintes des victimes, l'État assure l'exécution des décisions de réparation prononcées par ses juridictions internes à l'égard des particuliers ou des entités responsables du préjudice subi et s'applique à assurer l'exécution des décisions de réparation ayant force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères, conformément à son droit interne et à ses obligations juridiques internationales...

D'Argent note :

la résolution considère que l'obligation internationale de réparer n'existe que dans le chef de l'État auquel les 'actes ou omissions' illicites sont imputables, et non dans les chefs des particuliers auteurs de violations : 'si la réparation incombe à une personne physique, à une personne morale ou à une entité, la personne ou l'entité *devrait* assurer réparation à la victime ou indemniser l'État lorsque celui-ci a déjà assuré réparation à la victime'.³¹⁴

En dépit de l'emploi des temps de verbes, l'impact juridique des *principes fondamentaux et directives* reste assujéti à la complexité et à la spécificité du DIP à savoir, l'interprétation

³¹³ D'Argent, *loc. cit.*, p. 47.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 48.

que l'on en fait. Kenneth W. Abbott et Duncan Snidal³¹⁵ considèrent que tout instrument du *soft law* est davantage un engagement politique que juridique de la part de leurs signataires. Ces deux auteurs posent que le droit international dur, comme le traité, est plus contraignant qu'une résolution ou une déclaration, certes, mais ils arguent : «that international actors choose to order their relations through international law and design treaties and other legal arrangements to solve specific substantive and political problems.³¹⁶» Le DIP, plus spécifiquement, le *soft law* «à travers son caractère plus ou moins programmatique, procure aussi un cadre de discussion et de négociations futures pour les États.³¹⁷» Chatzistavrou ajoute :

La prise de décision est basée sur le pur consentement. Il est plus simple d'accorder son consentement à un acte dont on sait qu'il comporte peu d'engagement juridique. Le consentement témoigne aussi de l'intérêt politique des parties qui souhaitent montrer qu'elles cautionnent certaines politiques, sans être obligées de s'engager du point de vue strictement juridique et de s'octroyer des droits et des obligations.³¹⁸

La résolution 60/147 peut être considérée comme une «force juridique en devenir» mais s'avère indéniablement puissante comme force politique. En effet, et c'est là que prend tout le sens de cette résolution, la pression et l'engagement politique qu'elle représente obligent l'avancement de la question du droit à un recours et à réparation en politique interne comme en politique internationale. «Autrement dit, un acte faiblement contraignant peut être politiquement contraignant et influencer comme moyen de pression politique; ainsi l'opposition d'un État à un acte peut l'obliger à se tenir sur la défensive et à expliquer sa position.³¹⁹» À ce stade, la norme est «internalisée» par les agents voire, internationalisée. Ils ne peuvent que difficilement s'y soustraire sans en payer le prix, le prix de l'opinion publique, celui de la diplomatie et possiblement le prix politique. L'intérêt de l'agent s'arrime à ce stade avec norme.

³¹⁵ Abbott et Snidal, *loc. cit.*

³¹⁶ *Ibid.*, p. 423.

³¹⁷ Chatzistavrou *loc. cit.*, p. 8.

³¹⁸ *Idem.*

³¹⁹ *Idem.*

Kratochwil nous rappelle qu'il est impossible d'analyser une prise de position ou une action dans le système international sans comprendre que ce choix est tributaire des objectifs poursuivis, qui eux, sont fonctions des intérêts de l'agent. «To grasp the meaning of an action, we have to locate it in intersubjective context.³²⁰» Il précise également : «Social interaction, the heart of the matter, embodies the dynamics of collective self-interpretations and self definitions through which actors create the intersubjective understandings that in turn constitute the actor and her actions as meaningful.³²¹»

Cette intersubjectivité est un échange et un mouvement perpétuel dans la structure idéationnelle qui ne stagne jamais. La résolution 60/147 est un acte de langage et un point d'ancrage permettant de ricocher et de poursuivre plus loin la pression sur les États pour qu'ils rencontrent leurs obligations en matière de droit à un recours et à réparation pour les victimes.

³²⁰ Fierke et Jørgensen, *op. cit.*, p. 64.

³²¹ *Ibid.*, p. 179.

CONCLUSION

Nous avons vu que le cycle de vie de la norme évolue dans la structure du système international. La relation entre l'*agence* et la *structure* est un continuum d'influences. Au cœur de la construction des *principes fondamentaux et directives* le contexte intersubjectif de la structure s'est avéré être non seulement un terreau fertile mais aussi une condition à l'émergence de cette nouvelle norme. Theo van Boven nous le rappelle dans la préface de *Out of the Ashes* en parlant des *principes fondamentaux et directives* :

«They can also be expeditiously used in many ways as in inspiration, as a model, as a tool for victim-oriented policies and practices. (...) the text that was emerging had already a certain impact on national law and practice, on international jurisprudence and on other standing-setting activities. One could consider these developments as implementations *avant la letter*. Thus, several Latin American countries, in drawing up legislation on reparation for victims, have taken the draft principles into account. Similarly, the Inter-American Courts of Human Rights referred in its jurisprudence several times to them. And not the least, the Statute of the International Criminal Court (ICC) in its provisions relating to the reparation for victims, bears in its intent and wording, the imprint of the draft principles and guidelines.³²²»

Van Boven a raison de prétendre que la résolution et le temps consacré à son élaboration ont permis de vérifier l'affirmation que les *principes fondamentaux et directives* se profilent comme un modèle et une référence. Par exemple, dans un jugement rendu dans l'affaire *Salvador Chiriboga c. Ecuador*³²³ en mai 2008, la Cour interaméricaine des droits de l'homme se réfère explicitement aux principes 15 concernant «la réparation à la mesure de la gravité» et au principe 18 relativement «au droit à une réparation pleine et efficace» pour débouter l'État de l'Équateur dans un affaire d'expropriation :

«To such regard, the Tribunal deems that in cases of expropriation, the payment of a compensation constitutes a general principle of the international law, which derives from the need to look for a balance between the general interest and the owner's interest. Said principle has been sustained by the American Convention in its Article 21 when referring to the

³²² De Feyter et Parmentier, *op. cit.*, préface, pp. V et VI.

³²³ *Affaire Salvador Chiriboga (Ecuador)* (2008), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 179.

payment of a “just compensation”. This Court considers that in order to obtain a just compensation, this must be prompt, adequate and effective.³²⁴»

La même référence aux *principes fondamentaux et directives* se retrouve au sein du jugement dans l’affaire *Trujillo-Oroza c. Bolivia* de 2002 et dans l’affaire *Myrna Mack Chang c. Guatemala* de 2003 comme nous l’avons vu précédemment.

Le but de ce mémoire était de démontrer que les *principes fondamentaux et directives* ont dessiné une nouvelle norme pour les victimes de violations flagrantes du DIDH et de violations graves du DIH dans le cadre de la théorie constructiviste. La méthodologie arrêtée pour y parvenir n’a livré ses promesses que partiellement. En effet, sur les douze ONG contactées, deux ont répondu à l’appel et aucun autre participant contacté n’a répondu. Il nous a été difficile également de savoir si ces ONG avaient produit et présenté des documents avant ou pendant les réunions consultatives car ces derniers ne sont pas disponibles au public. En fait, un représentant ayant répondu à notre invitation nous a mentionné qu’il existait de tels documents mais qu’ils s’avèrent informels et que son Organisation avait même écrit à Cherif Bassiouni concernant l’importance d’inclure les victimes de violations relevant du DIH dans la résolution. Par ailleurs, les représentants à qui nous avons parlé ont été d’une aide précieuse et généreux d’informations. Nous leur témoignons notre reconnaissance et respectons leur désir d’anonymat. L’analyse des comptes rendus et rapports du Conseil économique et social de l’ONU ainsi que la scrutation des textes d’experts des relations internationales et du DIP par contre, nous permet d’affirmer que la résolution 60/147 a établi une nouvelle norme en matière de droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du DIDH et de violations graves du DIH au sens de notre cadre théorique. On pourrait avancer qu’une nouvelle norme régulatrice, au sens de Finnemore et Sicking a surgi. Quoi qu’il en soit, la véritable question est de savoir quelles conséquences juridiques auront à long terme l’intégration, de façon égale et sur un même pied, du droit à un recours et à réparation des victimes de violations des deux domaines de droit. Le Président-rapporteur Salinas précise dans ses notes :

³²⁴ *Ibid.*, para. 96.

Dans la mesure où ces Principes et directives sont axés sur la victime et où ils reposent essentiellement sur la notion de solidarité sociale et humaine, et pas seulement sur la notion de responsabilité de l'État, il serait difficile de faire dépendre les droits des victimes de la source de droit conventionnel ou coutumier qui les fonde. En conséquence, il faut bien comprendre que ces Principes et directives ne sont pas censés tenir compte des différences juridiques entre violations du droit international relatif aux droits de l'homme et violations du droit international humanitaire.³²⁵

Les représentants avec qui nous avons eu le privilège d'échanger, ont été étonnés positivement par l'adoption de la résolution. Ils mentionnent le rôle crucial joué par la Commission des droits de l'homme qui a «poussé» pour que la résolution soit adoptée. Certaines dimensions de la résolution entraîneront également des postures différentes pour les États. La transposition en droit interne de certaines notions, comme celle de la réparation collective retrouvée dans le principe 8 définissant la victime, devrait avoir un effet sur la jurisprudence. La déception concernant un arrêt rendu, en 2003, par la Cour Suprême des Pays Bas³²⁶ concernant des victimes collectives de l'ex-Yougoslavie devrait être chose du passé. Ces victimes, collectivement, avaient subi un stress suite à des bombardements en mars et juin 1999. Malheureusement, dans son jugement le Tribunal dénie le droit à un recours collectif, ce qui avait fait dire à Zegveld «The right to invoke the rules of IHL is therefore confined to those who personally were the victims of violations of IHL.³²⁷» Reste à voir si le même cas apprécié dans le contexte actuel se conclurait de la même façon.

Ce que l'on peut affirmer également c'est que les *principes fondamentaux et directives* servent déjà de base à la poursuite de la réflexion relative à la réparation des victimes. L'International Law Association s'active vigoureusement pour l'indemnisation des victimes de guerre. Cette ONG est une entrepreneure de norme qui réussira peut-être à faire émerger une nouvelle norme. Nous savons que la structure permet à l'effet de l'intersubjectivité de se déployer favorisant l'éclosion de nouvelles normes. Ce que Finnemore et Sicking ajoutent c'est que pour émerger une nouvelle norme doit rivaliser avec une ancienne norme tout en y puisant sa force:

³²⁵ *Supra* note 279 à la p. 87.

³²⁶ Zegveld traite d'une série de décisions rendues par de la Cour suprême des Pays-Bas du 29 novembre 2003, para. 3.2, dans lesquelles la Cour rejette une injonction interlocutoire d'un collectif de victimes contre l'État néerlandais exigeant qu'il cesse sa participation dans les hostilités contre la République fédérée de Yougoslavie en tant que membre de l'OTAN. Voir Zegveld, *loc. cit.*, p. 502.

³²⁷ *Ibid.*

«In other words, new norms never enter a normative vacuum but instead emerge in a highly contested normative space where they must compete with other norms and perceptions of interest. This normative contestation has important implications for our understandings of ways in which 'logic appropriateness' relates to norms. Efforts to promote a new norm take place within the standards of 'appropriateness' defined by prior norms.³²⁸»

Les conférences de Toronto en 2006 et celle de Rio en 2008 tenues par l'International Law Association, dans le but express de produire de nouveaux principes concernant le droit à un recours et à réparation pour les victimes de violations relevant du DIH, sont la manifestation incontestable que les *principes fondamentaux et directives* ont créé une nouvelle norme en la matière.

³²⁸ Finnemore et Sikking, «International Norms», *loc. cit.*, p. 897.

APPENDICE A

ÉLÉMENTS DE PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DIRECTIVES CONCERNANT LE DROIT À UN RECOURS ET À RÉPARATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

(Version révisée du 15 août 2003)

Préambule

La Commission des droits de l'homme,

Rappelant les dispositions de nombreux instruments internationaux prévoyant un droit à réparation en faveur des victimes de violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme, en particulier les dispositions de l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de l'article 11 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et de l'article 39 de la Convention relative aux droits de l'enfant,

Rappelant les dispositions des conventions régionales prévoyant le droit à un recours pour les victimes de violations du droit international des droits de l'homme, en particulier les dispositions de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de l'article 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme),

Rappelant la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, issue des délibérations du septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, ainsi que la résolution 40/34 du 29 novembre 1985 dans laquelle l'Assemblée générale a adopté le texte recommandé par le Congrès,

Réaffirmant les principes énoncés dans la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, notamment le fait que les victimes doivent être traitées avec compassion et dans le respect de leur dignité, que leur droit à l'accès aux instances judiciaires et aux mécanismes de réparation doit être pleinement respecté et qu'il faut encourager l'établissement, le renforcement et l'expansion de fonds nationaux d'indemnisation des victimes ainsi que l'élaboration rapide de droits et recours appropriés pour les victimes,

Rappelant la résolution 1989/57 du Conseil économique et social, en date du 24 mai 1989, intitulée «Application de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de

la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir», ainsi que la résolution 1990/22 du Conseil, en date du 24 mai 1990, intitulée «Victimes de la criminalité et victimes d'abus de pouvoir»,

Notant que dans la résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, par laquelle il a adopté le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Conseil de sécurité a décidé que «la tâche du Tribunal sera accomplie sans préjudice du droit des victimes de demander réparation par les voies appropriées pour les dommages résultant de violations du droit international humanitaire»,

Notant aussi que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale impose «d'établir des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit», et impose à l'assemblée des États parties l'obligation de créer un fonds au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour, et au profit de leur famille, et charge la Cour de protéger «la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes» et d'autoriser la participation des victimes à tous les «stades de la procédure qu'elle estime appropriée»,

Soulignant que les principes et directives ne créent pas de nouvelles obligations de fond en droit international ou interne, mais définissent des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire,

Rappelant que le droit international impose l'obligation de poursuivre les auteurs de certains crimes internationaux conformément aux prescriptions de la loi nationale ou aux dispositions des statuts des organes judiciaires internationaux, et que le devoir de poursuivre renforce les obligations juridiques internationales qui doivent être exécutées conformément aux prescriptions et procédures de droit interne et étaye le concept de complémentarité,

Notant que le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire se sont développés selon des voies juridiques et historiques distinctes mais se recoupant à certains égards, et qu'ils prévoient l'un et l'autre la protection des victimes, bien qu'ils ne le fassent pas nécessairement de la même manière ni en utilisant la même terminologie,

Notant aussi que les conflits de caractère non international et les conflits internes qui se sont produits depuis la Seconde Guerre mondiale montrent que très souvent la victimisation est le fait d'acteurs non étatiques, et que les victimes de violations du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l'homme ont besoin de la même protection que les autres victimes, non seulement sur la base des principes de la responsabilité des États, mais aussi sur la base de la solidarité sociale et humaine,

Notant en outre, comme il est dit dans la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, que les victimes d'abus graves de pouvoir politique et économique ont droit, comme les autres victimes, à la protection de leurs droits,

Notant encore que les formes contemporaines de victimisation, bien qu'essentiellement dirigées contre des individus, n'en sont pas moins dirigées aussi contre des catégories de personnes ou des

groupes identifiables de personnes qui sont visées collectivement, et qui devraient aussi avoir droit à la protection de leurs droits collectifs et avoir le droit d'engager des actions collectives,

Considérant qu'en honorant le droit des victimes à un recours et à réparation, la communauté internationale tient ses engagements et témoigne de sa solidarité humaine à l'égard des victimes, des survivants et des générations futures, et réaffirme les principes juridiques internationaux de responsabilité, de justice et de primauté du droit,

Exprimant en outre la conviction qu'en adoptant une approche axée sur la victime, la communauté, aux niveaux local, national et international, affirme sa solidarité humaine et sa compassion à l'égard des victimes de violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme, ainsi que de l'humanité tout entière,

Principe 5 :

5. À cette fin, les États incorporent dans leur droit interne des dispositions appropriées conformes au droit international relatif aux droits de l'homme, instituant une compétence universelle pour les crimes de droit international, lorsqu'il existe un lien juridique avec l'État exerçant les poursuites. En outre, les États facilitent l'extradition ou la remise des coupables à d'autres États et aux organes judiciaires internationaux, et mettent en œuvre l'entraide judiciaire et d'autres formes de coopération aux fins de la justice internationale, y compris des mesures d'assistance et de protection pour les victimes et les témoins, conformément aux normes juridiques internationales relatives aux droits de l'homme.

Principe 8 :

8. On entend par «victime» une personne qui, par suite d'actes ou d'omissions constituant une violation des normes du droit international humanitaire ou des droits de l'homme, a subi, individuellement ou collectivement, un préjudice, notamment une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte à ses droits fondamentaux. Une «victime» peut être également une personne morale, une personne à charge ou un membre de la famille proche ou du ménage de la victime directe ou une personne qui, en intervenant pour venir en aide à une victime ou empêcher que se produisent d'autres violations, a subi un préjudice physique, mental ou matériel.

APPENDICE B

ÉLÉMENTS DE PRINCIPES FONDAMENTAUX ET DIRECTIVES CONCERNANT LE DROIT À UN RECOURS ET À RÉPARATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

(Version du 16 décembre 2005)

Préambule :

Rappelant les dispositions de nombreux instruments internationaux prévoyant un droit à un recours et à la réparation en faveur des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme, en particulier les dispositions de l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de l'article 39 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que de violations du droit international humanitaire, en particulier les dispositions de l'article 3 de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention no IV de 1907), de l'article 91 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et des articles 68 et 75 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale,

Rappelant les dispositions des conventions régionales prévoyant le droit à un recours pour les victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme, en particulier les dispositions de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de l'article 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

Rappelant la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, issue des délibérations du septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, ainsi que la résolution 40/34 du 29 novembre 1985 dans laquelle l'Assemblée générale a adopté le texte recommandé par le Congrès,

Réaffirmant les principes énoncés dans la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, notamment que les victimes doivent être traitées avec compassion et dans le respect de leur dignité, que leur droit à l'accès à la justice et aux mécanismes de réparation doit être pleinement respecté et qu'il faut encourager l'établissement, le renforcement et l'expansion de fonds nationaux d'indemnisation des victimes ainsi que l'institution rapide de droits et recours appropriés pour les victimes,

Notant que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale impose «d'établir des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit», et impose à l'Assemblée des États parties l'obligation

de créer un fonds au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour, et au profit de leur famille, et charge la Cour de protéger «la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes» et d'autoriser la participation des victimes à tous les «stades de la procédure qu'elle estime appropriée»,

Affirmant que les présents Principes et directives s'appliquent en cas de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire qui, en raison de leur gravité, constituent une atteinte à la dignité humaine,

Soulignant que les Principes et directives n'entraînent pas de nouvelles obligations en droit international ou interne, mais définissent des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui sont complémentaires bien que différents dans leurs normes,

Rappelant que le droit international impose l'obligation de poursuivre les auteurs de certains crimes internationaux conformément aux obligations internationales des États parties et aux prescriptions du droit national ou aux dispositions des statuts applicables des organes judiciaires internationaux, et que le devoir de poursuivre renforce les obligations juridiques internationales qui doivent être exécutées conformément aux prescriptions et procédures de droit interne et étaye le concept de complémentarité,

Notant encore que les formes contemporaines de victimisation, bien qu'essentiellement dirigées contre des personnes, peuvent tout aussi bien être dirigées contre des groupes de personnes qui sont visées collectivement,

Considérant qu'en honorant le droit des victimes à un recours et à réparation, la communauté internationale tient ses engagements à l'égard des victimes, des survivants et des générations futures, et réaffirme les principes juridiques internationaux de responsabilité, de justice et de primauté du droit,

Principe 5 :

5. À cette fin, lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit, les États incorporent ou mettent en oeuvre dans leur droit interne des dispositions appropriées instaurant le principe de la juridiction universelle. En outre, lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation juridique internationale le prévoit, les États devraient faciliter l'extradition ou la remise des coupables à d'autres États et aux organes judiciaires internationaux compétents, et garantir l'entraide judiciaire et d'autres formes de coopération aux fins de la justice internationale, y compris des mesures d'assistance et de protection pour les victimes et les témoins, conformément aux normes juridiques internationales relatives aux droits de l'homme et dans le respect des règles juridiques internationales comme celles interdisant la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Principe 8 :

8. Aux fins du présent document, on entend par victimes les personnes qui ont subi individuellement ou collectivement un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, par suite d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire. Le cas échéant et conformément au droit interne, on entend aussi par victimes les membres de la famille proche ou les personnes à

charge de la victime directe et les personnes qui, en intervenant pour venir en aide à des victimes se trouvant dans une situation critique ou prévenir la victimisation, ont subi un préjudice.

Principes 18 à 23 :

18. Conformément à la législation nationale et au droit international, et compte tenu des circonstances de chaque cas, il devrait être assuré aux victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, selon qu'il convient et de manière proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas, une réparation pleine et effective, comme prévu par les principes 19 à 23, sous les formes suivantes: restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition.

19. La restitution devrait, chaque fois que possible, rétablir la victime dans la situation originale qui existait avant que les violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme ou les violations graves du droit international humanitaire ne se soient produites. La restitution comprend, selon qu'il convient, la restauration de la liberté, la jouissance des droits de l'homme, de l'identité, de la vie de famille et de la citoyenneté, le retour sur le lieu de résidence et la restitution de l'emploi et des biens.

20. Une indemnisation devrait être accordée pour tout dommage résultant de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire qui se prête à une estimation financière, selon qu'il convient et de manière proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas, tel que:

- a) Préjudice physique ou psychologique;
- b) Perte de chances, y compris en ce qui concerne l'emploi, l'éducation et les prestations sociales;
- c) Dommages matériels et pertes de revenus, y compris perte de la capacité de gains;
- d) Dommage moral;
- e) Frais encourus pour l'assistance en justice ou les expertises, pour les médicaments et les services médicaux et pour les services psychologiques et sociaux.

21. La réadaptation devrait comporter une prise en charge médicale et psychologique ainsi que l'accès à des services juridiques et sociaux.

22. La satisfaction devrait comporter, le cas échéant, tout ou partie des mesures suivantes:

- a) Mesures efficaces visant à faire cesser des violations persistantes;
- b) Vérification des faits et divulgation complète et publique de la vérité, dans la mesure où cette divulgation n'a pas pour conséquence un nouveau préjudice et ne menace pas la sécurité et les intérêts de la victime, des proches de la victime, des témoins ou de personnes qui sont intervenues pour aider la victime ou empêcher que d'autres violations ne se produisent;
- c) Recherche des personnes disparues, de l'identité des enfants qui ont été enlevés et des corps des personnes tuées, et assistance pour le retour, l'identification et la réinhumation des corps conformément aux vœux exprimés ou présumés de la victime ou aux pratiques culturelles des familles et des communautés;
- d) Déclaration officielle ou décision de justice rétablissant la victime et les personnes qui ont un lien étroit avec elle, dans leur dignité, leur réputation et leurs droits;
- e) Excuses publiques, notamment reconnaissance des faits et acceptation de responsabilité;
- f) Sanctions judiciaires ou administratives à l'encontre des personnes responsables des violations;
- g) Commémorations et hommages aux victimes;
- h) Inclusion, dans la formation au droit international relatif aux droits de l'homme et au droit international humanitaire et dans le matériel d'enseignement à tous les niveaux,

d'informations précises sur des violations qui se sont produites.

23. Les garanties de non-répétition devraient inclure, le cas échéant, tout ou partie des mesures suivantes qui contribueront aussi à la prévention et consistant à:

- a)* Veiller au contrôle efficace des forces armées et des forces de sécurité par l'autorité civile;
- b)* Veiller à ce que toutes les procédures civiles et militaires soient conformes aux normes internationales en matière de régularité de la procédure, d'équité et d'impartialité;
- c)* Renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire;
- d)* Protéger les membres des professions juridiques, médicales et sanitaires et le personnel des médias et autres professions analogues, ainsi que les défenseurs des droits de l'homme;
- e)* Dispenser, à titre prioritaire et de façon suivie, un enseignement sur les droits de l'homme et le droit international humanitaire à tous les secteurs de la société, et une formation en la matière au personnel des services de police, ainsi que des forces armées et de sécurité;
- f)* Encourager l'observation de codes de conduite et de normes déontologiques, en particulier de normes internationales, de la part des agents de la fonction publique, y compris des personnels des services de police, de l'administration pénitentiaire, des médias, des services médicaux, psychologiques et sociaux et du personnel militaire, ainsi que des entreprises;
- g)* Promouvoir des mécanismes pour prévenir, surveiller et résoudre les conflits sociaux;
- h)* Réexaminer et réformer les lois favorisant ou permettant des violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire.

APPENDICE C

LISTE DES PARTICIPANTS À LA RÉUNION CONSULTATIVE TENUE À GENÈVE LE 27 DÉCEMBRE 2002

Cette liste est issue directement de l'annexe III de la résolution E/CN.4/2003/63 du Conseil économique et social trouvée à la note 107 de ce mémoire.

Annex III LIST OF PARTICIPANTS

Experts :

Mr. Theo VAN BOVEN
Mr. M. Cherif BASSIOUNI

Member States :

ARGENTINA	Mr. Sergio CERDA
AUSTRIA	Ms. Elisabeth ELLISON-KRAMER
BANGLADESH	Ms. Rabab FATIMA
BELARUS	Ms. Ina VASILEUSKAYA
BELGIUM	Mr. Leopold MERCKX
BRAZIL	Mr. Alexandre PEÑA GHISLENI
CANADA	Ms. Deirdre KENT and Mr. Thomas FETZ
CHILE	Mr. Juan Enrique VEGA, Mr. Alejandro SALINAS and Mr. Luis MAURELIA
CHINA	Mr. XING Zhao
COLOMBIA	Ms. Ana PRIETO
COSTA RICA	Mr. Alejandro SOLANO
CROATIA	Mr. Socanal BRANKO
CUBA	Mr. Jorge FERRER

DENMARK	Ms. Christel JEPSEN, Ms. Rikke HORHOFF and Ms. Eva GRAMBYE
ECUADOR	Mr. José VALENCIA
EGYPT	Mr. Khaled ABDELHAMID and Mr. Mohamed LOUTFY
FINLAND	Mr. Erik AF HENSTROM
FRANCE	Ms. Virginie BAHNIK
GEORGIA	Mr. Alexander KAVSADZE
GERMANY	Mr. Robert DIETER
GHANA	Mr. S.J.K. PARKER ALLOTEY
GREECE	Mr. Takis SARRIS
GUATEMALA	Mr. Antonio ARENALES FORNO and Ms. Carla RODRIGUEZ MANCIA
HAITI	Ms. Moetsi Michelle DUCHATELLIER
IRAQ	Mr. Khalil KHALIL
IRELAND	Mr. Brian CAHALANE
ITALY	Mr. Marco CONTILEUI
JAMAICA	Mr. Symore BETTON
JAPAN	Mr. Takashi SHIBUYA
LEBANON	Ms. Rola NOUREDDINE
LIBYAN ARAB JAMAHIRIYA	Mr. Najat AL-HAJJAJI and Mr. Zakia SAHLI
MADAGASCAR	Ms. Clarah ANDRIANJAKA
MAURITIUS	Mr. Nundin PERTAUB
MEXICO	Mr. Salvador TINAJERO, Mr. Erasmo MARTINEZ and Ms. Elia SOSA NISHIZAKI
MOROCCO	Ms. Jalila HOUMMANE
NETHERLANDS	Mr. Henk Cor VAN DERKWASTand Mr. Pieter TIM TE POV

NORWAY	Mr. Per Ivar LIED
PAKISTAN	Mr. Qazi KHALILULLAH, Mr. Imtiaz HUSSAIN, Mr. Farrukh KHAN and Ms. Mumtaz ZAHRA BALOCH
PERU	Mr. Juan Pablo VEGAS
PORTUGAL	Mr. Luis Filipe FARO RAMOS
ROMANIA	Mr. Petru DUMITRIU
RUSSIAN FEDERATION Mr.	Sergey CHUMAROV
SOUTH AFRICA	Mr. Arnold MPEIWA
SPAIN	Mr. Marcos GOMEZ MARTINEZ and Mr. Carlos ESPOSITO
SWEDEN	Ms. Ulrika SUNDBERG
SYRIAN ARAB REPUBLIC	Mr. Faycal KHABBAZ-HAMOUI
TURKEY	Mr. Özden SAV
UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND	Ms. Susan McCORRY and Mr. Bob LAST
UNITED STATES OF AMERICA	Mr. T. Michael PEAY, Mr. Steven SOLOMON, Mr. Rafael FOLEY and Ms. Christy FISHER

Non-member States represented by observers :

HOLY SEE	Mr. Massimo DE GREGORI
----------	------------------------

Non-governmental organizations :

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS	Ms. Jelena PEJIC
AMNESTY INTERNATIONAL	Mr. Jonathan O'DONOHUE
ASSOCIATION FOR THE PREVENTION OF TORTURE	Ms. Isabelle HEYER and Mr. Erik HOLST
INNU COUNCIL OF NITASSINAN	Mr. Armand McKENZIE
INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ)	Mr. Sergio POLIFRONI and Mr. Frederico ANDREU

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACTION BY CHRISTIANS FOR THE ABOLITION OF TORTURE
(FIACAT) Mr. Jean-Marie MARIOTTE

INTERNATIONAL FEDERATION OF HUMAN RIGHTS LEAGUES
Ms. Karine BONNEAU
and Mr. Antoine MADELIN

INTERNATIONAL REHABILITATION COUNCIL FOR TORTURE VICTIMS
Mr. Paul DALTON

INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS Ms. Michelle EVANS
and Mr. Tidball-Binz MORRIS

INTERNATIONAL SOCIETY FOR TRAUMATIC STRESS STUDIES Ms. Yael DANIELI

REDRESS Ms. Gabriela ECHEVERRIA

WORLD CITIZENS Ms. Geneviève JOURDAN

Academics and others :

UNIVERSITY OF LEUVEN INTERNATIONAL CENTRE FOR CRIMINAL LAW REFORM AND
CRIMINAL JUSTICE POLICY Mr. Pietro SARDARO

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights :

Ms. Stefanie GRANT
Mr. Carlos LOPEZ
Mr. Craig MOKHIBER
Ms. Mona RISHMAWI
Ms. Maria Luisa SILVA
Ms. Lucie VIER SMA

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- Axelrod, Robert. *The evolution of Cooperation*, New-York, Basic Books, 1984, 241 p.
- D'Argent, Pierre. *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*. Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002, 902 p.
- Baudouin, Jean-Louis et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*. 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 1959 p.
- Breton-Le Goff, Gaëlle. *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*. Bruxelles, Éditions Yvon Blais, Bruylant, 2001, 263 p.
- De Feyter, Koen, Stephan Parmentier M. Bossuyt et P. Lemmens. (éd.). *Out of the Ashes. Reparation for Victims and Gross Systematic Human Rights Violations*. Oxford, Intersentia, 2005, 522 p.
- Finnemore, Martha. *National Interests in International Society*. New-York : Cornell University Press, 1996, 154 p.
- Hayner, Priscilla. *Unspeakable Truths : Facing the Challenges of Truth Commissions*. New-York : Routledge, 2001, 368 p.
- Katzenstein, Peter J. *The culture of National Security Norms and identity in World Politics*, New-York, Colombia Univ. Press, 1996, 562 p.
- Keohane, Robert. *After Hegemony : Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Columbia University Press, 1984, 281 p.
- Klotz, Audie. *Norms in International Relations : The Struggle against Apartheid*, New-York, Cornell Uni. Press, 1995, 175 p.
- Kratochwil, Friedrich. *Rules, Norms and Decisions. On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, New York/Melbourne, Cambridge, University Press, 1989, 317 p.
- Langshaw Austin, John. *Quand dire c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1991, 202 p.

- Onuf, Nicholas. *World of Making : Rules and Rule in Social Theory and International Relations* Columbia, University of South Carolina Press, 1989, 325 p.
- Pouligny, Béatrice (dir. publ.). *After Mass Crime : Rebuilding States and Communities*. New York: United Nation University Press, 2007, 340 p.
- Provost, René. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2002, 418 p.
- Waltz, Kenneth. *Theory of International Politics*, New-York, Random House, 1979, 251 p.
- Wendt, Alexander. *Social Theory of International Relations*, Cambridge, UK, University Press, 1999, 452 p.

Chapitres de livres

- Emanuel Adler. «Seeds of peaceful change : The OSCE's security community-building model». In *Security Communities*, de Emanuel Adler et Michael Barnett (dir.) New York. Cambridge University Press, 1998, pp. 119-161.
- David, Éric. «Introduction» et «Champs d'application du droit des conflits armés». In *Principes de droit des conflits armés*. Bruxelles : Bruylant, 1994, pp. 29-139.
- _____. «Champs d'application du droit des conflits armés, point III : les parties aux prises dans un conflit armé non international». In *Principes de droit des conflits armés*. Bruxelles : Bruylant, 1994, pp. 195-202.
- _____. «Principales règles 'de substance' du droit des conflits armés, point II : les conflits armés non internationaux» et «Les règles relatives au traitement des personnes au pouvoir de l'ennemi (droit de Genève)». In *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles : Bruylant, 1994, pp. 337-345.
- _____. «Réparation des violations du droit des conflits armés, point II : les crimes contre l'humanité». In *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles : Bruylant, 1994, pp. 601-625.
- Kubàlková, Vendulka, Nicholas Onuf et, Paul Kowert. «Constructing Constructivism». In *International Relations in a Constructed World*, Kubàlková, Vendulka Nicholas Onuf et Paul Kowert (éd.), New-York: M. E. Sharpe, 1998, pp. 3-21.
- Lars G. Lose. «Communicative Action and the World of Diplomacy» In Karin M. Fierke et Knud Erik Jørgensen (éds), *Constructing International Relations. The Next Generation*, New-York/Londres, M. E. Sharpe, 2001, pp. 180-200.

- Masson, Isabelle. «Constructivisme». In *Relations internationales. Théories et concepts*, 2^e éd. rev. et augm., sous la dir. de Alex Macleod, Evelyne Dufault et F. Guillaume Dufour, Outremont : Éditions Athéna, 2004, pp. 31-34.
- O'Meara, Dan. «La théorie constructiviste des relations internationales, sa place, son rôle, sa contribution et ses débats» In *Théorie des relations internationales*, de Alex Macleod et Dan O'Meara, 1^{ière} éd, Outremont, Éditions Athéna, 2007, pp. 181-206.
- Onuf, Nicholas. «Constructivism : A User's Manual». In *International Relations in a Constructed World*, Kubàlková Vendulka, Nicholas Onuf et Paul Kowert éd. New-York : M. E. Sharpe, 1998, pp. 58-78.
- Sassòli, Marco et Antoine Bouvier, «L'évolution historique du droit international humanitaire». In *Un droit dans la guerre?*, Genève, CICR, 2003, pp. 127-136.
- _____. «Les sources du droit international humanitaire contemporain». In *Un droit dans la guerre?* Genève, CICR, 2003, pp. 137-148.
- _____. «La protection des civils». In *Un droit dans la guerre ?*, Genève, CICR, 2003, pp. 179-187.
- _____. «Le droit des conflits armés non internationaux». In *Un droit dans la guerre ?*, Genève, CICR, 2003, pp. 250-267.

Articles

- Abbott, Kenneth W et Duncan Snidal. «Hard and Soft law in International governance», *International Organization*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 426-456.
- D'Argent, Pierre. «Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit internationale du droit de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire». *Annuaire français de droit international LI*, vol. 27, 2005, pp. 28-55.
- Bassiouni, Cherif. «International Recognition of Victim's Rights», *Human Rights Review* 6 : 2, 2006, pp. 203-279.
- Checkel, Jeffrey. «International Norms and Domestic Politics : Bridging the Rationalist Constructivist Divide», *European Journal of International Relations*, vol. 3, 1997, pp. 473-495.

- Brunnée, Jutta, Stephen J. Toope. «International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law». *Columbia Journal of Transnational Law*, vol, 39, 2001, pp. 19-74.
- Chatzistavrou, Fillippa. «L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit». *Le Portique*, n°15, 2005, en ligne : <http://leportique.revues.org/document591.html>.
- Charnovitz, Steve. «Nongovernmental Organizations and International Law», *American Journal of International Law*, Vol. 100, n° 2, Avril 2006, pp. 348-373.
- Condorelli, Luigi. 2001. «La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits : un outil obsolète ou un moyen utile de mise en oeuvre du droit internationale humanitaire? » *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol 83, n° 842, pp. 393-415.
- Deblock, Christian et Dorval Brunelle. «Globalisation et nouveaux cadres normatifs. Le cas de l'Accord multilatéral sur l'investissement», *Continentalisation, Cahier de recherche* 98-2, 1998, en ligne : <https://depot.erudit.org/retrieve/617/000239pp.htm>.
- Finnemore, Martha, et Kathryn Sikkink. «International Norms Dynamics and Political Change». *International Organisation*, vol. 42, n° 4, 1998, pp. 887-917.
- Finnemore, Martha, et Kathryn Sikkink. «Taking Stock : The Constructivism Research Program in International Relations and Comparative Politics». *Annual Review politic*, vol. 4, 2001, pp. 391-416.
- Gillard, Emanuela- Chiara. «Reparation for Violations of International Humanitarian Law», *Revue internationale de la Croix -Rouge*, vol. 85, n° 851, 2003, pp. 529-553.
- Hazan, Pierre. «Mesurer l'impact des politiques de châtement et de pardon : Plaidoyer pour l'évaluation de la Justice Transitionnelle», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, n° 861, 2006, pp. 343-365.
- Heintze, Hans-Joachim. «On the relationship between Human Rights Law protection and International Humanitarian Law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 856, 2004, pp. 789-814.
- Held, David. «The changing Structure of International Law : Sovereignty Transformed?» In Held, D. and McGrew, *The Global Transformations Reader: An introduction to the globalisation debate*, 2^{ième} éd., 2003, pp. 162-176, en ligne : <http://www.polity.co.uk/global/pdf/GTRReader2eHeld.pdf>
- Klotz, Audie, et Cecelia Lynch. 1999. «Le constructivisme dans la théorie des relations internationales», *Critique internationale*, n° 2, pp. 51-61.

- Koudé, Roger Koussetogue. 2006. «Questionnement sur les «réparations» pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire?». *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 66, pp. 397-424.
- Kratochwil, Friedrich et John Gerard Ruggie. 1986. «International Organization : a State of The Art of The State». *International Organisation*, vol. 40, n° 4, pp. 753-775.
- Macleod, Alex. «Approches critiques de la sécurité : une perspective canadienne», *Cultures et Conflits - Political Science*, n°54, 2004, pp. 13-38, en ligne : http://books.google.ca/books?id=eRoouZNAVh8C&pg=PA18&lpg=PA18&dq=intrsubjectivit%C3%A9+macleod&source=bl&ots=GjIHN6PXJy&sig=8EJIzmp67iCFHut9TMkF69M2Zs&hl=fr&ei=3LeWSp7BGMWhlAePwYGYDA&sa=X&oi=bok_result&ct=result&resnum=1#v=onepage&q=&f=false
- Ramel, Frédéric. «Table ronde N° 5 : l'impact des ONG sur l'incorporation du Statut de Rome : modalités et faiblesses», *Institut d'étude politique, Université Jean Moulin, Lyon III 1*, 2005, en ligne : http://sites.univ-lyon2.fr/congr_afsp/IMG/pdf/Ramel1.pdf
- Rodella, Aude-Sophie. «L'expérience hybride de la Sierra Leone, de la cour spéciale à la commission de vérité et réconciliation et au-delà». *Politique africaine*, n° 92, 2003, pp. 56-75.
- Rouillé d'Orfeuil, Henri et Jorge Eduardo Durão. «Rôle des ONG dans le débat public et les négociations internationale» *Coordination Sud*, 2003, en ligne : <http://base.chinaeuropa-forum.net/rsc/fr/documents/document-312.html>.
- Rubio, François. «Le rôle des ONG et des autres organisations de la société civile dans la construction d'une société démocratique», *Oxford Journals*, 2003, en ligne : <http://rsq.oxfordjournals.org/cgi/reprint/22/4/178.pdf>.
- Sassòli, Marco. Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humaines?», Andreas Auer et Alexandre Flückiger (éd.) : *Les droits de l'homme et la constitution. Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Collection Genevoise, Schulthess, Zurich, 2007, en ligne : <http://graduateinstitute.ch/faculty/clapham/hrdoc/docs/Sassòli-lexspecialis.doc>
- Shabas, William. «The Relationship Between Truth Commissions and International Courts : the Case of Sierra Leone». *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, pp. 1035-1066.
- Slaughter, Anne Marie, Andrew S. Tulumelo et Stephan Wood. «International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship». *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 367-395.
- Villar, Constanze. «Pour une théorie du discours diplomatique», Bruxelles, *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. VI, Editions Bruylant, 2005, en ligne : http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/AFRI2005_villar.pdf

Villary, Michel. «La distinction entre les textes internationaux ayant une portée juridique entre les acteurs et les textes qui en sont dépourvus», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60-I II, 1983, pp. 328-257.

Zegveld, Liesbeth. «Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 851, 2003, pp. 497- 526.

Documents émanant des Nations unies

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Rés. AG 40/34, Doc. off. AG NU, 40^e sess., supp. n° 53, Doc. NU A/RES/40/34 (1985).

Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport préliminaire présenté par Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 42^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1990/10 (1990).

Rapport intérimaire sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques), établi par M. Joinet en application de la résolution 1994/34 de la Sous-Commission, Doc. off. CES NU, 47^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1992/8 (1992).

Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 45^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993).

Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 48^e sess., Doc. NU E/CN.4/1996/35 (1996).

Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 49^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/17 (1997).

L'administration de la justice et les droits des détenus Question de l'impunité des violations des droits de l'homme (civils et politiques), Rapport final du Rapporteur spécial Louis Joinet, en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission, Doc. off. CES NU, 49^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997).

Droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation de victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales par Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 53^e sess., Annexe point 8, Doc. NU E/CN.4/RES/1997/104 (1997).

Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violation flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final du Rapporteur spécial, Cherif Bassiouni, Doc. off. CES NU, 56^e sess., Doc. NU E/CN.4/2000/62 (2000).

Rapport de la réunion de consultation sur les projets de principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international du droit de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Doc. off. CES NU, 59^e sess., Doc. NU E/CN.4/2003/63 (2003).

Annexe Rapport de la Deuxième réunion de consultation sur les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Doc. off. CES NU, 60^e sess., Doc. NU E/CN.4/2004/57 (2003).

Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international du droit de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Doc. off. CES NU, 61^e sess., Doc. NU E/CN.4/2005/35 (2005).

Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international du droit de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Rés. AG 60/147, Doc. off. AG NU, 60^e sess., supp. n° 49, Doc. NU A/RES/60/147 (2005).

Documents émanant de groupe de recherche et d'ONG.

(Amnesty international), Document : «Vérité, justice et réparation. Créer une commission vérité efficace», *Amnesty International*, 2007, 45 p.

(International Law Association), Draft Report: “Compensation for victims of war, Introduction,” Dr Luke Lee, Président et Rainer Hofmann co-Rapporteur : Toronto Conference, *International Law Association*, 2006, 27 p.

(International Law Association), Draft Report: “Compensation for victims of war, Introduction,” Dr Luke Lee, Président et Rainer Hofmann co-Rapporteur: Toronto Conference, *International Law Association*, 2008, 31 p.

(REDRESS) «Mettre en oeuvre les droits des victimes. Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes», Londres, mars 2006, pp. 50 p., en ligne : <http://www.redress.org/publications/HandbookonBasicPrinciples_French.pdf>

(REDRESS) Report: «Reparations for Victims of genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes : Systems in Place and Systems in the Making» : Conférence (La Haye, 1-2 mars 2007) : Clemens Natham Research Centre and the Redress Trust, 2007, pp. 68 p.

Instruments juridiques d'intérêt international et régional

Convention IV relative aux lois et coutumes de la Guerre (1907) 18 octobre 1907, 36 R.T.S.N. 539.

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31.

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85.

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135.

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609.

Statut de Rome, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3.

Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948).

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354.

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3.

Cour internationale de justice

Licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, Avis consultatif, [2003] C.I.J. rec.428.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

Affaire Velásquez Rodriguez (Honduras) (1988), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 4.

Affaire Bámaca Velásquez (Guatemala) (2000) Inter-Am. Ct. H. R. (Sér. C) n° 70.

Affaire Los Palmeras (Colombie) (2000), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 67.

Affaire Trujillo-Oroza v. Bolivia (Bolivia) (2002), Inter-Am. Ct. HR.(Sé. C) n° 92.

Affaire Myrna Mark Chang (Guatemala) (2003) Inter-Am. Ct. H. R. (Sér. C) n° 101.

Salvador Chiriboga (Ecuador) (2008) Inter-Am. Ct. H. R. (Sér. C) n° 179.

Cour européenne des droits de l'homme

Brannigan and McBride v. UK (1993), 258 Cour Eur. D. H. (sér. A/B), paras. 67-73.