

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE SIMMA

[Traduction]

La Cour aurait dû qualifier d'acte d'agression l'invasion par l'Ouganda d'une importante partie du territoire de la RDC — La Cour n'aurait pas dû s'abstenir d'examiner la question de la légitime défense contre des attaques armées transfrontalières d'envergure menées par des acteurs non étatiques, mais aurait dû saisir l'occasion pour clarifier un sujet qu'elle a elle-même contribué à rendre confus — En raison des tentatives actuelles visant à priver certaines personnes de la protection qui leur est due en vertu du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, la Cour aurait dû dire que les personnes privées victimes de mauvais traitements à l'aéroport de Kinshasa en août 1998 jouissaient d'une telle protection et que l'Ouganda aurait eu qualité pour introduire une demande les concernant, indépendamment de leur nationalité.

1. Pour commencer, j'aimerais souligner que je souscris à l'ensemble de ce que la Cour a dit dans son arrêt. Je m'intéresserai donc surtout à certaines questions sur lesquelles la Cour a décidé de ne pas se prononcer. Les deux premières ont trait à l'emploi de la force dans le cadre des demandes de la République démocratique du Congo; la troisième porte sur l'applicabilité du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme à une partie de la deuxième demande reconventionnelle de l'Ouganda.

1. L'EMPLOI DE LA FORCE PAR L'OUGANDA, UN ACTE D'AGRESSION

2. L'une des omissions délibérées qui caractérise le présent arrêt et ne manquera pas de frapper tout lecteur averti en matière de politique est la façon dont la Cour a évité de traiter la demande explicite de la RDC visant à ce qu'il soit déclaré que l'Ouganda, par son recours massif à la force contre le demandeur, avait commis un acte d'agression. Sur ce point, je m'associe à la critique formulée par le juge Elaraby dans son opinion individuelle. Après tout, l'Ouganda a envahi une portion du territoire de la RDC de la taille de l'Allemagne et l'a gardée sous son contrôle, ou celui des différents chefs militaires congolais qu'il soutenait, pendant plusieurs années, puisant dans les immenses richesses naturelles de ces régions tourmentées. Evidemment, la Cour ne pouvait, dans son arrêt, que reconnaître que, en se livrant à ces «actions militaires», l'Ouganda «a[vait] violé le principe du non-recours à la force dans les relations internationales et le principe de non-intervention» (arrêt, dispositif, par. 345, point 1)). L'arrêt est plus sévère au paragraphe 165 puisqu'il y est indiqué que «[l']intervention militaire illicite de l'Ouganda a été d'une ampleur et d'une durée telles que la Cour la considère

comme une violation grave de l'interdiction de l'emploi de la force énoncée au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies». Dès lors, pourquoi ne pas appeler un chat un chat? De toutes les activités militaires dont la Cour a eu à connaître, si une seule devait être qualifiée d'acte d'agression, ce serait l'invasion de la RDC par l'Ouganda. En comparaison avec l'ampleur et les conséquences de cette dernière, les péripéties militaires que la Cour a eues à examiner à ce jour dans d'autres affaires, telles que celles du *Détroit de Corfou*, des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* ou des *Plates-formes pétrolières*, confinent à l'anecdotique.

3. Il est vrai que le Conseil de sécurité des Nations Unies, bien qu'ayant adopté une série de résolutions sur la situation dans la région des Grands Lacs (voir arrêt, par. 150), n'est jamais allé jusqu'à qualifier expressément l'invasion ougandaise d'acte d'agression, alors même que celle-ci doit être considérée comme un cas d'école de la première des définitions de cette «forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force» énoncée par l'Assemblée générale dans sa résolution 3314 (XXIX). Le Conseil de sécurité aura eu ses raisons — politiques — de s'abstenir de procéder à une telle qualification. Mais la Cour, en sa qualité d'organe *judiciaire* principal de l'Organisation des Nations Unies, n'est pas tenue d'en faire de même. Sa raison d'être est de formuler des décisions fondées en droit et uniquement en droit, sans perdre de vue le contexte politique, certes, mais en ne s'abstenant pas de constater des faits manifestes pour des raisons tenant à ces considérations extrajuridiques. Telle est la répartition des rôles, prévue par la Charte, entre la Cour et les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies.

2. LÉGITIME DÉFENSE EN RÉPONSE À DES ATTAQUES ARMÉES D'ENVERGURE MENÉES PAR DES ACTEURS NON ÉTATIQUES

4. Je souscris à la conclusion formulée par la Cour au paragraphe 146 de l'arrêt selon laquelle les attaques armées que l'Ouganda invoque au soutien de son allégation selon laquelle il aurait agi en état de légitime défense contre la RDC n'étaient pas le fait des forces armées congolaises, mais celui des Forces démocratiques alliées (FDA), c'est-à-dire d'un groupe rebelle agissant contre l'Ouganda depuis le territoire congolais. La Cour a indiqué que l'Ouganda n'avait fourni aucun élément de preuve satisfaisant au soutien de son allégation selon laquelle ces attaques auraient été le fait de bandes armées ou de forces régulières envoyées par la RDC ou agissant en son nom. En conséquence, ces attaques ne sont pas attribuables à la RDC.

5. Toutefois, la Cour a ensuite estimé que, pour ces raisons, les conditions de droit et de fait justifiant l'exercice d'un droit de légitime défense par l'Ouganda à l'encontre de la RDC n'étaient pas réunies (arrêt, par. 147). Aussi a-t-elle poursuivi en indiquant qu'elle n'avait pas à se prononcer sur les thèses des Parties relatives à la question de savoir si,

et à quelles conditions, le droit international contemporain prévoyait un droit de légitime défense pour riposter à des attaques d'envergure menées par des forces irrégulières (arrêt, par. 147).

6. Dès lors, le raisonnement sur lequel se fondent les conclusions de l'arrêt relatives à la première demande de la RDC est le suivant :

- la RDC ayant, dans sa demande, (seulement) prié la Cour de dire que c'était l'emploi de la force par l'Ouganda qui constituait l'acte d'agression,
- la Cour n'estimant pas que les activités militaires menées depuis le territoire congolais sur le territoire du demandeur par les forces rebelles antiougandaises soient attribuables à la RDC,
- la thèse de l'Ouganda selon laquelle son emploi de la force contre la RDC était justifié au titre de la légitime défense ne pouvant, en conséquence, être retenue,

la Cour peut se contenter de dire que l'Ouganda a violé l'interdiction de l'emploi de la force consacrée par la Charte des Nations Unies et le droit international général. La Cour semble dire que la RDC n'a rien demandé de plus, et qu'il n'y avait dès lors pas lieu pour elle de s'interroger sur la qualification juridique des activités militaires transfrontalières des groupes antiougandais en tant que tels ou des contre-mesures décidées par l'Ouganda en réponse à ces actes hostiles.

7. Ainsi, la Cour n'a pas apporté de réponse à la question de savoir si, à supposer, donc, que de telles actions ne soient pas attribuables à la RDC, l'Ouganda pouvait, si nécessaire, repousser celles-ci en intervenant contre ces groupes sur le territoire congolais, à condition que les attaques rebelles soient d'une ampleur suffisante pour être qualifiées d'«agression[s] armée[s]» au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies.

8. A l'instar du juge Kooijmans, aux paragraphes 25 et suivants de son opinion individuelle, je pense que la Cour aurait dû saisir l'occasion qui lui était offerte en la présente affaire d'éclaircir l'état du droit sur une question hautement controversée et confuse — la Cour ayant elle-même largement contribué à ce caractère confus par son arrêt rendu il y a vingt ans en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*. Tout comme le juge Kooijmans, je déplore que la Cour «a[it] ainsi laissé passer, malgré l'invitation explicite faite en ce sens par l'une des Parties, une occasion de préciser sa position adoptée vingt ans plus tôt» (opinion individuelle du juge Kooijmans, par. 25).

9. Depuis l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a rendu plusieurs décisions sur des questions relatives à l'emploi de la force et à la légitime défense, décisions à l'origine de certaines difficultés, moins par ce qu'elles établissent que par les questions qu'elles laissent en suspens, au premier rang desquelles celle de la légitime défense en réponse à des attaques armées menées par des acteurs non étatiques.

10. A cet égard, la déclaration la plus récente — et la plus pertinente — figure dans l'examen (extrêmement bref) fait par la Cour, dans son avis sur le *Mur*, de l'argument d'Israël selon lequel l'édification de la bar-

rière de séparation était une mesure tout à fait conforme au droit de légitime défense des Etats consacré par l'article 51 de la Charte (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 194, par. 138). La Cour a répondu en précisant que l'article 51 de la Charte reconnaissait l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat et que, Israël ne prétendant pas que les violences dont il était victime étaient imputables à un Etat étranger, l'article 51 de la Charte était dépourvu de pertinence dans le cas du mur (*ibid.*, par. 139).

11. Une conception aussi restrictive de l'article 51 pourrait fort bien être considérée comme l'expression de l'état dans lequel se trouverait, depuis un certain temps déjà, le droit international de la légitime défense, ou plus exactement de l'interprétation dominante de celui-ci. Toutefois, à la lumière de certaines évolutions plus récentes, non seulement dans la pratique des Etats, mais aussi dans l'*opinio juris* qui l'accompagne, il apparaît urgent, y compris pour la Cour, de revenir sur cette interprétation. Telle est, en effet, l'évolution que nous connaissons tous, conséquence des événements du 11 septembre, au lendemain desquels la thèse selon laquelle l'article 51 concernerait également les mesures défensives prises à l'encontre de groupes terroristes a été accueillie bien plus favorablement par la communauté internationale que d'autres ré-interprétations importantes des dispositions pertinentes de la Charte, notamment la « doctrine Bush », qui tend à justifier le recours préventif à la force¹. Il semble difficile d'éviter d'interpréter les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de Sécurité autrement que comme autorisant à qualifier des attaques menées à grande échelle par des acteurs non étatiques comme une « agression armée » au sens de l'article 51 de la Charte.

12. Dans son opinion individuelle, le juge Kooijmans souligne que l'absence presque totale d'autorité gouvernementale sur tout ou partie du territoire d'un Etat est malheureusement devenue aussi courante que le terrorisme international (opinion individuelle du juge Kooijmans, par. 30). Je souscris sans réserve à ses conclusions selon lesquelles, si des attaques armées sont menées par des forces irrégulières à partir d'un tel territoire à l'encontre d'un Etat voisin, elles restent des attaques armées, même si elles ne peuvent être attribuées à l'Etat à partir du territoire duquel elles sont menées et qu'il « ne serait pas raisonnable de nier à l'Etat agressé le droit de la légitime défense, simplement parce qu'il n'y a pas d'Etat agresseur, ce que la Charte n'exige pas »² (*ibid.*).

13. Je partage également l'opinion du juge Kooijmans selon laquelle la

¹ Th. Bruha et Ch. Tams, « Self-Defence against Terrorist Attacks. Considerations in the Light of the ICJ's « Israeli Wall » Opinion », dans K. Dicke *et al.* (dir. publ.), *Weltinnenrecht. Liber Amicorum Jost Delbrück*, 2005, p. 84-112, p. 97.

² En référence à Y. Dinstein, *War, Aggression, and Self-Defence*, 3^e éd., 2001, p. 216.

question de la licéité de la conduite d'un Etat faisant l'objet d'une telle agression armée menée par un groupe non étatique doit être soumise au même examen qu'une prétention de légitime défense formulée à l'encontre d'un Etat : l'action armée de forces irrégulières constitue-t-elle, par son ampleur, une agression armée, et, si oui, la réaction de l'Etat agressé satisfait-elle aux exigences de nécessité et de proportionnalité (opinion individuelle du juge Kooijmans, par. 31)?

14. Analysant les activités militaires de l'Ouganda sur le territoire congolais à compter du mois d'août 1998 à l'aune de ces critères, le juge Kooijmans parvient à la conclusion — à laquelle je souscris — que, alors que les activités menées par l'Ouganda en août dans une zone frontalière peuvent encore être considérées comme respectant ces limites, l'escalade des opérations militaires qui a débuté avec l'occupation de l'aéroport de Kisangani pour ensuite mener les forces ougandaises loin dans l'intérieur de la RDC était d'une ampleur et d'une durée ne pouvant plus être justifiées par l'exercice d'un droit de légitime défense. Ainsi adhérons-nous tous deux, à ce stade, à la conclusion finale de la Cour selon laquelle l'intervention militaire de l'Ouganda constitue «une violation grave de l'interdiction de l'emploi de la force énoncée au paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies» (arrêt, par. 165).

15. Par ce raisonnement, je souhaitais montrer que la Cour aurait très bien pu s'autoriser à aborder la question de l'emploi de la force armée à grande échelle par des acteurs non étatiques sous un angle réaliste, plutôt que de la balayer d'un revers de la main, et parvenir néanmoins au même résultat convaincant. En raison des précautions inutiles dont elle s'est entourée pour traiter cet aspect, ainsi qu'en éludant celui de l'«agression», la Cour donne l'impression d'être mise dans l'embarras par certaines questions qui sont pourtant de la plus haute importance dans les relations internationales contemporaines.

3. MAUVAIS TRAITEMENTS INFLIGÉS À CERTAINES PERSONNES À L'AÉROPORT INTERNATIONAL DE NDJILI, DROIT HUMANITAIRE INTERNATIONAL ET DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

16. Ma troisième observation a trait aux mauvais traitements infligés à certaines personnes par des soldats congolais à Ndjili, l'aéroport international de Kinshasa, en août 1998.

Dans sa deuxième demande reconventionnelle, l'Ouganda soutient notamment que, en infligeant des mauvais traitements à certaines personnes autres que des diplomates ougandais alors qu'elles tentaient de quitter le pays à la suite du déclenchement d'un conflit armé, la RDC a violé les obligations qui lui incombent en vertu «de la norme internationale minimale de traitement que tout Etat doit observer à l'égard de ressortissants étrangers présents en toute légalité sur son territoire» ainsi que des «principes universellement reconnus des droits de l'homme en matière de sécurité de la personne humaine» (contre-mémoire de l'Ouganda,

par. 405-407). Au paragraphe 333 de son arrêt, la Cour a conclu que, en présentant cette partie de sa demande reconventionnelle, l'Ouganda avait cherché à exercer son droit de protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants. Il s'ensuivait que l'Ouganda devait satisfaire aux conditions requises pour l'exercice de la protection diplomatique, telles qu'établies en droit international général, à savoir que les demandeurs devaient être de nationalité ougandaise et que les voies de recours internes devaient préalablement avoir été épuisées. La Cour a relevé qu'aucun document particulier permettant d'identifier les personnes concernées comme des ressortissants ougandais ne figurait au dossier de l'affaire. Elle en a dès lors conclu que, cette condition n'étant pas remplie, le volet en question de la demande reconventionnelle de l'Ouganda était irrecevable. Elle a donc fait droit à l'exception soulevée à cet égard par la RDC (arrêt, dispositif, par. 345, point 11)).

17. Mon vote en faveur de cette partie de l'arrêt ne vaut que pour l'irrecevabilité de l'action en protection diplomatique formée par l'Ouganda, étant donné que je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle l'Ouganda n'a pas satisfait aux conditions préalables à l'exercice du droit de protection diplomatique. J'estime toutefois que son raisonnement n'aurait pas dû s'arrêter là. Il eût été préférable qu'elle reconnût que les victimes des attaques perpétrées à l'aéroport international de Ndjili continuaient, indépendamment de leur nationalité, à bénéficier d'une protection juridique contre de tels actes de mauvais traitement en vertu d'autres branches du droit international, à savoir le droit international des droits de l'homme et, plus particulièrement, le droit international humanitaire. Dans son arrêt, la Cour a fait un effort louable pour appliquer, de manière aussi large que possible, les règles établies dans ces domaines à la situation des personnes de nationalités et statuts différents se trouvant dans des zones de conflit. Les seules à n'avoir pas bénéficié du bouclier juridique ainsi conçu par la Cour sont les dix-sept malheureuses personnes qui se sont heurtées à la violence des soldats congolais à l'aéroport de Kinshasa.

18. Je dois reconnaître que j'ai été frappé par le caractère quelque peu superficiel de la présentation et de la motivation par l'Ouganda du volet de sa deuxième demande reconventionnelle consacré à ces personnes, tant sur le plan des éléments de preuve rassemblés par lui que sur celui de la qualité de son raisonnement juridique. Ce caractère superficiel est probablement dû au fait que des conseils plus ou moins désespérés ont cherché des éléments à partir desquels ils pourraient construire quelque chose ressemblant, selon eux, à une demande reconventionnelle techniquement acceptable³, plutôt que de faire preuve d'un intérêt véritable pour le sort des intéressés.

³ La présente affaire n'est pas la première à me donner cette impression; voir mon opinion individuelle dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 342-343, par. 36.

19. Quoi qu'il en soit, je saisisrai l'occasion de la demande de l'Ouganda concernant les événements qui se sont déroulés à l'aéroport pour développer plus avant la thèse, à savoir que, dans son arrêt, la Cour aurait pu, sur le fondement du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, examiner la situation dans laquelle se trouvaient ces personnes, et qu'aucun vide juridique n'existait les concernant. Le lecteur peut se demander pourquoi j'accorde une telle importance à un incident qui s'est produit il y a plus de sept ans et dont la gravité est incontestablement atténuée par les innombrables atrocités commises au cours de la guerre au Congo. Pour être tout à fait clair, je considère que, au vu de certaines évolutions récentes déplorables, les arguments juridiques selon lesquels il n'existerait, dans des situations semblables à celle dont nous avons eu à connaître, aucune lacune du droit susceptible de priver les personnes concernées de toute protection juridique, n'ont jamais eu autant d'importance qu'aujourd'hui.

20. J'examinerai tout d'abord la pertinence du droit international humanitaire à l'égard de l'incident qui s'est produit à l'aéroport international de Ndjili.

Pour commencer, le fait que l'aéroport n'ait pas été le théâtre d'affrontements majeurs dans le cadre du conflit armé entre la RDC et l'Ouganda ne fait pas obstacle à l'application du droit international humanitaire aux événements qui s'y sont produits, et ce, pour deux raisons.

21. En premier lieu, pour établir si le droit international humanitaire doit également s'appliquer dans des zones du territoire d'un Etat belligérant épargnées par les combats, la principale question est de savoir si ces zones sont, d'une manière ou d'une autre, en rapport avec le conflit. Tel était bien entendu le cas de l'aéroport international de Ndjili, puisque les personnes y ayant subi des mauvais traitements attendaient d'être évacuées pour échapper au conflit armé. La note de protestation adressée par l'ambassade de l'Ouganda au ministère des affaires étrangères de la RDC le 21 août 1998 — que la Cour qualifie de preuve fiable au paragraphe 339 de son arrêt — indique que des ressortissants ougandais, parmi lesquels des diplomates, se trouvaient à l'aéroport international de Ndjili pour être évacués (contre-mémoire de l'Ouganda, annexe 23). Cette évacuation était nécessaire en raison du conflit armé qui se déroulait en RDC. Dès lors, un rapport existait bien, dans les faits, entre les événements survenus à l'aéroport et le conflit armé. Il ne s'agissait pas d'un lieu quelconque paisible, sans rapport avec le conflit, mais, bien au contraire, du point de départ d'une évacuation précisément rendue nécessaire par le conflit. Au cours de cette opération, l'aéroport est devenu le théâtre de violences exercées par les forces congolaises contre les personnes évacuées.

22. Le paragraphe 1 de l'article 80 du Règlement de la Cour dispose que: «La Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci relève de sa compétence et est en *connexité directe* avec l'objet de la demande de la partie adverse.» (Les italiques sont de moi.) Dans son ordonnance du 29 novembre 2001, la Cour a jugé la deuxième

demande reconventionnelle recevable eu égard au critère de la «connexité directe» de l'article 80, précisant que «chacune des Parties accuse l'autre d'être responsable de diverses exactions qui auraient *accompagné un emploi illicite de la force*; ... qu'il s'agit là de faits de même nature et que les demandes des Parties s'inscrivent dans le cadre du même ensemble factuel complexe» (par. 40; les italiques sont de moi). Ainsi, la Cour avait d'ores et déjà établi, dans son ordonnance rendue en application de l'article 80, que les événements de l'aéroport entraient dans le cadre du «même ensemble factuel complexe» que le conflit armé, fondement de la demande principale. Le droit international humanitaire devrait dès lors être applicable à la demande reconventionnelle tout comme il l'est à la demande principale.

23. En deuxième lieu, l'application du droit international humanitaire aux événements qui se sont déroulés à l'aéroport serait conforme à la définition donnée par la chambre d'appel du TPIY de la portée du droit international humanitaire. Dans l'affaire *Le procureur c. Tadić*, la chambre d'appel a indiqué :

«Sur la base de ce qui précède, nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre ... de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire *continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants* ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non.» (Affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 70; les italiques sont de moi.)

La Chambre d'appel a également indiqué que «le champ temporel et géographique des conflits armés internationaux et internes s'étend au-delà de la date et du lieu exacts des hostilités» (*ibid.*, par. 67). Par la suite, en cette même affaire, une chambre de première instance a analysé l'expression «commis dans le cadre d'un conflit armé», qui qualifie les actes illicites visés par l'article 5 du Statut du TPIY, et a conclu qu'il «n'[était] pas nécessaire que les actes aient eu lieu au cœur de la bataille» (*Le procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, chambre de première instance, jugement, 7 mai 1997, par. 632). De la même manière, une chambre de première instance du TPIY a déclaré qu'«il n'[était] pas nécessaire que des combats se déroulent effectivement en un lieu particulier pour que les normes du droit international humanitaire soient applicables» (*Le procureur c. Delalić, Mucić, Delić, et Landzo*, affaire n° IT-96-21-T, chambre de première instance, jugement, 16 novembre 1998, par. 185).

24. J'en viens maintenant aux règles de fond du droit international

humanitaire applicables aux personnes en question. La première disposition qui vient à l'esprit est l'article 4 de la quatrième convention de Genève de 1949. Conformément à cet article, les personnes qui, «à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une partie au conflit ou d'une puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes» sont considérées comme des personnes protégées aux termes de la convention. Si les personnes maltraitées par la RDC à l'aéroport international de Ndjili devaient être considérées comme des personnes protégées aux termes de l'article 4 de la quatrième convention de Genève, le comportement des soldats congolais aurait été contraire à plusieurs dispositions de cette convention, notamment à l'article 27 (lequel exige que les personnes protégées soient «traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique»), à l'article 32 (lequel prohibe toute mesure de nature à causer des souffrances physiques aux personnes protégées), à l'article 33 (lequel prohibe les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et leurs biens) et à l'article 36 (lequel exige que l'évacuation des personnes protégées soit réalisée de manière sûre).

25. Cependant, il est difficile de qualifier les dix-sept personnes présentes à l'aéroport de «personnes protégées» au sens de l'article 4. Ainsi que je l'ai indiqué précédemment, l'Ouganda n'a pas été en mesure de prouver que ces personnes étaient ses ressortissants; en réalité, nous ne disposons d'aucun élément d'information quant à leur nationalité. A cet égard, l'article 4 de la quatrième convention de Genève dispose que:

«Les ressortissants d'un Etat neutre se trouvant sur le territoire d'un Etat belligérant et les ressortissants d'un Etat cobelligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'Etat dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent.»

Les intéressés auraient pu se révéler ressortissants d'un Etat neutre ou d'un Etat cobelligérant (tel que le Rwanda), et nous n'aurions pas su si leur Etat national avait maintenu des relations diplomatiques avec la RDC à l'époque de l'incident. Compte tenu de ce contexte factuel — ou plutôt de son absence —, la Cour n'aurait pu considérer les intéressés comme des «personnes protégées».

26. Le sujet n'est pas épuisé pour autant. Le vide ainsi laissé par l'article 4 de la convention de Genève a entre-temps été — délibérément — comblé par l'article 75 du protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 (protocole I). Les passages pertinents de cette disposition qui énonce les garanties fondamentales du droit international humanitaire se lisent comme suit:

«1. Dans la mesure où elles sont affectées par une situation visée à l'article premier du présent protocole, les personnes qui sont au

pouvoir d'une partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des conventions et du présent protocole seront traitées avec humanité en toutes circonstances et bénéficieront au moins des protections prévues par le présent article...

2. Sont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu les actes suivants, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires:

- a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, notamment:
 -
 - iii) les peines corporelles;
 -
- b) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, ...»

Le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge de l'article 75 indique expressément que l'objectif de cette disposition était d'assurer une protection aux personnes qui, en raison des exceptions énumérées à l'article 4 de la quatrième convention de Genève, ne peuvent être qualifiées de «personnes protégées». Le commentaire indique donc clairement que l'article 75 assure une protection à la fois aux ressortissants d'Etats non parties au conflit et aux ressortissants d'Etats alliés, même si l'Etat considéré se trouve avoir une représentation diplomatique régulière auprès de l'Etat aux mains duquel ces ressortissants se trouvent⁴. Le commentateur souligne que «[s]i ... il se présentait des cas où le statut ... [de] personne protégée [était] refusé à certains individus, les protections de l'article 75 devraient au minimum leur être appliquées»⁵.

27. Cette conclusion a été récemment confirmée dans un avis de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise) créée par le Conseil de l'Europe⁶. Cet avis a été rédigé pour répondre à la question de savoir si les nouveaux défis liés au terrorisme international, et les allégations des Etats-Unis d'Amérique au lendemain des événements du 11 septembre selon lesquelles ils pourraient refuser à certaines personnes la protection des conventions de Genève au motif que lesdites personnes seraient des «combattants [ennemis] illégaux», avaient rendu nécessaire une évolution du droit international humanitaire. Selon la commission de Venise, l'article 75 du protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 (protocole I) ainsi que l'article 3 commun auxdites conventions:

«reposent sur l'hypothèse que les ressortissants des Etats qui ne sont

⁴ *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949*, Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (dir. publ.), 1987, p. 869.

⁵ *Ibid.*, p. 891.

⁶ Adopté par la commission de Venise lors de sa cinquante-septième session plénière, Venise, 12-13 décembre 2003, avis n° 245/2003, doc. CDL-AD (2003) 018, par. 34 et suiv.

pas parties au conflit ou les ressortissants des états cobelligérants n'ont pas besoin de la protection pleine et entière de la CG IV puisque, normalement, ils sont encore mieux protégés par les règles de la protection diplomatique. Cependant, si cette protection diplomatique n'était pas (correctement) exercée en faveur de ces ressortissants de pays tiers, le droit international humanitaire leur accorde une protection en vertu de l'article 75 P I et l'article 3 commun aux CG, de telle sorte que ces personnes ne sont pas privées de certains droits minimaux.»⁷

Toujours selon la commission de Venise, il n'existe, en conséquence, «en ces matières ... pas de vide juridique dans le droit international»⁸.

28. Il peut en outre être raisonnablement conclu que les garanties fondamentales énoncées à l'article 75 du protocole additionnel (protocole I) sont également consacrées par le droit international coutumier⁹.

29. Il convient par ailleurs de rappeler l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève, lequel définit certaines règles devant être appliquées lors de conflits armés n'ayant pas un caractère international. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*:

«Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits; il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des «considérations élémentaires d'humanité» (*Détroit de Corfou*, fond, C.I.J. Recueil 1949, p. 22...)» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 114, par. 218.)

Ainsi, dans cette affaire, la Cour a-t-elle jugé que ces règles étaient applicables en l'état au différend international dont elle était saisie. Cela vaut également en la présente espèce. A cet égard, l'arrêt de la chambre d'appel en l'affaire *Tadić* examiné ci-dessus est également important, puisqu'il indique que «les règles figurant à l'article 3 s'appliquent aussi à l'extérieur du contexte géographique étroit du théâtre effectif des combats» (*Le procureur c. Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, par. 69; voir également ci-dessus, par. 23).

30. Constitutifs de violations du droit international humanitaire, les

⁷ *Op. cit.* note 6, par. 38.

⁸ *Ibid.*, par. 85.

⁹ Pour une référence particulièrement pertinente à cet égard (cf. plus haut, par. 19), voir United States Army, *Operational Law Handbook*, 2002, International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's School, United States Army, Charlottesville, Virginie, publié le 15 juin 2001, chap. 2, p. 5. Voir également, de manière plus générale, A. Roberts, «The Laws of War in the War on Terror», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 32, 2002, p. 192-245.

actes de mauvais traitement infligés à certaines personnes à l'aéroport international de Ndjili l'étaient également de violations du droit international des droits de l'homme. Au paragraphe 216 de son arrêt, la Cour rappelle la conclusion à laquelle elle est parvenue dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel il est indiqué que «la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé...» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 178, par. 106) et, plus loin, que :

«Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international.» (*Ibid.*)

A mon sens, les actes de mauvais traitement infligés à l'aéroport entrent dans la troisième catégorie : ils relèvent à la fois du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme.

31. L'application du droit international humanitaire aux personnes maltraitées par la RDC à l'aéroport international de Ndjili conduirait à conclure que la RDC a agi en violation des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 et de la convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, auxquels la RDC et l'Ouganda sont tous deux parties. Plus particulièrement, le comportement de la RDC contreviendrait, s'agissant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 7 («Nul ne sera soumis ... à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants»), au paragraphe 1 de l'article 9 («Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi»), au paragraphe 1 de l'article 10 («Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine») et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 12 («1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien»).

S'agissant de la Charte de l'Unité africaine, le comportement de la RDC constituerait une infraction à l'article 4 («La personne humaine est inviolable. Tout être humain a droit au respect de sa vie... : nul ne peut être privé arbitrairement de ce droit»), à l'article 5 («Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment ... et les peines ou les traite-

ments cruels inhumains ou dégradants sont interdites»), à l'article 6 («Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement»), ainsi qu'aux paragraphes 1 et 2 de l'article 12 («1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays...»). Enfin, bien que le comportement de la RDC à l'aéroport international de Ndjili ne soit pas constitutif de torture, il est néanmoins contraire au paragraphe 1 de l'article 16 de la convention contre la torture qui se lit comme suit:

«Tout Etat partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite.»

32. La compétence de la Cour étant bien établie, reste la question de la qualité pour agir s'agissant de violations du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme dans le cas de personnes susceptibles de ne pas avoir la nationalité de l'Etat demandeur. En la présente affaire, concernant la demande reconventionnelle de l'Ouganda, la question ne se pose pas en termes techniques puisque l'Ouganda n'a pas plaidé, eu égard aux intéressés, la violation de l'une ou l'autre de ces branches du droit international. Toutefois, s'il avait pris le parti d'invoquer ces violations devant la Cour, il aurait assurément eu qualité pour le faire.

33. S'agissant du droit international humanitaire, l'Ouganda aurait eu qualité pour agir puisque, ainsi que la Cour l'a souligné dans son avis consultatif sur le *Mur*:

«aux termes de l'article 1 de la quatrième convention de Genève, disposition commune aux quatre conventions de Genève, «[l]es Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente convention en toutes circonstances». Il résulte de cette disposition l'obligation de chaque Etat partie à cette convention, qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés.» (*C.I.J. Recueil 2004*, p. 199-200, par. 158.)

La Cour a conclu que, en raison de la nature et de l'importance des droits et obligations en cause, tous les Etats parties à la convention avaient pour obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire codifié dans la convention (*ibid.*, p. 200, par. 158-159). Le même raisonnement est applicable en la présente affaire. Nul doute que l'obliga-

tion, non seulement de respecter, mais aussi de faire respecter, le droit international humanitaire vaut pour les obligations contenues dans l'article 3 commun et dans le protocole additionnel aux conventions de Genève (protocole I).

34. Dans son commentaire de l'article 1 commun aux conventions, le CICR, lorsqu'il examine l'obligation de respecter et de faire respecter, aboutit à la même conclusion et indique que :

« si une puissance manque à ses obligations, les autres parties contractantes (neutres, alliées ou ennemies) peuvent ... et doivent ... chercher à la ramener au respect de la convention. Le système de protection prévu par la convention exige en effet, pour être efficace, que les parties contractantes ne se bornent pas à appliquer elles-mêmes la convention, mais qu'elles fassent également tout ce qui est en leur pouvoir pour que les principes humanitaires qui sont à la base des conventions soient universellement appliqués. »¹⁰

Dès lors, indépendamment du fait de savoir si les personnes victimes de mauvais traitements étaient ou non des ressortissants ougandais, l'Ouganda avait le droit — et même le devoir — d'invoquer les violations du droit international humanitaire commises contre ces personnes présentes à l'aéroport. La façon la plus constructive pour un Etat partie d'exercer son devoir de faire respecter par un autre Etat partie des obligations qui sont les siennes en vertu des traités relatifs au droit humanitaire est assurément de saisir la Cour internationale de Justice.

35. Quant à la question de la qualité pour agir d'un Etat présentant une demande fondée sur des allégations de violations des droits de l'homme commises contre des personnes ayant ou non sa nationalité (et dans l'hypothèse où la question de la compétence de la Cour ne se pose pas), le droit contemporain de la responsabilité des Etats apporte également une réponse précise. Le projet d'articles de 2001 de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite envisage bien l'hypothèse où un Etat lésé invoque la responsabilité d'un autre Etat (qualité qui pourrait être reconnue à l'Ouganda s'il avait été en mesure d'établir que les personnes présentes à l'aéroport avaient la nationalité ougandaise), mais prévoit également qu'une telle responsabilité puisse être invoquée par un Etat autre qu'un Etat lésé. A cet égard, l'article 48 du projet se lit comme suit :

« Article 48

Invocation de la responsabilité par un Etat autre qu'un Etat lésé

1. Conformément au paragraphe 2, tout Etat autre qu'un Etat lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat, si :

¹⁰ *Commentaire de la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, J. S. Pictet (dir. publ.), 1958, p. 21.

- a) l'obligation violée est due à un groupe d'Etats dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou
- b) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.

2. Tout Etat en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'Etat responsable:

- a) la cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et
- b) l'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un Etat lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un Etat en droit de le faire en vertu du paragraphe 1.»¹¹

Les obligations découlant des traités susmentionnés relatifs aux droits de l'homme et violées par la RDC sont l'illustration par excellence d'obligations envers un groupe d'Etat, dont l'Ouganda, et ont été établies dans le but de sauvegarder un intérêt commun aux Etats parties au pacte.

36. S'agissant de la condition d'épuisement des voies de recours internes qu'impose le droit coutumier, encore faut-il, pour qu'elle s'applique, que des voies de recours efficaces existent (cf. CDI, article 44 *b*) et le commentaire y annexé). Eu égard aux circonstances de l'incident de l'aéroport et, plus généralement, à la situation politique prévalant en RDC à l'époque de l'invasion ougandaise, j'aurais tendance à souscrire à l'argument de l'Ouganda selon lequel toute tentative des victimes de cet incident de chercher à ce que justice soit rendue auprès des juridictions congolaises serait restée vaine (voir arrêt, paragraphe 317). Dès lors, rien ne s'opposait à ce que l'Ouganda invoquât la violation des droits de l'homme s'agissant des personnes victimes de mauvais traitements à l'aéroport international de Ndjili, et ce même si les intéressés ne possédaient pas sa nationalité.

37. En résumé, l'Ouganda, relativement aux mauvais traitements infligés à certaines personnes à l'aéroport, et quelle qu'ait été la nationalité de ces dernières, aurait eu qualité pour introduire une demande, et la Cour compétence pour statuer à la fois en vertu du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme. La conception particulière des droits et obligations énoncés par la quatrième convention

¹¹ Rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10*, doc. A/56/10, p. 57.

de Genève ainsi que par les dispositions pertinentes du protocole additionnel (protocole I) non seulement confère à chaque Etat partie le droit d'invoquer ces violations, mais crée une obligation de faire respecter le droit humanitaire en question. Les règles du droit international de la responsabilité des Etats conduisent à un résultat analogue concernant les violations des droits de l'homme des intéressés par des soldats congolais. L'Ouganda a opté pour la voie de la protection diplomatique et a échoué. Selon moi, la Cour aurait pu, sans pour autant déroger à la règle *non ultra petitem*, rappeler l'applicabilité des normes du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme ainsi que la qualité de l'Ouganda pour tirer grief des violations des obligations découlant de ces normes par la RDC.

38. Je conclurai par une observation plus générale sur l'importance que revêtent le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme pour la société. Si je me sens tenu de le faire, c'est en raison des hésitations et de la faiblesse dont fait montre aujourd'hui cette société face aux tentatives visant à démanteler des pans considérables de ces branches du droit international dans le cadre de la «guerre» déclarée contre le terrorisme international.

39. Face à ces limitations injustifiées, il convient de rappeler que les obligations découlant des règles du droit international humanitaire et du droit des droits de l'homme sont, en substance, valables *erga omnes*. Selon le commentaire du CICR de l'article 4 de la quatrième convention, «[c]ertes, dans l'esprit qui inspire les conventions de Genève, il serait souhaitable que celles-ci, considérées comme la codification de principes déjà reconnus, soient applicables *erga omnes*»¹². Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a indiqué qu'«un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité»», qu'elles «s'imposent ... à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier» (*C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 257, par. 79). De manière analogue, dans son avis sur le *Mur*, la Cour a affirmé que les règles du droit international humanitaire «incorporent des obligations revêtant par essence un caractère *erga omnes*» (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 199, par. 157).

40. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'affaire *Barcelona Traction*, les obligations *erga omnes*, par leur nature même, «concernent tous les Etats» et, «[v]u l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33). Dans le

¹² *Op. cit.* note 10, p. 54.

même ordre d'idées, la Commission du droit international a précisé, dans ses commentaires des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, que, vis-à-vis de certains droits particulièrement importants, «tous les Etats ont un intérêt juridique» à ce que ceux-ci soient protégés¹³ (A/56/10, p. 299).

41. Si la communauté internationale laissait s'éroder un tel intérêt, non seulement face à des violations d'obligations *erga omnes*, mais également à des tentatives directes de supprimer ces obligations fondamentales, laissant, en leur lieu et place, se créer des vides juridiques dans lesquels des êtres humains pourraient tomber et se voir privés de toute protection pour une durée indéterminée, alors, le droit international perdrait, à mon sens, beaucoup de son intérêt.

(Signé) Bruno SIMMA.

¹³ S'agissant de la question spécifique de la qualité pour agir dans l'hypothèse de violations d'obligations *erga omnes*, l'Institut de droit international, dans une résolution relative à des obligations de cette nature adoptée lors de sa session à Cracovie en 2005, a énoncé les dispositions suivantes :

« Article 3

S'il existe un lien juridictionnel entre l'Etat prétendument responsable de la violation d'une obligation *erga omnes* et un autre Etat auquel cette obligation est due, ce dernier Etat a qualité pour soumettre à la Cour internationale de Justice ou à un autre tribunal international une demande relative à un différend portant sur le respect de cette obligation.

Article 4

La Cour internationale de Justice ou un autre tribunal international devrait donner à un Etat auquel une obligation *erga omnes* est due la possibilité de participer à une procédure pendante devant la Cour ou devant ce tribunal, qui est relative à cette obligation. Des règles spécifiques devraient régir une telle participation. »