

De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954

VITTORIO MAINETTI*

«Les atteintes portées aux biens culturels, à quelque peuple qu'ils appartiennent, constituent des atteintes au patrimoine culturel de l'humanité entière, étant donné que chaque peuple apporte sa contribution à la culture mondiale.»

Préambule de la Convention de La Haye de 1954

L'Acte constitutif de l'UNESCO repose sur l'idée fondamentale que la culture, en favorisant la compréhension et l'entente mutuelles entre les peuples, peut jouer un rôle essentiel afin que la suspicion et la méfiance entre les nations ne conduisent plus, comme dans le passé, à la guerre, car – affirme-t-il – «les guerres prenant naissance dans l'esprit des hommes, c'est dans l'esprit des hommes que doivent être élevées les défenses de la paix»¹.

Malheureusement, la culture, qui se doit de contribuer à un monde plus pacifique, est elle-même menacée par la guerre, à travers la destruction des biens qui en constituent le témoignage matériel. Depuis toujours, la guerre représente le danger principal pour l'intégrité des biens culturels et, encore aujourd'hui, les conflits armés sont la principale cause de destruction et de dégradation du patrimoine culturel et spirituel des peuples.

La destruction d'un monument, d'une bibliothèque ou d'une œuvre d'art constitue un préjudice incalculable, car ces biens sont l'expression de l'identité et de l'histoire d'un peuple.

* Doctorant en droit international à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève et à l'Université de Milan. L'auteur est assistant de recherche et d'enseignement à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève et «*culture della materia*» de droit international et européen au Département d'études internationales de l'Université de Milan.

Une telle perte est d'autant plus intolérable que la destruction est menée de façon délibérée, comme lors des conflits qui se sont déroulés sur le territoire de l'ex-Yougoslavie au début des années 90. La dévastation et le pillage systématique des biens culturels formaient alors partie intégrante des activités tristement connues sous le nom de « nettoyage ethnique », qui visait l'élimination totale, aussi bien physique que morale, de l'ennemi².

Depuis la fin du XIX^e siècle, le droit international des conflits armés s'est doté de règles spécifiques pour la protection des biens culturels, parmi lesquelles il convient de mentionner ici les articles 27 et 56 des Règlements de La Haye de 1899 et 1907³; l'article 5 de la Convention (IX) de La Haye de 1907⁴ et le « Pacte Roerich »⁵, adopté en 1935 dans le cadre de l'Union panaméricaine. Cependant, l'ensemble de règles le plus important en la matière est représenté par le système de la Convention de La Haye de 1954, dont on célèbre cette année le 50^e anniversaire. Il s'agit d'une série d'instruments adoptés à La Haye, le 14 mai 1954, par une Conférence intergouvernementale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, et composée d'une Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé⁶; d'un Règlement d'exécution⁷, qui forme partie intégrante de la

1 Préambule de la Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (Londres, 16 novembre 1945), *Manuel de la Conférence générale de l'UNESCO*, UNESCO, Paris, 2002, pp. 7-21. C'est d'ailleurs sur la base de cette même idée que les Nations Unies ont proclamé 2001-2010 Décennie internationale de la promotion d'une culture de la non-violence et de la paix.

2 Voir le rapport de la Commission d'experts des Nations Unies, constituée en application de la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité des Nations Unies (UN doc. S/25274), pour enquêter sur les crimes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. M. Cherif Bassiouni, *Indagine sui crimini di guerra nell'ex-Jugoslavia*, Giuffrè, Milan, 1997, paras. 285 à 321 et 528 à 529. Voir également UNESCO, *Informations sur la mise en œuvre de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, La Haye, 1954 : Rapports de 1995*, CLT-95/WS/13 – Paris, décembre 1995 (ci-après cité « UNESCO, Rapport 1995 »), pp. 7-8.

3 Règlements annexés aux Conventions II et IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 29 juillet 1899 et 18 octobre 1907), Dietrich Schindler et Jiří Toman (éds.), *Droit des conflits armés – Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Comité international de la Croix-Rouge/Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, pp. 65-98.

4 Convention IX concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre (La Haye, 18 octobre 1907), Schindler/Toman, *op. cit.* (note 3), pp. 1123-1131.

5 Il s'agit du Traité pour la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques (Washington, 15 avril 1935), plus souvent appelé « Pacte Roerich », d'après le nom de l'intellectuel russe Nicholas C. Roerich qui en fut le principal inspirateur. Schindler/Toman, *op. cit.* (note 3), pp. 1039-1042.

6 Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, adoptée à La Haye le 14 mai 1954 (ci-après dénommée « Convention de La Haye de 1954 »), Schindler/Toman, *op. cit.* (note 3), pp. 1043-1062. La Convention de La Haye de 1954, la première des conventions de l'UNESCO en matière de patrimoine culturel, constitue le principal instrument international pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Le

Convention; d'un Protocole facultatif⁸, visant principalement à empêcher l'exportation des biens culturels des territoires occupés et à garantir leur restitution à la fin des hostilités; et de trois résolutions⁹, visant les forces armées participant aux actions militaires sous l'égide des Nations Unies (Résolution I), la création par les Hautes Parties contractantes d'un comité consultatif national (Résolution II), et la convocation par le directeur général de l'UNESCO d'une réunion des Hautes Parties contractantes (Résolution III).

À ces instruments s'est ajouté tout récemment le Deuxième Protocole relatif à Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de

28 mars 2004, la Convention comptait 109 Hautes Parties contractantes. La Convention de La Haye a fait l'objet de nombreux travaux, parmi lesquels, voir: Jan De Breucker, «Pour les vingt ans de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels», *Revue belge de droit international*, Vol. 11, 1975, pp. 525-547; Maria Teresa Dutli (éd.), *Protection des biens culturels en cas de conflit armé – Rapport d'une réunion d'experts (Genève, 5-6 octobre 2000)*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2001; Constantin Eustathiadès, «La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé», dans *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, pp. 183-209; Manlio Frigo, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 1986, pp. 61-110; Andrea Gioia, *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati*, dans Francesco Francioni, Angela Del Vecchio, Paolo De Caterini (éds.), *La protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura (Actes du colloque – Rome, 8-9 mai 1998)*, Giuffrè, Milan, 2000, pp. 71-99; Institut international de droit humanitaire, *La protection internationale des biens culturels – Actes du Colloque organisé à l'occasion du 30^e anniversaire de la Convention de La Haye (Florence, 22-24 novembre 1984)*, Fondazione Europea Dragan, Rome, 1986; Kifle Jote, *International Legal Protection of Cultural Heritage*, Juristförlaget, Stockholm, 1994, pp. 25-107; Stanislaw E. Nahlik, «La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 120, 1967-1, pp. 61-163; Id., «Protection des biens culturels», dans *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, UNESCO/Institut Henry-Dunant/Pedone, Paris, 1986, pp. 237-249; Antonio F. Panzera, *La tutela internazionale dei beni culturali in tempo di guerra*, Giappichelli, Turin, 1993; Lyndel V. Prott, «1954 Hague Convention for the Protection of Cultural property in the Event of Armed Conflict (Commentary)», dans Natalino Ronzitti (éd.), *The Law of Naval Warfare – A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/ Boston/London, 1988, pp. 545-593; Waldemar Solf, «Cultural Property in Armed Conflict», dans Rudolf Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, 1992, pp. 892-897; Emanuelle Stavrakı, *La Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Une convention de droit international humanitaire*, Editions Sakkoulas, Athènes/Komotini, 1996; Jiří Toman, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé. Commentaire à la Convention de La Haye du 14 mai 1954*, UNESCO, Paris, 1994; Sharon A. Williams, *The International and National Protection of the Movable Cultural Property: A Comparative Study*, Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry/New York, 1978, pp. 5-51.

⁷ Pour le texte, voir Schindler/Toman, *op. cit.* (note 3), pp. 1063-1072.

⁸ Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (ci-après dénommé «premier Protocole»). Au 28 mars 2004, le Premier Protocole comptait 88 Etats parties. Pour le texte, voir Schindler/Toman, *op. cit.* (note 3), pp. 1083-1089. Pour une analyse de cet instrument, voir: Guido Carducci, «L'obligation de restitution des biens culturels et des objets d'art en cas de conflit armé: droit coutumier et droit conventionnel avant et après la Convention de La Haye de 1954. L'importance du facteur temporel dans les rapports entre les traités et la coutume», *Revue générale de droit international public*, Vol. 104, 2000,

conflit armé (La Haye, 26 mars 1999)¹⁰. Élaboré dans le cadre de l'UNESCO, ce dernier intègre les évolutions du droit international humanitaire, du droit pénal international et du droit relatif à la protection du patrimoine culturel.

Le 9 mars dernier, trois mois après le dépôt du vingtième instrument de ratification, le Deuxième Protocole est entré en vigueur, conformément à son article 43. Cela constitue un événement majeur, car, comme nous le verrons, le Deuxième Protocole représente un progrès décisif pour l'amélioration de la situation des biens culturels en cas de conflit armé. Le dessein du présent travail est d'analyser les nouveautés fondamentales introduites par cet instrument. On ne peut toutefois commencer sans rappeler brièvement les raisons qui ont mené à l'adoption du Protocole.

Le réexamen de la Convention de La Haye de 1954 et l'adoption du Deuxième Protocole

Les conflits armés qui ont eu lieu après l'adoption de la Convention de La Haye de 1954 ont prouvé l'existence de certaines carences touchant à la mise en œuvre de cet instrument. Plus particulièrement, les événements qui se sont déroulés dans la première moitié des années 90 ont montré que la Convention n'a pas pu s'appliquer pleinement du fait que la plupart des conflits étaient de caractère non international¹¹. À cela, il faut ajouter l'échec du

pp. 332-340; Vittorio Mainetti, « Le Protocole de La Haye de 1954 et les moyens pour empêcher le trafic illicite de biens culturels en cas de conflit armé », dans *La protection des biens culturels nous concerne tous! – Actes du Congrès international sur la protection des biens culturels (Berne, 23-25 septembre 2002)*, Office fédéral de la protection de la population, Berne, 2003, pp. 215-222; Stephan Matyk, « The restitution of cultural objects and the question of giving direct effect to the Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954 », *International Journal Cultural Property*, Vol. 9, 2000, pp. 341-346; Lyndel V. Prott, « The Protocol to the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention) 1954 », *Humanitäres Völkerrecht*, Vol. 6, 1993, pp. 191-194; Stavrakis, *op. cit.* (note 6), pp. 229-239; Toman, *op. cit.* (note 6), pp. 361-378.

9 Pour le texte, voir Schindler/Toman, *op. cit.* (note 3), pp. 1091-1092.

10 Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 26 mars 1999) (ci-après dénommé « Deuxième Protocole »), UNESCO, Doc. HC/1999/7. À ce jour, le Deuxième Protocole a reçu 21 ratifications. Il convient de mentionner que d'autres pays, dont l'Italie et la Suisse, envisagent sérieusement d'adhérer. Voir à ce propos le *Message concernant le Deuxième Protocole du 26 mars 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, du 20 août 2003, envoyé par le Conseil fédéral au Parlement suisse et approuvé par l'Assemblée fédérale le 9 mars 2004. Pour des références bibliographiques concernant le Deuxième Protocole, voir *infra* notes 18, 22 et 23.

11 Sur la situation des biens culturels dans les divers conflits qui ont marqué les années 90, voir : *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati e nelle calamità – Actes du premier Colloque de la Società ita-*

régime de la protection spéciale¹², ainsi que les défaillances du mécanisme de contrôle de la mise en œuvre de la Convention, fondé sur le système de la Puissance protectrice/du Commissaire général, qui s'est révélé impraticable¹³. C'est surtout à la suite du drame qui s'est produit en ex-Yougoslavie que l'UNESCO, poussée par une véritable mobilisation des consciences face à la

lienne pour la protection des biens culturels (Alessandria, 11-13 avril 1997), Società Italiana Protezione Beni Culturali/Fondazione Europea Dragan, Milan, 1997, pp. 38-45 et pp. 115-134; Patrick Boylan, *Réexamen de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye de 1954)*, UNESCO, Paris, 1993, pp. 91-99; Jote, *op. cit.* (note 6), pp. 102-107; Gregory M. Mose, « The destruction of churches and mosques in Bosnia-Herzegovina: Seeking a rights-based approach to the protection of religious cultural property », *The Buffalo Journal of International Law*, Vol. 3, 1996, pp. 180-197; Harvey E. Oyer III, « The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict — Is it working? A case study: the Persian Gulf war experience », *Columbia VLA Journal of Law & the Arts*, Vol. 23, 1999, pp. 49-65; UNESCO, *Rapports de 1995, op. cit.* (note 2), pp. 7-8. Sur le conflit le plus récent en Irak, voir Hiram Abtahi, « Le patrimoine culturel iraquien à l'épreuve de l'intervention militaire du printemps 2003 », *Actualité et Droit International* <<http://www.ridi.org/adi>> (mai 2003).

12 La protection spéciale, prévue aux termes du chapitre II de la Convention (articles 8 à 11) et du chapitre II du Règlement d'exécution (articles 11 à 16), était envisagée pour une catégorie plus restreinte de biens inscrits dans un Registre international des biens culturels sous protection spéciale. Sur le plan pratique, le régime de la protection spéciale a été un échec, car cinq biens seulement ont été enregistrés, parmi lesquels figure un seul site monumental (l'ensemble de la Cité du Vatican) et quatre refuges (un refuge en Allemagne et trois aux Pays-Bas). Il faut d'ailleurs noter que la dernière inscription remonte à 1978 et que le Registre compte également des radiations. En 1994, les Pays-Bas, qui à l'époque avaient six refuges inscrits, ont demandé la radiation de trois d'entre eux et, en 2000, l'Autriche, qui avait un refuge inscrit au Registre depuis 1969, en a demandé la suppression. Si aucun bien n'est inscrit au Registre, la protection spéciale est réduite à néant. Sur cette question, voir Boylan, *op. cit.* (note 11), pp. 75-82; Jan Hladik, « Activités de l'UNESCO en matière de mise en œuvre et de promotion de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et ses deux Protocoles », dans Dutli, *op. cit.* (note 6), p. 66; Nahlik, « Convention », *op. cit.* (note 6), pp. 97s.; Toman, *op. cit.* (note 6), pp. 130-134; UNESCO, *Rapports de 1995, op. cit.* (note 2), pp. 7ss.

13 Les dispositions concernant la mise en œuvre de la Convention de La Haye de 1954 sont contenues dans le chapitre VII de la Convention (articles 20 à 28) et dans le chapitre premier (articles 1 à 10) du Règlement d'exécution. Les auteurs de la Convention ont jugé préférable d'adopter un système de contrôle inspiré des Conventions de Genève de 1949 (articles 8/8/8/9), consistant à faire appel au concours des Puissances protectrices, institutions traditionnelles du droit international humanitaire. La Convention de La Haye de 1954 attribue à ces dernières une fonction très importante. D'ailleurs, l'article 21 de la Convention affirme que celle-ci et son Règlement d'exécution « s'appliquent avec le concours des Puissances protectrices ». Cependant, celles-ci ne font que « concourir », ce qui signifie que la responsabilité principale de l'application incombe aux Hautes Parties contractantes. Il n'en reste pas moins que les Puissances protectrices, une fois désignées, pourraient jouer un rôle très important en nommant des délégués pour vérifier la mise en œuvre de la Convention (et ses violations éventuelles), et en prêtant leurs bons offices dans tous les cas où elles le jugent utile dans l'intérêt des biens culturels. Elles peuvent aussi choisir un Commissaire général aux biens culturels qui sera accrédité auprès de chaque partie au conflit. Toutefois, le système envisagé apparaît plutôt compliqué et, sur le plan pratique, il semble extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de mettre en œuvre les dites dispositions sans l'accord de toutes les parties au conflit. Sur la question, voir Toman, *op. cit.* (note 6), pp. 243-291 et Boylan, *op. cit.* (note 11), pp. 84ss.

destruction délibérée du pont de Mostar et aux bombardements de la vieille ville de Dubrovnik¹⁴, a ouvert un processus de réexamen de la Convention.

En 1991, l'UNESCO a demandé à un expert indépendant¹⁵ de préparer une étude des objectifs et du fonctionnement de la Convention et du Protocole de La Haye de 1954. Ce document, publié en 1993¹⁶, atteste que «en dépit des échecs apparents», les instruments en question «restent toujours valides et réalistes [...] et demeurent toujours applicables et adaptés aux circonstances actuelles», et il indique que le problème essentiel ne se trouve pas dans «des défauts qui seraient inhérents à ces instruments» mais dans le manque d'application de la part des Hautes Parties contractantes. À cet égard, une série de recommandations a été faite. D'après ces recommandations, l'amendement de la Convention et du Protocole de 1954 serait une priorité secondaire, par rapport à la «priorité absolue» qui est d'adopter des mesures pratiques afin que «les dispositions de ces instruments soient mieux reconnues, acceptées et appliquées»¹⁷.

L'élaboration du Deuxième Protocole

Il convient de constater que la plupart de ces recommandations et propositions n'ont pas été suivies pendant le processus de réexamen de la Convention, qui s'est concentré, comme on le sait, sur l'élaboration d'un

¹⁴ Grâce une campagne internationale de sauvegarde lancée par l'UNESCO, le pont de Mostar a été entièrement reconstruit et les monuments les plus importants de la vieille ville de Dubrovnik ont été restaurés. Ainsi, l'inscription de cette dernière sur la Liste du patrimoine mondial en péril a pu enfin être retirée. Cf. *Lettre du patrimoine mondial*, N°22, juillet/août 1999, disponible sur le site <<http://whc.unesco.org/news>> (visité le 28 mars 2004). Il convient de souligner que les bombardements continus (1^{er} octobre — 6 décembre 1991) de la vieille ville de Dubrovnik, site inscrit sur la *Liste du patrimoine mondial* depuis 1979, font maintenant l'objet d'une procédure devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). L'ouverture du «dossier Dubrovnik» par le procureur du TPIY, en février 2001, doit être considérée comme un événement majeur. Pour la première fois dans un acte d'accusation, on parle de «destruction ou endommagement délibéré des monuments historiques». Cf. *Le Procureur c. Pavle Strugar et consorts*, Affaire n° IT-01-42 «Dubrovnik», chefs 10-12, para. 31 (TPIY 2001). Dans un communiqué de presse, le directeur général de l'UNESCO, Koïchiro Matsuura, se félicite avec le TPIY et déclare : «Cela constitue un précédent historique puisque c'est la première fois depuis les jugements des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo qu'un crime contre un bien culturel est sanctionné par un tribunal international.» Il ajoute en outre : «Ce précédent important montre que la communauté internationale peut décider d'agir pour protéger des biens culturels et appliquer des sanctions pour leur protection.» Cf. communiqué de presse n° 2001-40 (13 mars 2001). Sur l'activité du TPIY et la protection des biens culturels, voir Hiram Abtahi, «The protection of cultural property in times of armed conflict: the practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 14, 2001, pp. 1-29.

¹⁵ Il s'agissait du professeur Patrick Boylan de la *City University* de Londres.

¹⁶ Patrick Boylan, *Réexamen de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (Convention de La Haye de 1954)*, UNESCO, Paris, 1993 (Doc. CLT-93/WS/12).

¹⁷ *Ibidem*, p. 5.

nouvel instrument¹⁸. En effet, bien que le professeur Boylan soit dans le vrai lorsqu'il montre que la plupart des Hautes Parties contractantes ont très peu fait pour appliquer la Convention, certains aspects et mécanismes prévus par celle-ci présentaient des failles importantes, auxquelles il fallait remédier.

Au cours des années suivantes, le Secrétariat de l'UNESCO s'est d'abord adressé à un groupe d'experts indépendants. Ces derniers ont tenu trois réunions (en juillet 1993, à La Haye; en février 1994, à Lauswolt, Pays-Bas; et enfin, en novembre/décembre 1994, à Paris) pendant lesquelles un projet de texte d'amendement a été élaboré (le « document de Lauswolt »)¹⁹. Par la suite, deux réunions d'experts gouvernementaux (la première à Paris, en mars 1997²⁰, la seconde à Vienne, en mai 1998²¹) ont été organisées afin de préparer un

¹⁸ Étienne Clément, « Le réexamen de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », dans Najeeb Al-Nauimi et Richard Meese (éd.), *International Legal Issues Arising Under the United Nations Decade of International Law*, Martinus Nijhoff, La Haye/Boston/Londres, 1995, pp. 133-150; Thomas Desch, « The Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict », *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 63-90; Francesco Francioni, « Il contributo dell'Italia al rafforzamento della Convenzione de L'Aja del 1954 », dans *Uno scudo blu per la salvaguardia del patrimonio mondiale – Actes du 3^e Colloque international sur la protection des biens culturels dans les conflits armés (Padoue, 19-20 mars 1999)*, Società Italiana Protezione Beni Culturali/Edizioni Nagard, Milan, 1999, pp. 177-187; Fernando Pignatelli y Meca, « La revisión de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado », dans *idem*, pp. 81-116; Andrea Gioia, « The development of international law relating to the protection of cultural property in the event of armed conflict: the Second Protocol to the 1954 Hague Convention », *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 25-57; Jan Hladik, « The review process of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its impact on international humanitarian law », *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, pp. 313-322; Fernando Pignatelli y Meca, « El Segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1954 », *Revista española de derecho militar*, N° 77, 2001, pp. 357-441; Maja Seršič, « Protection of cultural property in time of armed conflict », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 27, 1996, pp. 32-35; « Towards the amelioration of the protection of cultural property in times of armed conflict: Recent UNESCO initiatives concerning the 1954 Hague Convention », dans *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber – Personne humaine et droit international*, tome II, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 1532-1547.

¹⁹ UNESCO, *Document de Lauswolt*, Doc. CLT-95/CONF.009/2.

²⁰ Cette réunion, où la participation a été restreinte à 20 experts gouvernementaux choisis par le Secrétariat de l'UNESCO sur la base des groupes régionaux, a examiné le « document de Lauswolt ». Cf. UNESCO, *Rapport final de la réunion d'experts gouvernementaux pour le réexamen de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954 (Paris, 24-27 mars 1997)*, Doc. CLT-96/CONF.603/5, Paris, 30 avril 1997. Sur la base des résultats de cette réunion, l'UNESCO a préparé une version révisée du « document de Lauswolt ». Cf. Doc. CLT-97/CONF.208/2, Paris, octobre 1997.

²¹ UNESCO, *Meeting of Governmental Experts on the Revision of The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 1954 (Vienna, 11-13 May 1998) : Summary of comments received from the States Parties to the Hague Convention, the International Committee of the Red Cross and the International Council of Archives*, Paris, March 1998. Un projet préliminaire de Deuxième Protocole a été élaboré à l'issue de cette réunion (Doc. HC/1998/1, 9 octobre 1998).

projet de Deuxième Protocole²², qui a été finalement présenté à la Conférence diplomatique sur le projet de deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, convoquée par le gouvernement néerlandais du 15 au 26 mars 1999²³. C'est ainsi qu'après deux semaines de négociations, le 26 mars 1999, la Conférence diplomatique a adopté par consensus le texte du Deuxième Protocole.

Les thèmes principaux de la réforme

L'occasion de l'adoption de ce texte est doublement remarquable. D'un côté, elle s'inscrit dans le cadre des célébrations organisées pour le centenaire de la première Conférence de la Paix de 1899²⁴; de l'autre, elle clôt la décennie des Nations Unies pour le droit international²⁵. Le Deuxième Protocole, qui fait état des nombreux développements intervenus dans le droit international humanitaire et le droit international des biens culturels au cours des cinquante années précédentes, a, naturellement, d'autres mérites. Mais avant de nous pencher sur l'examen de son contenu, et afin de mieux le comprendre, il faut mettre en évidence les thèmes principaux qui ont été discutés tout au long du processus de révision, à savoir :

22 Projet de Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé – Doc. HC/1999/1/rev.1, février 1999. Ce document a été rédigé par le Secrétariat de l'UNESCO en collaboration avec le gouvernement néerlandais, à partir du projet préliminaire issu de la réunion de Vienne et des commentaires formulés par les États et par le CICR. Voir Desch, *op. cit.* (note 18), pp. 64-68 et Jean-Marie Henckaerts, « Nouvelles règles pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : la portée du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé », dans Dutli, *op. cit.* (note 6), p. 29.

23 Pour la documentation relative aux travaux de la Conférence diplomatique de La Haye de 1999, voir : UNESCO, *Conférence diplomatique sur le Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye pour la protection de biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 15-26 mars 1999) : Rapport analytique*, Paris, juin 1999 ; UNESCO, *Comptes rendus de la Conférence diplomatique sur le Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 15-26 mars 1999)* ; UNESCO, *Acte final et résolution de la Conférence diplomatique sur le Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 15-26 mars 1999)*, Paris, juin 1999. La plupart de ces documents sont disponibles sur le site Internet de l'UNESCO à l'adresse : <http://www.unesco.org/culture/legalprotection/war/html_fr/precis.shtml> (visité le 28 mars 2004). Voir aussi Jan Hladik, « Diplomatic conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict – The Hague, Netherlands (March 15-26, 1999) », *International Journal of Cultural Property*, Vol. 8, 1999, pp. 526-529.

24 En effet, le Deuxième Protocole a été ouvert à la signature au Palais de la Paix à La Haye, le 17 mai 1999, à l'occasion des manifestations pour le centenaire de la première Conférence de la Paix de 1899. Cf. Henckaerts, *op. cit.* (note 22), p. 29.

25 Le Deuxième Protocole a été le dernier instrument adopté pendant la décennie des Nations Unies pour le droit international (1990-1999). Cf. Francioni, *op. cit.* (note 18), pp. 177-187.

- 1) la définition de mesures préventives spécifiques;
- 2) une meilleure définition de l'exception de la nécessité militaire;
- 3) la revitalisation du système de la protection spéciale;
- 4) la répression des infractions et la mise au point d'un système de sanctions en cas de violations graves (responsabilité pénale de l'individu et compétence); et enfin
- 5) la révision du système de contrôle de la mise en œuvre des obligations conventionnelles et la définition des structures permanentes chargées de ce contrôle (aspects institutionnels).

Le Deuxième Protocole a essayé de donner une réponse à chacun de ces thèmes, en prévoyant une série de nouveautés qui seront analysées ci-après. Pour l'instant, il nous suffit de constater que les solutions adoptées favorisent une nette amélioration du régime de protection prévu par la Convention de 1954 et, à beaucoup d'égards, le complètent²⁶.

Le choix d'un protocole additionnel et ses conséquences

Le Deuxième Protocole se compose d'un total de 47 articles, un chiffre supérieur à celui de la Convention, ce qui permet déjà de deviner la précision de cet instrument par rapport au régime juridique existant. Mais si le Deuxième Protocole complète la Convention de La Haye de 1954, il ne saurait en aucun cas la remplacer. Du point de vue strictement formel, il ne s'agit pas d'un protocole d'amendement ou de révision, ni d'un nouvel accord international autonome. Le Deuxième Protocole est un instrument facultatif et additionnel à la Convention de La Haye de 1954, laquelle reste le texte de base²⁷. Les États qui souhaitent y accéder doivent d'abord ratifier la Convention²⁸.

La question de la forme du nouvel instrument a été longuement débattue pendant tout le processus de révision²⁹. C'est seulement après une intense discussion que le choix s'est arrêté sur la forme d'un protocole addi-

²⁶ Selon Chip Colwell-Chanthaphonh et John Piper («War and cultural property: the 1954 Hague Convention and the status of US ratification», *International Journal of Cultural Property*, Vol. 10, 2001, p. 233), le Deuxième Protocole constitue un «*substantial face-lift*» de la Convention de La Haye de 1954.

²⁷ Cf. Henckaerts, *op. cit.* (note 22), p. 29.

²⁸ Cela constitue un élément qui le différencie du Premier Protocole. Conformément à ses paragraphes 6 à 8, le Premier Protocole pourrait, en théorie, être ratifié par des États qui ne sont pas parties à la Convention. Cette possibilité reste toutefois seulement théorique puisque, dans la pratique, tous les États parties au Premier Protocole ont également ratifié la Convention. Cf. Gioia, *op. cit.* (note 18), p. 28.

²⁹ Voir à ce sujet Pignatelli y Meca, «El Segundo Protocolo», *op. cit.* (note 18), pp. 364-366.

tionnel, selon le modèle des deux Protocoles additionnels de 1977 additionnels aux Conventions de Genève³⁰.

En effet, l'adoption d'un protocole additionnel présentait beaucoup d'avantages par rapport aux autres solutions qui avaient été envisagées. D'abord, il s'agissait d'un instrument plus facilement négociable qu'une nouvelle convention, qui risquait de remettre en question les résultats acquis ou de créer deux régimes de protection concurrents. Ensuite, l'adoption d'un protocole additionnel était conseillée, compte tenu de la procédure d'amendement prévue par l'article 39 de la Convention de La Haye de 1954, qui aurait demandé l'unanimité des Hautes Parties contractantes³¹.

Il convient en outre de souligner que les protocoles additionnels sont des instruments très flexibles qui, pour cette raison, sont de plus en plus utilisés (il suffit de se tourner vers les domaines des droits de l'homme ou de la protection de l'environnement pour s'en rendre compte). Leur caractéristique principale est qu'ils complètent les dispositions du traité principal (cadre), tout en laissant intacts tant la structure que les résultats obtenus par ce dernier.

Il s'ensuit que le Deuxième Protocole ne vise pas à amender la Convention, mais, selon les termes employés par son article 2, à la « compléter » pour ce qui concerne (exclusivement) les relations entre les États qui y sont parties. Pour cette raison, les rédacteurs ont veillé à faire en sorte que

³⁰ L'exemple des deux Protocoles additionnels de 1977 a joué un rôle très important dans l'élaboration du Deuxième Protocole. Plusieurs dispositions de cet instrument reprennent, parfois textuellement, les dispositions contenues dans les Protocoles de 1977. Par ailleurs, il est possible d'affirmer que le Deuxième Protocole est aux Protocoles additionnels de 1977 ce que la Convention de La Haye de 1954 est aux Conventions de Genève de 1949. Sur les rapports entre la Convention de La Haye de 1954 et les Conventions de Genève de 1949, voir Stavrakis, *op. cit.* (note 6), *passim*.

³¹ Un tel choix semble se fonder juridiquement sur l'article 24 de la Convention de La Haye de 1954 qui reconnaît que les Hautes Parties contractantes « peuvent conclure des accords spéciaux sur toute question qu'il leur paraît opportun de régler séparément », à condition qu'ils ne diminuent pas la protection assurée par la Convention. Cf. Pignatelli y Meca, « El Segundo Protocolo », *op. cit.* (note 18), pp. 364-365. Il convient de signaler que, pendant le processus de réexamen, trois autres options furent envisagées. La première consistait à amender la Convention conformément à la procédure prévue à l'article 39, ce qui aurait demandé non seulement l'adoption à l'unanimité par les Hautes Parties contractantes, mais aussi l'acceptation de l'amendement par chacune d'entre elles, à travers le dépôt d'un instrument formel d'acceptation auprès du directeur général de l'UNESCO. Une telle solution, qui faisait appel à une procédure solennelle similaire à la ratification, aurait rendu l'entrée en vigueur des amendements quasiment impossible. La deuxième, tout à fait similaire à la première, envisageait l'adoption d'un protocole de révision, ce qui aurait demandé encore une fois l'unanimité, et fut par conséquent écartée. Enfin, la troisième option consistait à adopter une nouvelle convention. Cette solution fut également écartée, car elle aurait demandé d'importantes négociations et présentait le risque de créer deux régimes de protection différents et potentiellement conflictuels. Sur la question, voir Gioia, *op. cit.* (note 18), pp. 28-29 et Henckaerts, *op. cit.* (note 22), pp. 29-30.

chaque disposition du Deuxième Protocole soit réellement additionnelle. Par ailleurs, dès lors que le Deuxième Protocole traite de questions déjà réglées par la Convention de La Haye de 1954, les dispositions correspondantes du premier Protocole prévaudront, dans les rapports entre les Parties, sur celles, éventuellement incompatibles, de la Convention³².

Le champ d'application du Deuxième Protocole

Champ d'application *ratione materiae*

L'un des plus grands mérites de la Convention de La Haye de 1954 est d'avoir introduit dans le vocabulaire juridique (et pas seulement celui du droit international) la notion nouvelle de «biens culturels»³³. Cette notion uniforme offre un avantage considérable par rapport à la multitude d'expressions qui avaient été utilisées auparavant. Par sa nature «omnivore» et inclusive, elle est en mesure de résumer dans un seul *nomen juris* une variété d'objets et de biens, qui ont néanmoins des caractéristiques communes. Aux termes de l'article premier de la Convention de 1954, la notion de biens culturels s'étend à trois sortes de biens: 1) «Les biens meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, tels que les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire [...], les sites archéologiques, les ensembles de constructions qui, en tant que tels, présentent un intérêt historique ou artistique, les œuvres d'art, les manuscrits, livres et autres objets d'intérêt artistique, historique ou archéologique, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives» [...] ; 2) les édifices qui servent à abriter les biens de la catégorie précédente, tels que «les musées, les grandes biblio-

³² Sur les rapports avec la Convention de La Haye de 1954, voir les articles 2 et 4 du Deuxième Protocole. Sur la question, voir Gioia, *op. cit.* (note 18), p. 29.

³³ Cette expression trouve son correspondant dans les principales langues européennes: «cultural property» en anglais; «bienes culturales» en espagnol et «beni culturali» en italien. Il est à signaler que la pratique internationale montre de manière prépondérante une tendance à remplacer le terme «bien» par celui de «patrimoine». Ce dernier est en effet de plus en plus préféré, car il peut inclure un plus grand éventail d'éléments, y compris les biens immatériels (*intangible heritage*). Cf. Janet Blake, «On defining the cultural heritage», *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, 2000, pp. 61-85. Notons que les biens culturels sont des éléments du patrimoine culturel. C'est pourquoi la Convention de 1954, en définissant la notion de biens culturels (article premier), se réfère aux «biens meubles et immeubles qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples». Sur la question, voir Roger O'Keefe, «The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention», *Netherlands International Law Review*, Vol. 46, 1999, pp. 26-56; Lyndel V. Prott et Patrick J. O'Keefe, «'Cultural heritage' or 'cultural property'?», *International Journal of Cultural Property*, Vol. 1, 1992, pp. 307-320. Voir également Frigo, *op. cit.* (note 6), pp. 25-34.

thèques, les dépôts d'archives, ainsi que les refuges destinés à abriter, en cas de conflit armé, les biens culturels meubles»; et 3) «les centres monumentaux, comprenant un nombre considérable de biens culturels».

Les critères généraux utilisés pour déterminer les biens protégés sont : «l'importance pour le patrimoine culturel des peuples» et l'«intérêt artistique, historique ou archéologique»³⁴. Dans cette détermination, deux intérêts principaux sont en jeu : celui des États *uti singuli* et celui des États *uti universi* (la communauté internationale dans son ensemble). Cependant, ce n'est qu'aux États individuellement considérés qu'il appartient de désigner les biens se trouvant à l'intérieur de leur territoire qui méritent d'être protégés en raison de leur importance.

Cette définition a été considérée comme «quelque peu dépassée et fort imprécise»³⁵, et il a été recommandé à l'UNESCO d'adopter «une approche plus cohérente» de la question des définitions dans les futures conventions et recommandations³⁶. Il convient de signaler que les rédacteurs du Deuxième Protocole sont restés sourds à ces critiques (à notre avis, injustifiées et quelque peu exagérées) et ont préféré, plus prudemment, ne pas modifier cette définition³⁷. De la sorte, le champ d'application matérielle du Deuxième Protocole n'a pas été indûment élargi, mais est resté le même que celui de la Convention de La Haye de 1954³⁸.

Champ d'application *ratione temporis*

Le Deuxième Protocole, de la même manière que la Convention de La Haye de 1954, s'applique, en dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, dans les situations où le droit des conflits armés est applicable, à savoir, en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé international, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par une ou plusieurs des parties au conflit, ou encore, en cas d'occupation³⁹. Cependant,

³⁴ Il est intéressant d'observer que la Convention parle d'«intérêt» et non de «valeur», qui est généralement considérée comme un critère beaucoup plus restrictif.

³⁵ Cf. Boylan, *op. cit.* (note 11), p. 147.

³⁶ *Ibidem*, p. 51. Voir également la comparaison des définitions de la notion de bien culturel figurant dans différents instruments internationaux, *Ibidem*, pp. 151-159.

³⁷ Conformément à l'article 1(b) du Deuxième Protocole, par «biens culturels» on entend «les biens culturels tels que définis à l'article premier de la Convention». Sur la notion de biens culturels dans la Convention de La Haye de 1954, voir O'Keefe, *op. cit.* (note 33), pp. 26-56; Toman, *op. cit.* (note 6), pp. 61-73.

³⁸ Gioia, *op. cit.* (note 18), pp. 30-31.

³⁹ Voir à cet égard l'article 3, paragraphe 1, du Deuxième Protocole ainsi que l'article 18, paragraphes 1 et 2, de la Convention.

il faut remarquer un incontestable progrès en matière de conflits armés non internationaux⁴⁰. Contrairement à l'article 19 de la Convention, qui ne rendait applicables à de tels conflits que les normes concernant le respect des biens culturels, l'article 22, paragraphe 1, du Deuxième Protocole affirme que le nouvel instrument s'applique entièrement «en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Parties»⁴¹.

Cette extension du champ d'application temporelle aux conflits armés non internationaux correspond à une tendance du droit international contemporain à rejeter toute distinction entre conflits armés internationaux et non internationaux, du moins quant aux règles du droit humanitaire qui leur seraient applicables. Elle constitue d'ailleurs un fait doublement remarquable car, d'un côté, la plupart des conflits armés actuels sont de nature non internationale, et de l'autre, le régime international de protection demeure entièrement applicable⁴² quelle que soit la nature du conflit.

Les nouvelles dispositions concernant la «protection générale»

Le régime de protection prévu par le Deuxième Protocole, de même que celui de la Convention de La Haye de 1954, s'organisent autour de deux niveaux de protection: une «protection générale» et une «protection renforcée». S'agissant du régime de la protection générale, le nouvel instrument

⁴⁰ Notons que l'expression «conflit armé» n'est pas définie dans le Deuxième Protocole, ni d'ailleurs dans la plupart des traités de droit international humanitaire. Elle doit, partant, être entendue à la lumière du sens qu'elle a acquis en droit coutumier. À cet égard, il faut noter que la Chambre d'appel du TPIY a récemment donné la définition suivante: «Nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État». Cf. *Le Procureur c. Duško Tadić – Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence* – Affaire n° IT-94-1-AR72, para. 70. Le texte de l'arrêt est disponible sur le site web <<http://www.un.or/icty/ind-f.htm>> (visité le 12 février 2004). Sur ce point, voir Jean-François Quéguiner, «Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, N° 850, 2003, pp. 273-280.

⁴¹ Notons également que, selon une disposition reprenant textuellement l'article premier, paragraphe 2, du Protocole additionnel II de 1977, le Deuxième Protocole exclut de son champ d'application les «situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues» (article 22, para. 2).

⁴² Voir Pignatelli y Meca, «El Segundo Protocolo», *op. cit.* (note 18), pp. 424-429 et Gioia, *op. cit.* (note 18), pp. 32-34. Il est toutefois utile de souligner que, lors d'un conflit ne présentant pas un caractère international, seules seront mises en œuvre les dispositions qui pourront être juridiquement et matériellement appliquées par les parties. En ce sens, voir: Desch, *op. cit.* (note 18), pp. 83-84.

ne se limite pas à confirmer les obligations de sauvegarde et de respect prévues par la Convention. Il prend le soin de donner des exemples et en précise la portée, introduisant ainsi plusieurs nouveautés qui méritent d'être analysées.

Les mesures de sauvegarde

La première nouveauté à signaler concerne les mesures de sauvegarde. À ce propos, il est utile de rappeler que l'article 3 de la Convention de La Haye de 1954 ne donne aucune précision quant aux mesures à prendre dès le temps de paix, qui sont ainsi laissées à la discrétion des Hautes Parties contractantes. À cet égard, l'article 5 du Deuxième Protocole se veut plus explicite, en indiquant une série de mesures préparatoires concrètes contre les effets prévisibles d'un conflit armé. Ces mesures comprennent notamment: a) l'établissement d'inventaires; b) la planification de mesures d'urgence pour assurer la protection des biens culturels contre les risques d'incendie ou d'écroulement des bâtiments; c) la préparation de l'enlèvement des biens culturels meubles ou la fourniture d'une protection *in situ* adéquate desdits biens et d) la désignation d'autorités compétentes responsables de la sauvegarde des biens culturels.

Il faut naturellement observer que la liste donnée à l'article 5 ne se veut pas exhaustive, et qu'il s'agit de l'énumération de mesures correspondant à un seuil acceptable de protection⁴³. Ces mesures revêtent une grande importance pratique et il est concevable qu'elles soient organisées dans le cadre de la protection civile⁴⁴. Signalons, à cet égard, que l'utilité de l'adoption de ces mesures ne se limite pas au seul cas des conflits armés, et qu'elle est reconnue en cas de catastrophes ou de calamités naturelles. Cela témoigne d'une tendance de plus en plus marquée à concevoir un système permanent de protection et de *monitoring* des biens culturels, dont l'impact va bien au-delà de la seule exigence de la protection en cas de conflit armé.

⁴³ De surcroît, il est à signaler que le Deuxième Protocole précise aussi les dispositions de la Convention en matière de diffusion de l'information. En particulier, l'article 30 donne des exemples précis des mesures concrètes à prendre afin d'assurer la diffusion des obligations conventionnelles auprès des forces armées ainsi que de la population civile. À cet égard, l'expérience du CICR en matière de diffusion du droit international humanitaire a joué un rôle essentiel en tant que modèle. Cf. Henckaerts, *op. cit.* (note 22), p. 32; Yves Sandoz, *Le Comité international de la Croix-Rouge gardien du droit international humanitaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1998, pp. 18-24.

⁴⁴ La Confédération suisse a depuis longtemps adopté un tel modèle avec succès. Dans ce pays, la protection des biens culturels relève en effet de l'Office fédéral de la protection civile. Voir à ce propos, *Forum PBC*, N° 2, 2002, pp. 54-61.

L'organisation de ces mesures préparatoires requiert, souvent, des moyens financiers importants et un savoir-faire que beaucoup de pays ne possèdent pas. C'est pourquoi les rédacteurs du Deuxième Protocole, afin d'éviter que les mesures prévues ne restent lettre morte, ont pensé à la création d'un Fonds – que nous examinerons en détail plus loin – auquel les Parties peuvent recourir pour soutenir les efforts qu'elles déploient en la matière.

Le respect des biens culturels

Pour ce qui est du respect des biens culturels, le Deuxième Protocole, en s'inspirant de l'exemple du Protocole additionnel I de 1977, introduit la notion d'objectif militaire, défini à l'article premier, lettre f), comme :

« un objet qui, par sa nature, son emplacement, sa destination ou son utilisation, apporte une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »⁴⁵.

L'introduction de cette notion a été doublement importante puisqu'elle a permis, d'un côté, de réaffirmer que les biens culturels sont tout d'abord des biens civils au sens de l'article 52 du Protocole additionnel I, à savoir des biens présumés ne pas être utilisés à des fins militaires⁴⁶, de l'autre, d'inclure d'autres règles relatives à la conduite des hostilités contenues dans le Protocole additionnel I. C'est en s'inspirant des articles 57 et 58 de ce dernier⁴⁷, que le Deuxième Protocole établit deux nouvelles catégories d'obligations : les précautions dans l'attaque (article 7) et les précautions contre les effets de l'attaque (article 8). Les premières sont des mesures actives, c'est-à-dire des précautions que la Partie attaquante doit prendre dans la conduite des hostilités. En revanche, les secondes sont des précautions passives, que doit prendre le défenseur.

Le Deuxième Protocole prend en compte également le sort des biens culturels dans les territoires occupés, et complète à cet égard les articles 4 et 5

⁴⁵ Voir à cet égard l'article 52, paragraphe 2, du Protocole additionnel I de 1977.

⁴⁶ L'article 52, paragraphe 3, du Protocole additionnel I introduit une présomption en leur faveur : « En cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil [...] est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire ».

⁴⁷ Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge/Martinus Nijhoff, Genève, 1986, pp. 695-713.

de la Convention de La Haye de 1954 ainsi que le paragraphe 1 du Premier Protocole. Plus particulièrement, l'article 9 prévoit que la Partie occupante «interdit et empêche [...] : a) toute exportation, autre déplacement ou transfert illicites de biens culturels; b) toute fouille archéologique, à moins qu'elle ne soit absolument indispensable aux fins de sauvegarde, d'enregistrement ou de conservation de biens culturels; c) toute transformation, ou changement d'utilisation, de biens culturels visant à dissimuler ou à détruire des éléments de témoignage de caractère culturel, historique ou scientifique».

Signalons que les termes employés, «interdit» et «empêche», signifient que la Partie occupante a, tout à la fois, une obligation de moyens (l'adoption des règles visant à interdire ces actes) et de résultat (empêcher que ces actes se vérifient).

La définition de l'exception de la «nécessité militaire impérative»

L'une des causes de dérogation au régime de protection prévu par la Convention de La Haye de 1954 est représentée par la possibilité d'invoquer une nécessité militaire. La clause de la nécessité militaire, introduite dans le texte sous la pression des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni qui en firent une condition *sine qua non* de leur participation⁴⁸, constitue l'un des aspects les plus problématiques de la Convention de 1954⁴⁹. Selon certains auteurs, la présence d'une telle clause constitue une dérogation qui rendrait «nulle toute convention en cas de guerre»⁵⁰, raison pour laquelle elle a été durement critiquée. Son maintien a donc fait l'objet d'un large débat tout au long du processus de réexamen. Cette question a probablement été la plus controversée de toute la négociation.

Il convient de signaler que la clause de la nécessité militaire disparaît à l'égard des biens culturels sous protection renforcée, mais qu'elle subsiste vis-à-vis des biens sous protection générale. Plusieurs délégations étaient opposées à cette élimination, et la Conférence, ne pouvant pas l'exclure, a préféré être réaliste et admettre cette possibilité de dérogation, mais à des conditions bien

⁴⁸ Il convient de noter qu'aucun de ces deux pays n'a ratifié la Convention à ce jour.

⁴⁹ Sur la clause de la nécessité militaire, voir : Jan De Breucker, « La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels », *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. 14, 1975, pp. 255-269; Id., *op. cit.* (note 6), pp. 525-547; Eustathiadès, *op. cit.* (note 6), pp. 183-209; Jan Hladik, « The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the notion of military necessity », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 81, N° 835, Septembre 1999, pp. 621-631.

⁵⁰ En ce sens, voir Stavrakí, *op. cit.* (note 6), pp. 63-64.

précises pour empêcher tout abus. La solution adoptée constitue, en tout cas, l'une des avancées les plus importantes de la nouvelle réglementation.

Le Deuxième Protocole a donc le mérite de définir clairement les conditions de son application. Aux termes de l'article 6, une dérogation sur le fondement d'une « nécessité militaire impérative [...] ne peut être invoquée pour diriger un acte d'hostilité contre un bien culturel que lorsque et aussi longtemps que : 1) ce bien, par sa fonction, a été transformé en objectif militaire, et 2) il n'existe pas d'autre solution pratiquement possible pour obtenir un avantage militaire équivalent à celui qui est offert par le fait de diriger un acte d'hostilité contre cet objectif »⁵¹. Ces deux conditions sont cumulatives.

En dehors d'une attaque, une nécessité militaire peut aussi commander l'utilisation d'un bien culturel à des fins militaires. Pour cette raison, l'article 6 précise qu'une dérogation sur le fondement d'une nécessité militaire impérative « ne peut être invoquée pour utiliser des biens culturels à des fins qui sont susceptibles de les exposer à la destruction ou à la détérioration » que lorsque et aussi longtemps qu'aucun autre choix n'est possible pour obtenir un avantage militaire équivalent.

À ces conditions, le Deuxième Protocole ajoute une garantie ultérieure, à savoir que la décision d'invoquer une nécessité militaire impérative pour justifier une attaque ou l'utilisation d'un bien culturel ne peut être prise que par un officier supérieur (commandant d'une formation égale en importance à un bataillon⁵²). De surcroît, en cas d'attaque, celui-ci est tenu de donner un avertissement à l'adversaire « en temps utile et par des moyens efficaces, lorsque les circonstances le permettent ».

Le nouveau système de la « protection renforcée »

À côté de la protection générale, le chapitre 3 du Deuxième Protocole prévoit un nouveau régime de « protection renforcée », appelé à remplacer l'ancienne « protection spéciale » prévue par la Convention de La Haye de 1954, dont on a constaté plus haut l'échec⁵³.

⁵¹ Cette disposition semble donc donner une réponse aux auteurs qui se posaient la question de savoir quel était le sens du terme « impérative ». Selon l'article 6 du Deuxième Protocole, une nécessité militaire est impérative s'« il n'existe pas d'autre solution possible ». Comme l'affirme Henckaerts [*op. cit.* (note 22), p. 35]: « Cela signifie que si l'on a le choix entre plusieurs objectifs militaires et l'un d'entre eux est un bien culturel, celui-ci ne doit pas être attaqué. »

⁵² Il faut toutefois remarquer que l'article 6, alinéa c, ajoute à la fin « ou par une formation de taille plus petite lorsque les circonstances ne permettent pas de procéder autrement ». Cette adjonction est particulièrement malheureuse, car elle semble faire entrer par la fenêtre ce qui avait été chassé par la porte.

⁵³ Cf. *Supra*, note 12.

La revitalisation du système de la protection spéciale a été l'un des thèmes centraux du processus de réexamen. Toutefois, étant donné que le Deuxième Protocole est additionnel à la Convention et ne l'amende pas, il n'était pas possible de modifier le fonctionnement de ce système. Il a donc fallu en prévoir un nouveau qui a été baptisé d'un nom nouveau, car l'utilisation de l'ancien aurait impliqué un amendement du système existant.

Le régime de la «protection renforcée» est appelé à s'appliquer aux biens culturels inscrits sur une liste – la Liste des biens culturels sous protection renforcée – qui sera gérée par un organe intergouvernemental, le Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

Les critères prévus pour l'inscription sur la Liste sont moins restrictifs que ceux du Registre international des biens culturels sous protection spéciale. Plus particulièrement, pour être placés sous protection renforcée, les biens culturels doivent satisfaire aux trois conditions mentionnées à l'article 10, à savoir: 1) être de la plus haute importance pour l'humanité; 2) être déjà protégés par des mesures internes qui en reconnaissent la valeur culturelle et historique exceptionnelle et qui garantissent le plus haut niveau de protection; et enfin 3) ne pas être utilisés à des fins militaires ou pour protéger des sites militaires. Ces trois conditions sont cumulatives⁵⁴.

Il convient d'observer que la décision d'octroyer ou de refuser la protection renforcée appartient au Comité⁵⁵ et ne peut se fonder que sur les critères mentionnés⁵⁶. La possibilité de s'opposer à une inscription a d'ailleurs été fortement limitée⁵⁷. En outre, le Comité pourra intervenir afin d'inviter

⁵⁴ Disparaît ici le critère de la distance d'un objectif militaire possible, qui était l'un des critères prévus pour l'inscription au Registre.

⁵⁵ Articles 11 et 27, paragraphe 1, du Deuxième Protocole. C'est là le trait qui différencie le plus la protection renforcée de la protection spéciale. Tandis que la première fait l'objet d'une décision du Comité, la seconde est accordée aux biens qui sont inscrits au Registre par le directeur général de l'UNESCO. Cependant, cette dernière procédure est assez lourde et compliquée et présente le risque de se heurter à l'opposition d'autres États parties, ce qui rend vain tout effort d'inscription. Le système adopté dans le Deuxième Protocole s'inspire de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Paris, le 16 novembre 1972) (ci-après dénommée «Convention du patrimoine mondial»), dans Jan A. Konopka (éd.), *La protection des biens culturels en temps de guerre et de paix d'après les conventions internationales multilatérales*, Imprimerie de Versoix, Genève, 1997, pp. 72-83.

⁵⁶ Article 11, paragraphe 7, du Deuxième Protocole.

⁵⁷ À cet égard, l'article 11, paragraphe 5, prévoit la possibilité pour les Parties de soumettre, dans un délai de soixante jours, des «représentations» relatives aux demandes d'inscription. Notons que l'article 14 du Règlement d'exécution prévoyait la possibilité de «faire opposition à l'inscription». Aux termes du Deuxième Protocole, les autres Parties ne peuvent plus s'opposer à l'inscription, mais peuvent, plus simplement, «soumettre des représentations». Ce n'est pas uniquement une question de langage. Ce qui change, ce sont

un État partie à demander l'inscription d'un bien particulier sur la Liste. Toutes ces mesures visent à encourager les États à demander l'inscription, plutôt qu'à les décourager, comme c'était le cas pour le Registre, de manière que le régime de protection correspondant puisse être effectif.

Une fois inscrits sur la Liste, les biens culturels commencent à jouir d'un régime de protection qui se veut plus élevé à la fois que la protection générale et que l'ancienne protection spéciale⁵⁸. En effet, non seulement le Deuxième Protocole ne prévoit aucune possibilité de dérogation à l'immunité (ici, la clause de la nécessité militaire disparaît), mais encore il définit plus clairement les conditions qui entraînent la perte de la protection renforcée. À cet égard, l'article 13 affirme qu'un bien sous protection renforcée ne perd cette protection que « si et aussi longtemps que le bien, par son utilisation, est devenu un objectif militaire », ce qui signifie que la perte de la protection renforcée est subordonnée au fait que le bien soit utilisé de telle manière qu'il devient un objectif militaire.

Cependant, cela ne suffit pas pour que le bien en question puisse faire l'objet d'une attaque. Même si le bien culturel est devenu un objectif militaire, il ne peut faire l'objet d'une attaque que si celle-ci « est le seul moyen pratiquement possible de mettre fin à [son] utilisation » et « si toutes les précautions possibles ont été prises » afin d'éviter ou, en tout cas, de réduire au minimum les dommages.

aussi les conséquences de ces actes. À la différence de l'inscription au Registre, pour laquelle une opposition constituait une sorte de veto et donc rendait l'inscription impossible, les représentations relatives aux demandes d'inscription sur la Liste font, plus simplement, que la décision du Comité sera prise à une majorité des quatre cinquièmes des membres présents et votants.

58 En ce sens, voir Desch, *op. cit.* (note 18), p. 78. Au contraire, Gioia, *op. cit.* (note 6), p. 96, considère que la distinction entre protection générale et protection renforcée semble, encore une fois, quelque peu artificielle. Ce dernier auteur semble avoir changé d'avis récemment, cf. Gioia, *op. cit.* (note 18), pp. 41-47. À ce sujet, il faut signaler que Henckaerts [*op. cit.* (note 22), p. 45] est critique quant à l'idée que les biens culturels sous protection générale et les biens sous protection renforcée jouissent d'un niveau de protection différent. « En fait – affirme-t-il – il n'existe pas de niveaux de protection plus ou moins élevés. La protection de base est la même. » Toutefois, nous ne saurions suivre son raisonnement. En fait, s'il est vrai, comme il le dit, que l'essence du système de la protection renforcée porte sur une certaine forme de « protection certifiée », il y a là déjà suffisamment de matière pour affirmer que le niveau de protection est plus élevé. L'auteur a peut-être raison d'affirmer qu'en dernière analyse, un bien est protégé ou ne l'est pas ; cependant, c'est justement l'existence de certaines conditions supplémentaires (ne serait-ce que la certification) qui augmente l'assurance contre une éventuelle attaque, et garantit en conséquence un niveau plus élevé de protection. Signalons, par ailleurs, que l'idée avancée par ce dernier auteur, selon laquelle la protection renforcée ne serait qu'une forme de « protection certifiée », n'est pas confortée par les autres dispositions du Deuxième Protocole. Une telle « certification » aurait en effet demandé la mise en place d'un système de contrôle international, de surveillance et d'inspection qui fait ici défaut.

Il convient d'ajouter à cela que l'ordre d'attaquer doit provenir du niveau le plus élevé du commandement opérationnel; qu'un avertissement doit être donné aux forces adverses, leur enjoignant de mettre fin à l'utilisation du bien; et, enfin, qu'un délai raisonnable doit être accordé à ces dernières pour redresser la situation.

Il faut d'ailleurs observer que faire d'un bien culturel sous protection renforcée l'objet d'une attaque, ou l'utiliser à l'appui d'une action militaire, constitue une violation grave du Deuxième Protocole, ce qui entraîne, comme nous le verrons, la responsabilité pénale des individus auteurs de la violation⁵⁹.

La prévision d'un cadre institutionnel

Afin d'assurer une mise en œuvre efficace de ses dispositions et un engagement plus fort de la part des États parties, le Deuxième Protocole prévoit la création d'un cadre institutionnel appelé à compléter le système de mise en œuvre de la Convention de La Haye de 1954.

À côté des organes traditionnels de l'UNESCO (Secrétariat et directeur général), le chapitre 6 du Deuxième Protocole prévoit un Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, un Fonds pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et une Réunion des Parties.

- Le Comité pour la protection de biens culturels (le Comité)⁶⁰ constitue l'une des nouveautés les plus importantes du Deuxième Protocole et l'accomplissement d'un projet dont on parlait depuis des années. Il s'agit d'un organe intergouvernemental, inspiré du Comité du patrimoine mondial⁶¹, composé des représentants des 12 Parties élues par la Réunion des Parties pour une durée de quatre ans et immédiatement rééligibles une seule fois.

Le Comité se réunit en session ordinaire une fois par an et, chaque fois qu'il le juge nécessaire, en session extraordinaire, afin d'exercer ses attributions, à savoir: a) élaborer des Principes directeurs pour l'application du Protocole; b) accorder, suspendre ou retirer la protection renforcée à des biens culturels, et établir, tenir à jour et assurer la promotion de la Liste des biens culturels sous protection renforcée; c) suivre et superviser l'application

⁵⁹ Article 15, paragraphe 1, lettres (a) et (b), du Deuxième Protocole de 1999.

⁶⁰ Articles 24 à 28 du Deuxième Protocole.

⁶¹ Le Comité du patrimoine mondial est un organe intergouvernemental *ad hoc* établi conformément à l'article 8 de la Convention du patrimoine mondial.

du Protocole; d) examiner les rapports des Parties et établir un rapport sur l'application du Protocole; e) recevoir et examiner les demandes d'assistance internationale⁶²; f) décider de l'utilisation du Fonds; et g) exercer toute autre attribution qui pourrait lui être conférée par la Réunion des Parties.

Cela faisant, le Comité agit en coopération avec le directeur général de l'UNESCO ainsi qu'avec les organisations gouvernementales et non gouvernementales internationales et nationales compétentes. À cet égard, le Comité peut inviter à participer à ses réunions à titre consultatif des « organisations professionnelles éminentes » telles que le Comité international du Bouclier bleu et ses organes constitutifs⁶³, le Centre international d'études pour la conservation et la restauration des biens culturels (ICCROM – Rome) et le CICR. Dans l'exercice de ses fonctions, le Comité est assisté par le Secrétariat de l'UNESCO qui établit sa documentation, l'ordre du jour de ses réunions et assure l'exécution de ses décisions.

- Le Fonds pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (le Fonds)⁶⁴ s'inspire, lui aussi, de la Convention du patrimoine mondial, et vise à accorder une assistance financière ou autre pour soutenir les mesures préparatoires et autres mesures à prendre en temps de paix, ou pour soutenir des mesures d'urgence, des mesures provisoires ou toute autre mesure de protection en période de conflit armé ou de rétablissement aussitôt après la fin des hostilités. Les ressources du Fonds sont constituées en fonds de dépôt conformément aux dispositions du règlement financier de l'UNESCO. Toutefois, contrairement au Fonds pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel⁶⁵, elles sont composées des contributions volontaires des Parties et

⁶² Aux termes de l'article 32 du Deuxième Protocole, les Parties peuvent demander au Comité une assistance internationale en faveur des biens culturels sous protection renforcée, ainsi qu'une assistance pour l'élaboration, la mise au point ou l'application des lois, des dispositions administratives et des mesures visant des biens de valeur culturelle ou historique exceptionnelle.

⁶³ Le Comité international du Bouclier Bleu est une organisation non gouvernementale fondée en 1996 et constituée de quatre membres: le Conseil international des monuments et des sites (ICOMOS), le Conseil international des musées (ICOM), le Conseil international des archives (CIA), et la Fédération internationale des associations des bibliothécaires et des bibliothèques (IFLA). Inspiré de l'action du CICR, son objectif est de devenir la véritable « Croix-Rouge des monuments ».

⁶⁴ Article 29 du Deuxième Protocole.

⁶⁵ Le Fonds du patrimoine mondial a été créé et fonctionne conformément au chapitre IV (articles 15 à 18) de la Convention du patrimoine mondial. Les ressources du Fonds du patrimoine mondial sont constituées par des contributions obligatoires ou volontaires des États parties et par des versements, dons ou legs effectués par d'autres États, organisations internationales, organismes publics ou privés et particuliers. Le Fonds créé par le Deuxième Protocole ne prévoit pas de contributions obligatoires pour les Parties.

des contributions, dons ou legs d'autres États, organisations internationales ou non gouvernementales, organismes publics ou privés, etc.

- La Réunion des Parties⁶⁶, convoquée tous les deux ans, en même temps que la Conférence générale de l'UNESCO, et en coordination avec la Réunion des Hautes Parties contractantes⁶⁷ (si celle-ci est convoquée par le directeur général⁶⁸), constitue l'organe de garantie de la mise en œuvre du Deuxième Protocole.

Parmi ses attributions, la Réunion des Parties: a) élit les membres du Comité; b) approuve les Principes directeurs élaborés par le Comité; c) fournit des orientations concernant l'utilisation du Fonds par le Comité et en assure la supervision; d) examine le rapport sur l'application du Deuxième Protocole établi par le Comité, et e) examine tout problème lié à l'application du Protocole et formule, le cas échéant, des recommandations.

La responsabilité pénale individuelle et la responsabilité des États

Responsabilité pénale et compétence

L'un des aspects, sans doute les plus novateurs du Deuxième Protocole, est représenté par la criminalisation de certains comportements (qualifiés de « violations graves ») et la mise en place d'un système de répression des violations⁶⁹. Il convient de rappeler que la Conférence de La Haye de 1954 avait assigné à

⁶⁶ Article 23 du Deuxième Protocole.

⁶⁷ La Réunion des Hautes Parties contractantes est prévue par l'article 27 de la Convention de La Haye de 1954. Dans l'esprit des rédacteurs de la Convention, la Réunion devait représenter un organe de coopération internationale ainsi qu'un organe d'étude des problèmes de l'application de la Convention. Sa fonction était donc de garantir la mise en œuvre de la Convention. Pour cette raison, la Conférence intergouvernementale de La Haye de 1954 avait adopté une résolution (la Résolution III) émettant le vœu qu'une Réunion des Hautes Parties contractantes soit convoquée « aussitôt que possible après l'entrée en vigueur de la Convention ». Il convient cependant de remarquer que la première Réunion n'a eu lieu qu'en 1962, et qu'il a fallu attendre jusqu'en 1995 pour qu'une deuxième soit convoquée. Depuis, des Réunions des Hautes Parties contractantes ont eu lieu tous les deux ans, en même temps que la Conférence générale de l'UNESCO (1997, 1999 et 2001).

⁶⁸ Aux termes de l'article 27, paragraphe 1, de la Convention de La Haye de 1954, deux modes de convocation des Réunions des Hautes Parties contractantes sont prévus: 1) le directeur général de l'UNESCO « peut » convoquer des Réunions, mais seulement après avoir obtenu l'approbation du Conseil exécutif; 2) le directeur général est « tenu » de convoquer la Réunion si un cinquième des Hautes Parties contractantes le demande.

⁶⁹ Sur ces questions, voir M. Cherif Bassiouni et James A. R. Nafziger, « Protection of cultural property », dans M. Cherif Bassiouni (éd.), *International Criminal Law*, 2nd Edition, Vol. I: Crimes, Transnational Publishers Inc., Ardsley/New York, 1999, pp. 957-960; Henckaerts, *op. cit.* (note 22), pp. 49-53 et Pignatelli y Meca, « El Segundo Protocolo », *op. cit.* (note 18), pp. 406-424; Abtahi, *op. cit.* (note 14), pp. 1-29.

cette question une place modeste. Selon la Convention, la destruction et le pillage de biens culturels, l'utilisation abusive du signe distinctif, l'agression, le vol, ainsi que toute forme de menace dirigée contre le personnel affecté à la protection des biens culturels sont passibles de sanctions. Mais à la différence du projet initial, dans lequel un chapitre entier portait sur les sanctions, le texte final ne comprend à ce sujet qu'une disposition très sommaire et générale, l'article 28, qui consacre néanmoins la responsabilité pénale individuelle⁷⁰. Aux termes de cette disposition, qui reprend les articles 49/50/129/146 des Conventions de Genève de 1949, les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre, dans le cadre de leur droit interne, toutes les mesures nécessaires (préventives et répressives) « pour que soient recherchées et frappées de sanctions pénales ou disciplinaires » toutes les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont commis ou donné l'ordre de commettre une infraction à la Convention⁷¹.

Notons qu'il ne s'agit pas d'une obligation de poursuivre et de punir les auteurs des infractions, mais plus simplement de prendre « toutes les mesures nécessaires » à cette fin. D'ailleurs, la Convention n'indique pas quelles sont ces mesures, ni quand elles doivent être prises, mais laisse aux Hautes Parties contractantes une grande marge d'appréciation. Naturellement, il serait préférable que toutes les mesures nécessaires soient prises dès le temps de paix.

En outre, il faut observer que la Convention de La Haye de 1954, contrairement aux Conventions de Genève de 1949, ne contient pas une liste d'infractions graves⁷². Une telle liste avait été établie pendant les travaux préparatoires, mais elle s'est heurtée à l'opposition de quelques pays⁷³, de sorte que la

⁷⁰ Voir James A. R. Nafziger, « International penal aspects of protecting cultural property », *International Lawyer*, Vol. 19, 1985, pp. 835-852 et M. Cherif Bassiouni, « Reflections on criminal jurisdiction in the international protection of cultural property », *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 10, 1983, pp. 281-322.

⁷¹ La Convention de La Haye de 1954 prévoit la responsabilité de toute personne ayant enfreint ses dispositions : directement, en commettant personnellement des infractions, ou indirectement, en donnant l'ordre de les commettre. Il faut remarquer que le terme « infraction » a été préféré à celui de « crime ». Le terme « infraction », plus large, s'entend de toutes les violations de la Convention et non pas seulement des violations les plus graves. D'ailleurs, malgré le libellé du texte, qui dit « qui ont commis » ou « ont donné ordre de commettre », on entend par « infraction » aussi bien les actions que les omissions.

⁷² Signalons que pour réaliser l'universalité et l'uniformité de la législation pénale en la matière, les États parties à la Convention pourraient adopter, éventuellement dans le cadre d'une Réunion des Hautes Parties contractantes, une loi-type, de telle sorte que la culpabilité des personnes accusées soit toujours appréciée de la même manière. Pour une liste d'infractions élaborée par la doctrine, voir Stanislaw E. Nahlik, « Des crimes contre les biens culturels », *Annuaire de l'A.A.A.*, Vol. 29, 1959, pp. 14-27. Sur le sujet, voir également Toman, *op. cit.* (note 6), pp. 316-325.

⁷³ Voir en particulier l'opposition du représentant des États-Unis. Sur ce point Stavrakis, *op. cit.* (note 6), p. 191.

Conférence, afin d'aboutir à l'universalité de la Convention, a jugé préférable de retirer la liste. Partant, la tâche d'identifier les infractions et de prévoir des sanctions adéquates a été laissée au droit interne des Hautes Parties contractantes⁷⁴.

Il n'est donc pas étonnant que cette question ait fait l'objet d'une profonde réflexion pendant les travaux de la Conférence diplomatique de La Haye de 1999. Signalons que les rédacteurs étaient partagés entre deux positions. Des États proposaient de s'en tenir aux solutions indiquées dans l'article 85 du Protocole additionnel I⁷⁵, tandis que d'autres favorisaient une approche plus en ligne avec les développements les plus récents du droit humanitaire et du droit pénal international⁷⁶. C'est cette dernière approche qui a été finalement retenue.

C'est ainsi que le chapitre 4 du Deuxième Protocole, intitulé «responsabilité et compétence», complète les dispositions de la Convention de La Haye de 1954 en prévoyant une distinction entre deux catégories d'infractions: les violations graves (article 15) et les autres infractions (article 21).

En ce qui concerne les premières, en s'appuyant à la fois sur le Protocole additionnel I et sur le Statut de la Cour pénale internationale, l'article 15, paragraphe 1, définit cinq infractions qui constituent des «violations graves» lorsqu'elles sont commises intentionnellement et en violation de la Convention de La Haye de 1954 et du Deuxième Protocole. Ces infractions sont notamment les suivantes:

- a) faire d'un bien culturel sous protection renforcée l'objet d'une attaque;
- b) utiliser un bien sous protection renforcée ou ses abords immédiats à l'appui d'une action militaire;
- c) détruire ou s'approprier sur une grande échelle des biens protégés par la Convention de La Haye de 1954 et le Deuxième Protocole;
- d) faire d'un bien culturel couvert par la Convention de La Haye de 1954 et le Deuxième Protocole l'objet d'une attaque; et
- e) le vol, le pillage et le détournement et les actes de vandalisme dirigés contre les biens culturels protégés par la Convention de La Haye de 1954.

⁷⁴ Sur le plan pratique, très peu d'États donnent, dans leurs rapports périodiques à l'UNESCO, des informations concernant les dispositions de leur droit pénal en la matière. Il suffit de voir le document UNESCO, *Rapports de 1995, op. cit.* (note 2), *passim*. Il convient, par ailleurs, de noter que très peu d'États ont adopté une législation adéquate en vue de la mise en œuvre de la Convention. On peut donc considérer comme une exception le cas de la Suisse, qui a adopté une loi d'application de la Convention très détaillée. Cf. Loi fédérale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 6 octobre 1966. Le chapitre VII de cette loi (articles 26 à 31) est consacré aux dispositions pénales.

⁷⁵ Plus particulièrement, une référence a été faite à l'article 85, paragraphe 4, lettre d).

⁷⁶ À cet égard, les comptes rendus de la Conférence diplomatique de La Haye de 1999 font référence au Statut de la Cour pénale internationale, ainsi qu'à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997.

Les Parties s'engagent à adopter toutes les mesures nécessaires pour que ces cinq violations figurent dans leur droit interne en tant qu'infractions pénales (criminalisation des infractions) et pour qu'elles soient réprimées par des peines appropriées (répression)⁷⁷.

Il convient toutefois de remarquer que les violations graves ainsi envisagées n'entraînent pas toutes les mêmes conséquences. En effet, il est possible de distinguer deux catégories de «violations graves» sur la base des conséquences qu'elles entraînent. Les trois premières, correspondant aux «infractions graves» aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole additionnel I, forment une catégorie qu'on pourrait qualifier de «violations gravissimes», étant donné qu'elles entraînent l'obligation, pour les Parties, de poursuivre ou d'extrader (*aut dedere aut iudicare*) toute personne accusée de les avoir commises, en application du principe de la compétence universelle obligatoire⁷⁸.

Ce dernier point est particulièrement important, puisque, face à de telles violations, les Parties doivent faire en sorte que leur compétence s'exerce non seulement lorsque l'infraction est commise sur leur territoire ou que l'auteur présumé est un de leurs ressortissants, mais aussi lorsque l'infraction a été commise ailleurs par un ressortissant d'un autre pays. Dès lors que la personne accusée d'avoir commis la violation se trouve sur leur territoire, elles sont tenues de faire jouer leur compétence pour la juger ou l'extrader⁷⁹.

Il faut néanmoins signaler qu'à la demande des États-Unis, une exception a été introduite, suivant laquelle les ressortissants des États qui ne sont

⁷⁷ Article 15, paragraphe 2, du Deuxième Protocole. Il faut souligner que le paragraphe en question, après avoir mentionné l'engagement cité, affirme : «Ce faisant, les Parties se conforment aux principes généraux du droit et au droit international, notamment aux règles qui étendent la responsabilité pénale individuelle à des personnes autres que les auteurs directs de l'acte.» C'est toute la question de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques ou des complices, de la défense des accusés, etc. Pendant les travaux préparatoires, une proposition avait été faite d'insérer des règles spécifiques à cet égard. Cependant, la majorité des délégations a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'insérer dans le Deuxième Protocole un «mini-code pénal», avec tout le risque de superposition avec les instruments internationaux pertinents, tels que le Statut de la Cour pénale internationale ou le Protocole additionnel I, et qu'il était préférable de se limiter à renvoyer aux principes et règles pertinents du droit international. Cf. Henckaerts, *op. cit.* (note 22), p. 50; Desch, *op. cit.* (note 18), p.80; Pignatelli y Meca, «El Segundo Protocolo», *op. cit.* (note 18), pp. 413-416. Sur les principes généraux régissant la responsabilité pénale internationale, voir Nasser Zakr, «La portée de la responsabilité pénale individuelle dans le droit international», *Revue suisse de droit international et européen*, Vol. 12, 2002, pp. 35-56.

⁷⁸ Comme il ressort d'une lecture combinée des articles 15, paragraphe 1, et 17, paragraphe 1, du Deuxième Protocole.

⁷⁹ Les dispositions du Deuxième Protocole de 1999 relatives à la compétence ne préjugent pas la possibilité d'encourir la responsabilité pénale internationale, par exemple, en application du Statut de la Cour pénale internationale. Voir à cet égard l'article 16, paragraphe 2, lettre a), du Deuxième Protocole.

pas Parties au Deuxième Protocole n'encourent pas de responsabilité pénale individuelle en vertu du Protocole et sont exclus du régime de la compétence universelle obligatoire⁸⁰. Le Deuxième Protocole ne peut donc constituer la base juridique pour l'exercice de la compétence. Au contraire, il l'exclut. Naturellement, cela n'empêche pas les Parties d'exercer leur compétence sur la base de leur droit interne ou de toute autre règle de droit international applicable, y compris du droit international coutumier⁸¹.

Les deux autres violations graves, quant à elles, ont été ajoutées à la liste parce qu'il s'agit d'infractions qualifiées de crimes de guerre dans le Statut de la Cour pénale internationale. Cependant, elles n'entraînent pas les mêmes conséquences que les trois premières violations et les Parties ne sont tenues de les réprimer par des sanctions pénales que lorsqu'elles ont été commises sur leur territoire ou lorsque l'auteur présumé est un de leurs ressortissants. Lorsque la violation a été commise ailleurs, par un ressortissant d'un autre pays, c'est le principe de la compétence universelle facultative qui prévaut, ce qui signifie que tout État est compétent pour juger de telles violations, mais n'est pas obligé de le faire.

À côté des violations graves et gravissimes, il y a les «autres infractions» qui ne comportent pas nécessairement une responsabilité pénale⁸². Pour ces infractions, l'article 21 du Deuxième Protocole prévoit simplement que, sans préjudice de l'article 28 de la Convention de La Haye de 1954, chaque Partie adopte les mesures législatives, administratives ou disciplinaires qui pourraient être nécessaires pour les faire cesser⁸³.

La responsabilité des États

Bien que la Convention de La Haye de 1954 ne se réfère qu'à la responsabilité pénale des individus, la responsabilité internationale de l'État n'est pas exclue,

⁸⁰ Cf. article 16, paragraphe 2, lettre b), du Deuxième Protocole.

⁸¹ Cf. Henckaerts, *op. cit.* (note 22), p. 52; Pignatelli y Meca, «El Segundo Protocolo», *op. cit.* (note 18), p. 421. Il faut par ailleurs signaler que cette exception est «sans préjudice de l'article 28 de la Convention». Par conséquent, les bases de la compétence peuvent être bien sûr recherchées dans cette disposition.

⁸² Les «autres infractions» énumérées à l'article 21 du Deuxième Protocole sont les actes suivants, lorsqu'ils sont accomplis intentionnellement : a) toute utilisation de biens culturels en violation de la Convention et du Protocole et b) toute exportation, autre déplacement ou transfert de propriété illicites de biens culturels depuis un territoire occupé, en violation de la Convention ou du Protocole.

⁸³ Il est d'ailleurs particulièrement important de souligner que les dispositions relatives à la répression des infractions s'appliquent entièrement tant aux conflits armés internationaux qu'aux conflits armés non internationaux. Il y a néanmoins une petite différence entre les deux situations. Elle concerne le «droit préférentiel» de l'État sur le territoire duquel se produit le conflit armé non international d'exercer sa compétence à l'égard de violations graves commises sur son territoire.

car «c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer»⁸⁴. La Convention renvoie néanmoins cette question au droit international coutumier⁸⁵.

En revanche, le Deuxième Protocole contient une référence explicite à la responsabilité des États. Il s'agit de l'article 38, qui affirme :

«Aucune disposition du présent Protocole relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international, notamment l'obligation de réparation.»

Il convient de rappeler qu'au début du processus de réexamen, une certaine importance avait été attribuée à cette question⁸⁶. Cependant, les États représentés à la Conférence diplomatique ont préféré ne pas aborder directement le sujet, car cela présentait un risque de chevauchement avec les travaux en cours de la Commission du droit international⁸⁷. Il a donc été décidé de se limiter à une référence très générale.

Comme l'a fait observer le délégué du CICR lors de la Conférence, aux termes de l'article 91 du Protocole additionnel I (article 3 de la Convention IV de La Haye de 1907), les États sont responsables de tous les actes commis par les personnes faisant partie de leurs forces armées⁸⁸.

Violations graves et «devoir d'ingérence culturelle»

Le Deuxième Protocole contient également d'autres dispositions intéressantes. En particulier, il y a lieu de mettre en évidence la disposition

⁸⁴ Cf. Cour permanente de justice internationale, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne), arrêt du 13 septembre 1928, C.P.J.I., Série A, N° 17, p. 29. Comme l'affirme l'article 1 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (cf. *infra*, note 87) : «Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale.»

⁸⁵ À cet égard, il faut souligner que la question était traitée dans la Convention IV de La Haye de 1907, dont l'article 3 affirme : «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.» Notons que cette disposition a été reprise textuellement par l'article 91 du Protocole additionnel I de 1977. Cf. Sandoz, Swinarski et Zimmermann (éds.), *op. cit.* (note 47), pp. 1079-1084.

⁸⁶ Il faut signaler que le « Document de Lauswolt révisé » contenait une série de dispositions à ce sujet. Voir en particulier le projet d'article 8 de ce document. Voir également la proposition avancée par le CICR à la Réunion d'experts gouvernementaux de Vienne (11-13 mai 1998). Cf. UNESCO, *Meeting of Governmental (...)*, *op. cit.* (note 21), p. 5.

⁸⁷ Voir le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission du droit international à sa 53^e session (2001), Résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 12 décembre 2001.

⁸⁸ Sandoz, Swinarski et Zimmermann (éds.), *op. cit.* (note 47), pp. 1079-1084. Voir également l'article commun 51/52/131/148 aux quatre Conventions de Genève de 1949.

énoncée à l'article 31 qui, caché sous le titre très peu évocateur de «Coopération internationale», prévoit :

« Dans les cas de violations graves du présent Protocole, les Parties s'engagent à agir, tant conjointement, par l'intermédiaire du Comité, que séparément, en coopération avec l'UNESCO et l'Organisation des Nations Unies et en conformité avec la Charte des Nations Unies. »⁸⁹

Cette disposition est à notre avis très importante, car elle annonce la possibilité d'une sorte d'*actio popularis* lorsque les violations du Deuxième Protocole constituent des «violations graves». Il faut par ailleurs souligner que l'action envisagée n'est pas une simple possibilité offerte aux Parties, mais une obligation. Les Parties sont en effet tenues («s'engagent à agir») de ne pas tolérer que certaines violations de la Convention de La Haye de 1954 et du Deuxième Protocole (les «violations graves» énumérées à l'article 15) puissent avoir lieu.

Or, l'engagement pris dans le cadre du Deuxième Protocole se déploie sur deux niveaux différents et comporte deux types d'actions que les Parties doivent accomplir. Le premier type d'actions concerne les individus responsables de ces violations, et entraîne l'obligation de les poursuivre ou de les extradier (*aut dedere aut iudicare*), selon le système précédemment analysé. Le second se présente sous la forme d'un devoir d'action sur le plan international. Ce dernier aspect est très important puisque l'article 31, dont il est question ici, envisage un véritable devoir d'intervention, ce qu'on pourrait appeler un «devoir d'ingérence culturelle».

L'article 31 ne définit pas l'ampleur ou la nature des actions que les Parties s'engagent à mener en cas de violations graves. Cependant, que ces actions soient déployées conjointement, par l'intermédiaire du Comité, ou menées séparément, en coopération avec l'UNESCO et les Nations Unies, elles doivent être conformes à la Charte des Nations Unies⁹⁰. De telles actions ne sauraient donc, en accord avec l'article 41, paragraphe 1, du Projet d'articles sur la responsabilité, employer des moyens illicites en matière de violations graves découlant de normes impératives du droit international.

⁸⁹ Cette disposition s'inspire de l'article 89 du Protocole additionnel I qui, à son tour reprend, *mutatis mutandis*, le libellé de l'article 56 de la Charte de Nations Unies, visant la coopération au respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en vue d'assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales. Cf. Sandoz, Swinarski et Zimmermann (éds.), *op. cit.* (note 47), pp. 1055-1059. Voir également Lazhar Bouony, «Article 56», dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet (éds.), *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article*, 2^e éd., Economica, Paris, 1991, pp. 887-893.

⁹⁰ Ce qui exclut l'emploi de la force.

À ce propos, on ne saurait passer sous silence la similitude frappante entre les termes employés par la Commission du droit international et ceux de l'article 31 du Deuxième Protocole. Nous croyons ne pas être trop loin de la réalité en affirmant que les rédacteurs de cette disposition ont voulu ainsi souligner la nature impérative ainsi que la valeur *erga omnes* de certaines obligations, ce qui nous paraît l'aboutissement d'une importante évolution.

En guise de conclusion

Le Deuxième Protocole vient d'entrer en vigueur et il nous paraît donc quelque peu prématuré de dresser un bilan, qui ne pourra se faire qu'à la lumière de sa mise en œuvre ultérieure. Nous ne pouvons pour l'instant que constater la nature profondément novatrice de cet instrument, dont l'entrée en vigueur constitue un événement majeur dans l'évolution du régime juridique international de protection des biens culturels en cas de conflit armé. Comme toute œuvre humaine, il n'est pas exempt de lacunes. Le Deuxième Protocole, par exemple, ne contient aucune disposition concernant le signe distinctif⁹¹, et ne prévoit aucun mécanisme d'inspection, qui serait très utile pour concrétiser le régime de la protection renforcée. Par ailleurs, les dispositions finales ne disent rien sur les réserves, lesquelles sont ainsi admises (à moins qu'elles ne soient incompatibles avec l'objet et le but du Protocole), ce qui n'est pas, à proprement parler, une condition idéale⁹².

Le Deuxième Protocole fait néanmoins état de l'importance accrue que la communauté internationale attache aux biens culturels et montre que la protection de ces biens est devenue un objectif de plus en plus important pour le droit international contemporain. Il convient à cet égard de remarquer que l'élaboration d'un cadre juridique constitue un élément essentiel, mais ne suffit pas à elle seule pour la mise en place d'un régime efficace de protection. Il faut encore que les règles en question soient universellement acceptées et que les États parties les mettent en œuvre. Pour cela, il faudra les promouvoir activement si l'on veut qu'elles atteignent leurs objectifs et ne restent pas lettre morte. D'ailleurs, c'est aussi à travers la protection de ces biens que les hommes s'assurent de la protection des valeurs humaines⁹³.

⁹¹ Massimo Carcione, « Il simbolo di protezione del patrimonio culturale: una lacuna del protocollo del 1999 », dans *Uno scudo blu per la salvaguardia del patrimonio mondiale*, *op. cit.* (note 18), pp. 121-130.

⁹² Voir l'article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

⁹³ Stefan Glaser, « La protection internationale des valeurs humaines », *Revue générale de droit international public*, Vol. 60, 1957, pp. 211-241.

Abstract

New prospects for the protection of cultural property in the event of armed conflict: The entry into force of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention

Vittorio Mainetti

Fifty years after the adoption of the 1954 Hague Convention, the entry into force of the Second Protocol is the most recent step forward in the legal protection of cultural property during armed conflicts. The aim of this article is to explain the significance of the new rules introduced by this instrument. Drawn up within the framework of UNESCO, the Second Protocol takes into account major developments in international humanitarian law, international criminal law and cultural heritage law. It significantly reinforces the provisions of the Hague Convention, particularly regarding measures to safeguard and ensure respect for cultural property, provides for a new system of enhanced protection, establishes a new institutional framework, defines serious violations, which entail individual criminal responsibility and the duty upon States Parties to establish jurisdiction over those violations, and, finally, extends the scope of application to non-international armed conflicts.