

## Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire

**Emanuela-Chiara Gillard\***

Emanuela-Chiara Gillard est conseiller juridique au sein de la Division juridique du Comité international de la Croix-Rouge.

### Résumé

*On constate depuis quelques années une augmentation du nombre de sociétés militaires et de sécurité privées (SMP/SSP) actives dans des situations de conflit armé, ainsi qu'une modification de la nature de leurs activités, de plus en plus proches du cœur des opérations militaires et qui les amènent souvent à proximité étroite des personnes protégées par le droit international humanitaire. On affirme souvent que leurs activités se dérouleraient dans un vide juridique. Or, dans des situations de conflit armé, il existe un corpus juridique qui régit aussi bien les activités du personnel des SMP/SSP que les responsabilités des États qui recourent à leurs services. Qui plus est, d'autres États ont aussi un rôle à jouer pour encourager ces sociétés à respecter le droit international humanitaire. Cet article passe en revue les questions juridiques essentielles que soulèvent les activités des SMP/SSP dans des situations de conflit armé, y compris le statut de leur personnel et leurs responsabilités au regard du droit international humanitaire, les responsabilités des États qui les engagent, et celles des États sur le territoire desquels les SMP/SSP interviennent ou sont enregistrées.*

⋮⋮⋮⋮⋮

\* Cet article n'engage que son auteur et ne reflète pas nécessairement la position du CICR. L'auteur tient à remercier Hélène Maillot et Nathalie Weizmann, de la Division juridique du CICR, pour leur concours constant et affable, ainsi que Mario pour sa sagacité.  
Original anglais, « Business goes to war », *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N° 863, September 2006, pp.525-572.

Depuis une quinzaine d'années, des fonctions traditionnellement dévolues aux forces de sécurité ou aux armées des États sont de plus en plus souvent déléguées à des sociétés militaires ou de sécurité privées (SMP ou SSP). Alors que le gros de ces contrats – en termes financiers tout au moins – concernait initialement des tâches d'appui logistique ou administratif, on assiste depuis quelques années à une croissance notable de la participation des SMP/SSP à des tâches de sécurité et à des activités militaires dans des situations de conflit armé. Cette participation comprend la protection de personnes et de biens militaires, l'administration de postes de contrôle, la formation et le conseil des forces armées et de sécurité, la maintenance de systèmes d'armement, l'interrogatoire de suspects ou de prisonniers, la collecte de renseignements, et jusqu'à la participation à des opérations de combat. Les États ne sont pas les seuls clients des SMP/SSP, puisque ces sociétés offrent aussi un éventail de services à d'autres acteurs, dont des entreprises privées, des organisations intergouvernementales internationales et régionales ainsi que des organisations non gouvernementales, souvent dans des situations de conflit armé.

C'est la présence on ne peut plus flagrante des SMP/SSP en Irak depuis 2003 qui a appelé l'attention du public sur leur existence<sup>1</sup>. Si la situation dans le pays a sans aucun doute fourni un terrain fertile à cette branche d'activité, la tendance à une «privatisation de la conduite de la guerre» est indubitablement plus ancienne: on la décèle dès le début des années 1990, voire plus tôt. Elle résulte d'une série de facteurs, au nombre desquels la réduction des effectifs des forces armées nationales après la fin de la guerre froide et leur retrait de leurs «engagements par procura-tion» à l'étranger, ainsi que l'emprise croissante de la pensée libérale sur la gestion des affaires publiques, qui encourage la sous-traitance de fonctions traditionnellement assumées par les États, jusque dans le domaine militaire<sup>2</sup>. Le phénomène

- 1 Il est notoirement difficile d'obtenir des chiffres précis et fiables concernant le nombre de SMP/SSP ou de leurs employés actifs en Irak. Dans son rapport au Congrès en 2005 concernant le recours à des fournisseurs privés en matière de sécurité en Irak, le service de comptabilité du gouvernement des États-Unis cite une évaluation du Ministère de la défense faisant état d'au moins 60 sociétés employant «un nombre de personnes qui pourrait atteindre 25 000». Le rapport 2006 du même service évoque une estimation du directeur de l'Association des sociétés de sécurité d'Irak, selon laquelle «on compte en Irak quelque 181 sociétés de sécurité privées, avec un peu plus de 48 000 employés». *Rebuilding Iraq: Actions Needed to Improve Use of Private Security Providers*, United States Government Accountability Office, Report to Congressional Committees (ci-après, rapport 2005 du Service de comptabilité du gouvernement des États-Unis), juillet 2005, GAO-05-737, p. 8; et *Rebuilding Iraq: Actions Still Needed to Improve Use of Private Security Providers*, United States Government Accountability Office, Testimony before the Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations, Committee on Government Reform, 13 juin 2006, GAO-06-865T, p. 2, respectivement. Un recensement, entrepris par le Ministère de la défense des États-Unis, des entreprises sous-traitantes en Irak, portant sur les ressortissants américains, irakiens et de pays tiers (mais pas sur les sous-traitants) travaillant pour le gouvernement des États-Unis en Irak aboutit au chiffre nettement plus élevé de 100 000 personnes. Renae Marie, «Census counts 100,000 contractors in Iraq», *Washington Post*, 5 décembre 2006.
- 2 Voir, p. ex., Deborah Avant, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, 2005, pp. 30 et suiv.; Caroline Holmqvist, *Private Security Companies: The Case for Regulation*, SIPRI Policy Paper N° 9, janvier 2005, pp. 1 et suiv.; Fred Schreier et Marina Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper N° 6, mars 2005; et Joanna Spear, *Market Forces: The Political Economy of Market Forces*, FAFO Report 531, 2006, pp. 11 et suiv.

a suscité – à juste titre – un intérêt considérable de la part des médias, des débats de spécialistes et (bien plus rarement, il est vrai) des mesures réglementaires et des actions en justice.

Les SMP/SSP soulèvent une kyrielle de questions d'ordre juridique, politique et pratique. Quels sont leurs droits et leurs obligations au regard du droit international? Quels sont les droits et les obligations des États qui les engagent ou sur le territoire desquels elles opèrent? Comment convient-il de réglementer ce secteur d'activité: à l'échelon international, au plan national, ou faut-il tabler sur une autoréglementation<sup>3</sup>? Quelles sont les conséquences de cette érosion apparente du monopole des États sur l'emploi de la force? Les activités des SMP/SSP sapent-elles ou renforcent-elles la maîtrise par les États de l'emploi de la force<sup>4</sup>? Entravent-elles ou soutiennent-elles les efforts de renforcement de l'État et la réforme du secteur de la sécurité dans les États faibles et dans ceux qui émergent d'un conflit armé? Y a-t-il lieu de limiter la sous-traitance des activités gouvernementales dans ce domaine, et si oui de quelle manière? Quels sont les véritables avantages en termes de coût de ce type de sous-traitance<sup>5</sup>? Comment les SMP/SSP peuvent-elles être intégrées aux structures de direction et commandement des forces armées? Quelles sont les conséquences d'un phénomène qui semble brouiller un peu plus encore la distinction entre acteurs militaires et civils<sup>6</sup>? Y a-t-il des circonstances dans lesquelles des organisations humanitaires pourraient recourir à des services de sécurité privés<sup>7</sup>? Enfin et surtout: quel impact (négatif ou positif) les SMP/SSP exercent-elles sur les populations locales? Divers acteurs, dont le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), ont eu à traiter de ces questions, que ce soit de manière théorique ou de façon très immédiate et pratique.

Étant donné la présence croissante de ces protagonistes relativement nouveaux, qui accomplissent tout un éventail de tâches de plus en plus proches du noyau des opérations militaires dans des situations de conflit armé, y compris d'occupation militaire, qui les placent souvent au contact direct de personnes protégées par le droit international humanitaire, le CICR a entamé un dialogue avec ce secteur d'activité et avec les États responsables de leurs opérations. L'objectif est

- 3 Sur la question de la réglementation de ce secteur d'activité, voir entre autres Holmqvist, *op. cit.* (note 2); Kathleen Jennings, *Armed Services: Regulating the Private Military Industry*, FAFO Report 532, 2006; et Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2).
- 4 Sur cette dimension du phénomène, voir Avant, *op. cit.* (note 2); et Anna Leander, *Eroding State Authority? Private Military Companies and the Legitimate Use of Force*, 2006.
- 5 Le rapport 2005 du Service de comptabilité du gouvernement des États-Unis cité plus haut a conclu entre autres que malgré le rôle important que jouent les fournisseurs privés de sécurité pour permettre aux efforts de reconstruction en Irak de se dérouler, ni le Département d'État ni le Département de la défense, ni l'Agence des États-Unis pour le développement international ne disposent de données complètes sur les coûts du recours au secteur privé. Rapport 2005 du Service de comptabilité du gouvernement des États-Unis, *op. cit.* (note 1), pp. 29 et suiv.
- 6 Au sujet des effets des SMP/SSP sur les relations entre civils et militaires, voir par exemple Sami Makki, «Militarisation de l'humanitaire, privatisation du militaire», *Cahier d'Études stratégiques* n° 36-37, CIRPES, juin 2004.
- 7 En ce qui concerne le recours à des services de sécurité privés par des organisations humanitaires, voir par exemple James Cockayne, *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Exploratory Study*, International Peace Academy, mars 2006.

double: favoriser le respect du droit international humanitaire, en veillant à ce que les SMP/SSP et les États concernés soient conscients de leurs obligations, et faire en sorte que les SMP/SSP connaissent et comprennent le mandat du CICR ainsi que ses activités en faveur des personnes touchées par les conflits armés.

Le présent article est centré sur la première de ces dimensions: le cadre juridique applicable aux SMP/SSP actives dans des situations de conflit armé, et en particulier leur place au regard du droit international humanitaire.

Les SMP/SSP ont été très présentes dans les médias au cours des derniers mois; on affirme souvent, aussi bien dans des publications à grand tirage que dans des revues spécialisées, que leurs opérations se déroulent dans un vide juridique<sup>8</sup>. Ces généralisations sont inexactes. Dans une situation de conflit armé, il existe un ensemble de règles de droit qui régissent à la fois les activités du personnel des SMP/SSP<sup>9</sup> et les responsabilités des États qui les engagent, à savoir le droit international humanitaire. Qui plus est, les États sur le territoire desquels ces sociétés agissent, ainsi que les États où elles ont leur siège, ont aussi un rôle important à jouer pour veiller à ce qu'elles respectent le droit.

En cas de violation grave du droit international humanitaire, les responsabilités du personnel des SMP/SSP et des États qui recourent à leurs services sont bien définies, même s'il est vrai que des difficultés ont pu se poser, dans la pratique, pour tenter des poursuites en cas de violation.

Il n'en reste pas moins que rares sont les dispositions juridiques concernant la supervision nationale ou internationale des services que peuvent fournir les SMP/SSP et des éventuelles procédures administratives qu'elles doivent respecter pour être autorisées à opérer. Il n'existe pour l'instant aucune réglementation internationale en la matière. Seuls une poignée d'États ont adopté une législation *spécifique* établissant des procédures que doivent respecter les SMP/SSP sises sur leur territoire afin d'être autorisées à opérer à l'étranger. L'exemple le plus connu est la loi dont s'est dotée l'Afrique du Sud en 1998 sur la réglementation de l'assistance militaire à l'étranger. Les États qui traitent de ces prestations de services par l'intermédiaire de la législation sur le contrôle des exportations (autre moyen possible d'assurer une certaine surveillance) sont extrêmement rares<sup>10</sup>. Ils ne sont pas plus nombreux à réglementer spécifiquement

8 Voir par exemple Peter Singer, «War, profits and the vacuum of law: Privatized military firms and international law», *Columbia Journal of Transnational Law*, N° 42, 2004, p. 521; Clive Walker et Dave Whyte, «Contracting out war? Private military companies, law and regulation in the United Kingdom», *International and Comparative Law Quarterly*, N° 54, 2005, p. 687; et, plus récemment, «CICR: les mercenaires permettent aux États de contourner la loi», *Tribune de Genève*, 20 octobre 2006.

9 Nous utilisons indifféremment dans le présent article les termes «personnel» et «employés» des SMP/SSP pour désigner, de manière générale, toutes les personnes travaillant pour de telles sociétés, qu'elles soient employées de manière permanente, engagées pour une tâche précise, sous-traitants, ressortissants des États où opère la société ou «expatriés». Les cadres et les dirigeants de ces sociétés sont aussi inclus.

10 Le règlement des États-Unis sur le trafic international d'armements (International Traffic in Arms Regulations – ITAR), texte d'application de la loi de 1968 sur le contrôle des exportations d'armements, est l'un des rares exemples de législation nationale sur les exportations qui couvre la fourniture de certains services militaires et de sécurité à l'étranger. Le règlement exige que les entreprises américaines qui offrent des services de défense – y compris la formation à des États étrangers – s'enregistrent et obtiennent une licence du Département d'État des États-Unis. Voir Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2), pp. 105 et suiv.

la fourniture de services militaires ou de sécurité par des entreprises opérant sur leur territoire<sup>11</sup>.

Nous examinerons dans le présent article les questions juridiques essentielles soulevées par les SMP/SSP opérant dans des situations de conflit armé, y compris le statut du personnel de ces sociétés et ses responsabilités au regard du droit international humanitaire, les responsabilités des États qui font appel à leurs services, et les responsabilités des États sur le territoire desquels les SMP/SSP sont enregistrées ou opèrent.

Relevons, pour commencer, que le droit international humanitaire ne traite pas de la légalité ni de la légitimité des SMP/SSP en soi, et pas davantage de la possibilité, pour des États, d'engager de tels organismes pour réaliser des activités précises. Ce que réglemente en revanche le droit international humanitaire, c'est le comportement des entités de ce type lorsqu'elles opèrent dans des situations de conflit armé, conformément à l'esprit du droit international humanitaire en général, qui ne traite pas de la licéité du recours à la force armée, mais qui réglemente la *manière* dont les hostilités sont conduites. Ce droit ne se prononce donc pas sur la légitimité des groupes armés organisés, mais il régit la *manière* dont ils doivent combattre.

Cet article présente exclusivement la situation au regard du droit international humanitaire. Il existe divers autres corpus de règles de droit international public pertinents en ce qui concerne ce phénomène, y compris les règles relatives au recours à la force et les règles sur la responsabilité des États à l'égard d'actes illégaux aux termes du droit international<sup>12</sup>, sans oublier, bien entendu, le droit des droits de l'homme<sup>13</sup>. Les lois nationales des États d'origine des SMP/SSP, de leur personnel et de leurs clients, ainsi que la législation des États où opèrent ces sociétés, jouent aussi un rôle clé pour réglementer les activités des SMP/SSP et pour définir des mécanismes permettant d'appliquer la loi.

Avant d'entamer l'analyse juridique, il convient de faire une remarque liminaire au sujet des termes employés. Il n'existe pas actuellement de définition

- 11 À l'heure actuelle, seuls l'Irak et la Sierra Leone sont dotés d'une législation régissant spécifiquement la fourniture de services militaires ou de sécurité sur leur territoire. La loi irakienne a été adoptée par l'Autorité provisoire de la Coalition en 2004 et elle est actuellement en cours de révision (CPA Memorandum 17: Registration Requirements for Private Security Companies, 26 juin 2004). Le règlement de la Sierra Leone figure au chapitre 19 de la loi de 2002 sur la sécurité nationale et le renseignement central.
- 12 Voir sur ce thème le rapport de la réunion d'experts organisée les 29 et 30 août 2005 par le Centre universitaire de droit international humanitaire: *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their actions*, disponible sur Internet à l'adresse [www.cudih.org/communication/compannies\\_privées\\_sécurité\\_rapport.pdf](http://www.cudih.org/communication/compannies_privées_sécurité_rapport.pdf)
- 13 Sur la dimension des droits de l'homme, voir par exemple Cordula Droegge, «Private military and security companies and human rights: A rough sketch of the legal framework», document de référence préparé pour la réunion d'experts gouvernementaux organisée les 16 et 17 janvier 2006 par le Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, disponible à l'adresse <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/humlaw/pse/psechi.html>; Françoise Hampson, «The implications of human rights law», document de référence préparé pour la réunion d'experts gouvernementaux organisée les 13 et 14 novembre 2006 par le Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, disponible à l'adresse <http://www.eda.admin.ch/psc>; et Alexis Kontos, «Private security guards: Privatized force and state responsibility under international human rights law», *Non-State Actors and International Law*, Vol. 4, N° 3, 2004, p. 199.

largement acceptée de ce qu'il faut entendre par «société militaire privée» ou «société de sécurité privée». Cette question essentielle de la définition a donné lieu à diverses démarches chez les auteurs qui ont abordé ces questions. Certains, comme Singer, l'auteur de la première analyse complète de cette branche d'activité, font une distinction entre les sociétés sur la base des services qu'elles offrent<sup>14</sup>; d'autres préfèrent adopter des termes délibérément généraux<sup>15</sup>.

Comme le relève Holmqvist, la classification des sociétés en fonction de leur proximité matérielle du front donne une image trompeuse de leur influence potentielle sur les plans stratégique et tactique; en effet, le fait de dispenser une formation ou des conseils techniques peut avoir un impact très important sur les hostilités<sup>16</sup>. Qui plus est, il semble bien qu'en réalité, de nombreuses sociétés offrent un large éventail de services<sup>17</sup>. Certains sont de toute évidence très éloignés du champ de bataille et ne relèvent pas – pour recourir à une notion clé au regard du droit international humanitaire – de la participation directe aux hostilités. D'autres, en revanche, sont bien plus proches du cœur des opérations de combat. C'est la raison pour laquelle nous ne proposons pas, dans le présent article, de définition d'une «société militaire privée» ni d'une «société de sécurité privée», ni de classification de ces entités. Nous préférons recourir à l'expression, délibérément vague et générique, de «société militaire ou de sécurité privée» (SMP/SSP) pour couvrir les sociétés fournissant toute forme de service militaire ou de sécurité dans des situations de conflit armé.

Cette méthode reflète le fait qu'aux fins du droit international humanitaire, ce n'est pas l'appellation donnée à une partie qui détermine ses responsabilités, mais bien la nature de ses activités.

La première partie de cet article décrit le statut du personnel des SMP/SSP au regard du droit international humanitaire; la deuxième partie analyse leurs responsabilités et le rôle de ces sociétés en ce qui concerne la promotion de ce droit; la troisième partie aborde les responsabilités des États qui engagent les SMP/SSP, tandis que la quatrième partie traite des responsabilités des autres États, principalement les États où ces sociétés sont enregistrées et les États sur le territoire desquels elles opèrent. La cinquième partie, enfin, traite de la question des mercenaires. Bien qu'il s'agisse d'un sujet différent, nous avons jugé nécessaire de l'aborder ici, puisque les débats sur les SMP/SSP commencent souvent par la question de savoir si leurs employés sont des mercenaires.

14 La classification des sociétés proposée par Singer repose sur la métaphore militaire de la «pointe de la baïonnette» dans l'espace du combat, où cette pointe représente la ligne de front. Il classe les sociétés en trois groupes, selon les services qu'elles fournissent et le niveau de force qu'elles sont disposées à employer: sociétés militaires fournisseuses, sociétés militaires de conseil et sociétés militaires d'appui. Le premier type d'entreprise fournit des services sur le front, le deuxième offre surtout des services de conseil et de formation, tandis que le troisième type est utilisé pour fournir une «assistance et une aide non létale», y compris des tâches logistiques, comme l'alimentation et le logement des troupes. Peter Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, 2003, pp. 91 et suiv.

15 Ainsi, Cockayne parle de «fournisseurs commerciaux dans le secteur de la sécurité», tandis que Avant et Holmqvist recourent à l'expression «société privée de sécurité».

16 Holmqvist, *op. cit.* (note 2), p. 5.

17 On trouvera une description de l'éventail des services fournis par ce secteur d'activité dans Arvant, *op. cit.* (note 2), pp. 7 à 22, et dans Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2), pp. 14 à 42.

## Le statut du personnel des sociétés militaires ou de sécurité privées au regard du droit international humanitaire

On affirme parfois que les SMP/SSP n'ont aucun statut au regard du droit international, ce qui aurait pour conséquence implicite que ni les sociétés, ni leur personnel, n'auraient d'obligation juridique. Du point de vue du droit international humanitaire, une telle affirmation est trompeuse. Si les sociétés elles-mêmes n'ont ni statut, ni obligations en droit international humanitaire – puisque cette branche du droit ne régit pas le statut des personnes morales –, tel n'est pas le cas de leurs employés, même si aucun traité ne les mentionne spécifiquement. Il est vrai qu'en matière de statut, il n'y a pas de réponse simple, applicable à l'ensemble des employés des SMP/SSP, puisque tout dépend de la nature de la relation qu'ils peuvent avoir avec un État et du type d'activités qu'ils effectuent. Le statut doit donc être déterminé au cas par cas. En revanche, le droit international humanitaire contient des critères pour définir ce statut, ainsi que des droits et des obligations précis qui en découlent.

### Mercenaires?

Les discussions sur les SMP/SSP se focalisent souvent, ou tout au moins s'ouvrent, sur la question politiquement délicate de savoir si leurs employés sont des mercenaires. Bien qu'elle ne soit pas essentielle pour le droit international humanitaire, cette question attire inévitablement beaucoup d'attention, et crée aussi une certaine confusion. Pour donner sa place à ce débat, et pour couvrir l'ensemble des aspects du problème, nous aborderons dans la cinquième partie du présent article la place des mercenaires au regard du droit international humanitaire et les deux conventions spécialisées traitant de ce sujet.

### Combattants ou civils?

Il est une autre question beaucoup plus pertinente au regard du droit international humanitaire, car elle entraîne des conséquences pratiques immédiates pour les personnes concernées: c'est celle du statut du personnel des SMP/SSP. Sont-ils des combattants ou des civils? S'ils sont des combattants, ils peuvent en tout temps être l'objet d'attaques, mais ils ont le droit de participer directement aux hostilités. En cas de capture, ils ont droit au statut de prisonnier de guerre, et ne peuvent faire l'objet de poursuites pour avoir participé aux hostilités<sup>18</sup>. À l'inverse, s'ils sont des personnes civiles, ils ne peuvent faire l'objet d'attaques, mais ils perdent cette immunité au cas où ils participeraient directement aux hostilités, pendant la durée de cette participation. Qui plus est, comme les civils n'ont pas le droit de participer directement aux hostilités, ils deviennent, en pareil cas, des « belligérants non privilégiés » ou des « combattants illégaux »,

18 Le par. 2 de l'art. 43 du Protocole additionnel I reconnaît le droit des combattants de participer directement aux hostilités.

qui, même en cas de capture, n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre et peuvent être jugés par un tribunal pour le simple fait de leur participation aux hostilités, même s'ils n'ont, ce faisant, commis aucune violation du droit international humanitaire<sup>19</sup>.

En droit international humanitaire, le terme « combattant » a un sens très précis, qui ne recoupe pas l'acception plus générale du terme dans le langage courant. Il existe quatre catégories de personnes qui peuvent être considérées comme des combattants<sup>20</sup>. Aux fins qui nous intéressent ici, les deux catégories les plus pertinentes sont celles-ci:

- les membres des forces armées d'une Partie au conflit, ainsi que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées<sup>21</sup>;
- les membres des autres milices et des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit, pourvu que ces milices ou corps de volontaires remplissent les conditions suivantes: avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés; avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance; porter ouvertement les armes; et se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre<sup>22</sup>.

Nous passerons en revue brièvement ces catégories pour établir si le personnel des SMP/SSP peut être considéré comme inclus dans ces définitions.

### *Membres des forces armées d'un État<sup>23</sup>?*

Le terme « combattant » désigne en premier lieu les membres des forces armées des États. Il faut donc, même si c'est une lapalissade, relever en premier lieu que seuls les employés des SMP/SSP *engagées par des États* peuvent être considérés comme des combattants<sup>24</sup>. Étant donné que 80% environ des contrats

19 Sur la question des belligérants non privilégiés, voir par exemple Knut Dörmann, «The legal situation of «unlawful/unprivileged combatants», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, n° 849, mars 2003, p. 45.

20 Protocole additionnel I, par. 1 de l'art. 50.

21 III<sup>e</sup> Convention de Genève, par. 1 de l'art. 4, lettre A.

22 *Ibid.*, par. 2 de l'art. 4, lettre A. Les deux autres catégories de combattants citées aux par. 3 et 6 de l'art. 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève sont, respectivement, les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice et les participants à une levée en masse à l'approche de l'ennemi.

23 Sur cette question, voir par exemple Ricou Heaton, «Civilians at war: Re-examining the status of civilians accompanying the armed forces», *Air Force Law Review*, N° 57 (2005), pp. 168 et suiv.; Rebecca Rafferty Vernon, «The future of competitive sourcing: Battlefield contractors – facing the tough tests», *Public Contract Law Journal*, N° 33 (2004), pp. 404 et suiv.; et Michael Schmitt, «Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees», *Chicago Journal of International Law*, No. 5 (2005), pp. 523 et suiv.

24 Il est possible qu'une société soit engagée par un État pour réaliser des opérations pour le compte d'un deuxième État. On connaît des cas dans lesquels des gouvernements donateurs ont engagé une société pour aider un deuxième État, par exemple, à mener des réformes dans le secteur de la sécurité. Ce genre d'arrangement est cependant peu probable pour des activités proches du cœur des opérations militaires. Voir, p. ex., Adedeji Ebo, *The Challenges and Opportunities of Security Sector Reform in Post-Conflict Liberia*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces Occasional Paper N° 9, décembre 2005; et Francesco Mancini, *In Good Company? The Role of Business in Security Sector Reform*, 2005.

des SMP/SSP sont passés avec des clients autres que des États<sup>25</sup>, une proportion importante des employés des SMP/SSP sont automatiquement exclus de cette catégorie.

Le droit international humanitaire est parfaitement explicite quant au fait que les membres des forces armées d'un État sont des combattants, alors qu'il ne donne pas d'indication claire et précise sur ce qu'il faut entendre par «membre des forces armées»<sup>26</sup>, ni sur les conditions préalables que doivent remplir les milices ou les corps de volontaires pour qu'ils «fassent partie» des forces armées<sup>27</sup>.

Il arrive que le droit national apporte des précisions à ce sujet, mais si tel n'est pas le cas, il n'existe aucune manière précise de déterminer dans quelles circonstances un employé d'une SMP/SSP peut être considéré comme un membre des forces armées, ou comme un membre des milices ou corps de volontaires qui en font partie. Le simple fait qu'une SMP/SSP ait été engagée pour apporter une assistance aux forces armées d'un État n'est pas concluant en soi; il faut une affiliation plus formelle qu'un simple contrat<sup>28</sup>. De la même manière, la nature des activités effectuées par le personnel d'une telle société, même si elle est déterminante pour établir si ce personnel participe directement aux hostilités et peut donc être pris pour cible d'une attaque, n'est pas non plus un élément clé pour décider si ce personnel est membre des forces armées. Les indicateurs possibles, sur ce point, pourraient comprendre les éléments suivants:

- le personnel a-t-il suivi les éventuelles procédures nationales d'enrôlement ou de conscription?
- le personnel est-il employé par le ministère de la défense (étant entendu toutefois que ces ministères emploient aussi de nombreux civils)?
- le personnel est-il soumis à la discipline et à la justice militaires?
- le personnel est-il intégré ou assujéti à la chaîne de commandement militaire?

25 Déclaration faite à l'auteur par un représentant d'une société britannique. Le pourcentage de contrats passés avec des gouvernements est plus élevé pour les sociétés des États-Unis. Voir, p. ex., Dominick Donald, *After the Bubble: British Private Security Companies after Iraq*, The Royal United Services Institute, Whitehall Paper 66, 2006.

26 Certains auteurs considèrent que, en dépit du libellé apparemment clair du par. 1 de l'art. 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève, les quatre conditions énumérées au par. 2 de ce même article s'appliquent non seulement aux membres des «autres milices» et des «autres corps de volontaires», mais aussi aux membres des forces armées de l'État. Voir, p. ex., George Aldrich, «The Taliban, al Qaeda, and the determination of illegal combatants», *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 895, et Yoram Dinstein, «Unlawful combatancy», *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 32, 2002, p. 255. Ce débat sort du cadre du présent article.

27 Selon le *Commentaire* de la III<sup>e</sup> Convention de Genève, cette disposition concerne des groupes qui, «tout en faisant partie [des] forces armées, se distinguent nettement de l'armée proprement dite». Le *Commentaire* ajoute que bien que cette mention «ne fût pas strictement indispensable», puisque les membres de tels groupes seraient couverts par l'expression «membres des forces armées», la mention des milices et des corps de volontaires fut néanmoins maintenue. Jean S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire, III: La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, (ci-après: *Commentaire de la III<sup>e</sup> Convention de Genève*), CICR, 1958, p. 58.

28 Schmitt, *op. cit.* (note 23), p. 525.

- fait-il partie de la hiérarchie militaire?
- s'est-il vu délivrer les cartes d'identité prévues par la III<sup>e</sup> Convention de Genève, ou d'autres formes d'identification similaires à celles que détiennent les membres « ordinaires » des forces armées?
- porte-t-il l'uniforme?

Une réponse positive à l'une quelconque de ces questions – exception faite de la première – ne constitue pas en soi une preuve déterminante de l'appartenance aux forces armées. La situation n'est donc pas parfaitement claire. Or, l'appartenance ou la non-appartenance d'une personne aux forces armées d'un État devrait apparaître aisément lors de la capture, de façon à ce qu'elle se voie immédiatement accorder le statut de prisonnier de guerre si elle y a droit. Ceci étant, en cas de doute quant au statut d'une personne capturée qui a participé directement aux hostilités, la III<sup>e</sup> Convention de Genève exige qu'elle soit traitée comme un prisonnier de guerre en attendant que son statut ait été déterminé par un tribunal compétent<sup>29</sup>.

Pour revenir au personnel des SMP/SSP, comme la sous-traitance des activités qui relevaient auparavant des forces armées découle d'une politique destinée à réduire les effectifs des armées et les coûts afférents, il est probablement très rare que le personnel des SMP/SSP soit incorporé dans les forces armées au point où il pourrait être considéré comme y appartenant aux fins de la détermination du statut en droit international humanitaire<sup>30</sup>.

### *Membres des autres milices et des autres corps de volontaires appartenant à un État partie à un conflit armé?*

Le paragraphe 1 de l'article 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève concerne les personnes officiellement incorporées dans les forces armées d'un État, tandis que le paragraphe 2 de l'article 4, lettre A traite des membres de groupes qui sont structurellement indépendants de ces forces, mais qui combattent néanmoins à leurs côtés. Cette disposition a été rédigée pour lever des incertitudes touchant le statut des partisans pendant la Seconde Guerre mondiale<sup>31</sup>.

Pour être considérés comme des combattants conformément à cette disposition, le personnel des SMP/SSP doit remplir deux conditions. Premièrement, le groupe dans son ensemble doit « appartenir » à une partie à un conflit armé international; deuxièmement, il doit satisfaire aux quatre conditions fixées dans le paragraphe 2 de l'article 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève.

Par le passé, le critère que le groupe « appartienne à une partie au conflit » a été interprété comme exigeant l'autorisation explicite de l'État concerné, mais ceci n'était déjà plus considéré comme nécessaire à l'époque des négociations des Conventions de Genève de 1949. Selon le commentaire de cette disposition, une « liaison de fait » est suffisante, même si elle est fondée sur un

29 III<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 5.

30 Schmitt parvient à la même conclusion (*op. cit.* (note 23), p. 526).

31 *Commentaire de la III<sup>e</sup> Convention de Genève*, *op. cit.* (note 27), pp. 59 et suiv.

accord tacite. Il importe en revanche que les opérations du groupe en question indiquent clairement au service de quelle partie au conflit il combat<sup>32</sup>.

La nature du lien qui doit exister entre un État partie à un conflit armé et une milice ou un groupe de volontaires pour que les membres de ce dernier soient considérés comme des combattants légitimes a été récemment traitée par le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, qui a considéré qu'il fallait que l'État exerce une autorité sur la milice ou le groupe de volontaires, et qu'il existe « une relation de dépendance et d'allégeance de ces combattants irréguliers vis-à-vis de cette partie au conflit<sup>33</sup> ».

En ce qui concerne les SMP/SSP, il n'y a aucune raison pour laquelle un contrat de prestation de certains services au nom d'un État partie à un conflit ne pourrait pas constituer une telle autorité ou « relation de dépendance », sans nécessairement aller jusqu'à l'allégeance. Toutefois, comme dans le cas du paragraphe 1 de l'article 4, lettre A, seules les sociétés engagées par un État partie à un conflit armé *international*, ou agissant en son nom, pourraient satisfaire à cette exigence, et non celles engagées par un autre acteur opérant dans une situation de conflit armé ou agissant en son nom<sup>34</sup>.

En outre, la question se pose de savoir si seules les sociétés effectivement engagées pour combattre pourraient remplir ce critère, ou si celles apportant un appui logistique pourraient, pour reprendre les termes du *Commentaire*, être aussi considérées comme « exécutant leurs opérations au service » de cet État. Étant donné que les personnes en question sont considérées comme des « combattants », cette disposition ne couvrirait sans doute que les personnes engagées pour exécuter des activités proches du cœur des opérations militaires. Comme il semble y avoir consensus entre les États – qu'ils aient ou non adopté des règlements à ce sujet<sup>35</sup> – sur le fait que les contractants ne doivent pas être employés à de telles activités, il est probable que seule une petite minorité de SMP/SSP remplissent ce critère.

Les sociétés ayant la relation d'affiliation requise avec un État devraient ensuite satisfaire aux quatre conditions citées plus haut : avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; porter ouvertement les armes ; et se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.

Déterminer si ces conditions ont été remplies ne peut se faire qu'au cas par cas. Toutefois, sans entrer dans une discussion détaillée de chaque condition, certains points méritent d'être précisés. Premièrement, l'exigence du commandement par une personne responsable pour ses subordonnés n'exige pas le commandement

32 *Ibid.*, p. 64.

33 TPIY, Chambre d'appel, affaire IT-94-1, *Le procureur c. Dusko Tadić, alias «Dule»*, Judgement on Appeal du 15 juillet 1999, par. 93-94 [notre traduction].

34 Schmitt suggère que les SMP/SSP engagés par une entité privée pour soutenir une partie au conflit pourraient aussi satisfaire à ce critère, mais il ajoute que ce scénario est « un peu tiré par les cheveux ». Schmitt, *op. cit.* (note 23), p. 528.

35 Voir, p. ex., « Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S. Armed Forces », United States Department of Defense Instruction N° 3020.41, 3 octobre 2005, par. 6.1.5, et « Guidance for Determining Workforce Mix », US Department of Defense Instruction N° 1100.22, 7 septembre 2006.

par un officier militaire<sup>36</sup>. Le critère est la présence d'une personne qui assume la responsabilité des actes réalisés sur ses ordres. Le but de cette disposition est de garantir la discipline au sein du groupe et le respect du droit international humanitaire. Comme le relève Schmitt, bien que cette clause risque d'exclure des personnes agissant seules ou dans des groupes non structurés, il n'y a aucune raison de penser que les sociétés plus établies seraient dépourvues de la structure de supervision requise<sup>37</sup>.

D'autre part, si la pratique en Afghanistan et en Irak doit être considérée comme indicative des comportements futurs, la condition qui semble la moins susceptible d'être remplie par le personnel des SMP/SSP est celle du signe distinctif. L'une des plaintes les plus courantes en Afghanistan et en Irak – les deux pays où la présence de SMP/SSP a été à ce jour la plus importante – est que le personnel de ces sociétés est extrêmement difficile à identifier. Leurs employés portent des accoutrements extrêmement divers, allant de tenues militaires de type camouflage – qui, lorsqu'elles s'accompagnent d'armes souvent portées ouvertement par certains contractants, amènent les civils à les confondre avec les membres des forces armées – jusqu'à des habits civils qui les rendent difficiles à distinguer d'autres acteurs non militaires<sup>38</sup>.

Enfin, l'exigence que les opérations soient menées dans le respect du droit international humanitaire doit être respectée par le groupe dans son ensemble plutôt que par ses membres à titre individuel. Bien que des contractants aient déjà été accusés de graves violations<sup>39</sup>, aucune société n'a, à ce jour, été accusée de commettre des violations systématiques.

Étant donné ce qui précède, il est probable que seule une faible minorité du personnel des SMP/SSP puisse être considérée comme des combattants au sens du paragraphe 2 de l'article 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève, à savoir ceux qui sont engagés par un État partie à un conflit armé international pour participer directement aux hostilités et qui répondent aux quatre conditions évoquées plus haut<sup>40</sup>.

On relèvera, pour être complet, que les règles des paragraphes 1 à 3 de l'article 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève – qui ont pour objet de déterminer qui est membre des forces armées, et par là qui a droit au statut de combattant – ont été complétées par le Protocole additionnel I de 1977<sup>41</sup>. Les dispositions pertinentes du Protocole n'apportent cependant pas, dans la pratique, de différence notable en ce qui concerne le statut du personnel des SMP/SSP tel qu'il vient d'être décrit.

36 *Commentaire de la III<sup>e</sup> Convention de Genève, op. cit.* (note 27), p. 66-67.

37 Schmitt, *op. cit.* (note 23), p. 529.

38 Il est aussi très difficile d'établir une distinction claire entre les employés de diverses sociétés; de ce fait, il est pour ainsi dire impossible, pour des civils qui seraient victimes de leurs activités, de déposer une plainte. Voir, p. ex., «PMSCs in post-conflict situations: A view from the local population in Angola and Afghanistan», exposé de l'organisation non gouvernementale Swisspeace à la réunion d'experts gouvernementaux organisée les 13 et 14 novembre 2006 par le Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse.

39 Voir *Ilham Nassir Ibrahim et al. v. Titan Corporation et al.*, 391 F. Supp. 10 D.D.C. (2005); et *Saleh et al. v. Titan Corporation et al.*, 436 F. Supp. 2d 55 D.D.C. (2006).

40 Cet avis est partagé par Schmitt (*op. cit.* (note 23), p. 531), ainsi que par l'un des experts qui ont participé à la réunion citée plus haut en août 2005. Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors, op. cit.* (note 12), p. 10.

41 Principalement les art. 43 et 44 du Protocole additionnel I.

*Civils qui suivent les forces armées*

La III<sup>e</sup> Convention de Genève prévoit une exception étroite au principe selon lequel seuls les combattants ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. En plus des membres des forces armées et des milices et autres corps de volontaires appartenant à une partie au conflit, cités aux paragraphes 1 et 2 de l'article 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève, le paragraphe 4 de l'article 4, lettre A cite une autre catégorie de personnes qui ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture:

«les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent, celles-ci étant tenues de leur délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé»<sup>42</sup>.

Le statut juridique des personnes appartenant à cette catégorie est clair: elles ne sont ni des membres des forces armées, ni des combattants<sup>43</sup>, mais elles ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture.

En revanche, la question de savoir qui peut bénéficier de cette exception n'est pas aussi limpide. La liste des services possibles ci-dessus est indicative, et non exhaustive. Ni les travaux préparatoires concernant cette disposition, ni le *Commentaire*, n'explicitent les limites des activités qui peuvent être effectuées par cette catégorie de personnes<sup>44</sup>. Cependant, le statut de non-combattant des

42 Cette disposition n'est pas une innovation introduite en 1949, mais une répétition, sous une forme légèrement modernisée et avec l'ajout de certaines catégories de personnes (membres civils d'équipages d'avions militaires, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées), de la disposition inscrite à l'art. 81 de la Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre, qui était elle-même fondée sur l'art. 13 du Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Voir aussi l'art. 150 des Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique (Code Lieber); l'art. 34 du Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre (Bruxelles, 1874), et l'art. 13 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexe à la Convention (II) de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Le par. 4 de l'art. 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève est l'exception la plus pertinente touchant la question qui nous intéresse. La deuxième exception se trouve au par. 5 du même article; elle concerne les membres des équipages de la marine marchande et les équipages de l'aviation civile.

43 Le par. 1 de l'art. 50 du Protocole additionnel I précise clairement qu'elles sont des civils.

44 Le *Commentaire* se limite à relever que «l'énumération n'a toutefois qu'un caractère indicatif; le texte peut donc viser d'autres catégories de personnes ou de services qui pourraient être admis, dans des conditions analogues, à suivre les forces armées au cours d'un conflit futur.» *Commentaire de la III<sup>e</sup> Convention de Genève*, op. cit. (note 27), p. 72. De même, la question des catégories de personnes qui pourraient être couvertes par cette disposition n'a été débattue qu'en termes très généraux lors des négociations. Le Royaume-Uni avait suggéré que l'on supprime l'énumération des personnes couvertes. Voir l'amendement à l'art. 3, daté du 26 avril 1949, proposé par le Royaume-Uni, et reproduit en tant qu'annexe 90 touchant la Convention relative aux prisonniers de guerre, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome III, Département politique fédéral, Berne, 1949, pp. 60 à 62. Voir, au sujet de ces discussions, Howard Levie, «Prisoners of War in International Armed Conflict», *Naval War College International Law Studies*, Vol. 59, 1978, p. 62.

civils qui suivent les forces armées ainsi que la nature des activités énumérées à titre d'exemple (à l'exception des membres civils d'équipage d'avions militaires<sup>45</sup>) semblent indiquer que les rédacteurs concevaient cette catégorie comme n'incluant pas les personnes effectuant des activités revenant à une participation directe aux hostilités.

Deux questions supplémentaires se posent. La première porte surtout sur la procédure: la possession de la carte d'identité citée au paragraphe 4 de l'article 4, lettre A est-elle une condition préalable pour appartenir à cette catégorie de personnes? Et quelle est la nature de l'autorisation qui doit avoir été reçue?

La question de la carte d'identité a été débattue pendant les négociations, et il a finalement été décidé que la possession d'une carte représentait une garantie supplémentaire pour les personnes concernées, mais non une condition indispensable pour se voir accorder le statut de prisonnier de guerre<sup>46</sup>. L'application de la disposition dépendait de l'autorisation de suivre les forces armées, et la carte n'était qu'une preuve de cette autorisation. Cependant, la nature de l'autorisation n'a pas été discutée, et la question n'est pas davantage traitée dans les textes écrits à ce sujet. En ce qui concerne le personnel des SMP/SSP, il est peu probable que l'existence d'un contrat suffirait en soi à constituer une telle autorisation.

Cette question a été discutée en rapport avec les SMP/SSP lors de la réunion d'experts d'août 2005. L'un des experts a exprimé l'avis que les États ne pouvaient pas conférer le statut en question aux contractants qu'ils engageaient simplement en leur délivrant une carte d'identité; il fallait qu'il existe un lien entre le contractant et les forces armées<sup>47</sup>. Il considérait aussi que, bien qu'il soit impossible de déterminer si les mots «qui suivent les forces armées» exigent que les forces armées soient physiquement présentes là où les contractants opèrent, il fallait tout au moins que ces derniers fournissent un service aux forces armées; le simple fait d'exécuter un contrat pour l'État ne suffit pas<sup>48</sup>.

La deuxième question est plus délicate: quel est le statut des civils suivant les forces armées s'ils ont des activités assimilables à une participation directe aux hostilités? Conserveraient-ils leur droit au statut de prisonnier de guerre, ou deviennent-ils des «belligérants non privilégiés» ou des «combattants illégaux» pouvant être jugés pour leur participation aux hostilités?

La question n'a pas été abordée pendant les négociations. L'opinion dominante semble être que, comme les personnes concernées ne sont ni des membres des forces armées ni des combattants<sup>49</sup>, il n'y a aucune raison de les

45 Voir la note 51 plus bas en ce qui concerne le statut de ces personnes.

46 *Commentaire de la III<sup>e</sup> Convention de Genève*, *op. cit.* (note 27), pp. 72 et suiv. Aux stades précédents des négociations, la possession de la carte avait été jugée impérative. Voir, p. ex., *Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre* (Genève, 14-26 avril 1947), CICR, Genève, décembre 1947, p. 115. C'était le reflet de la disposition inscrite à l'art. 13 du Règlement de La Haye de 1907, qui faisait de la possession d'une telle légitimation une condition nécessaire pour se voir accorder le statut de prisonnier de guerre.

47 *Rapport Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), p. 14.

48 *Ibid.*, p. 15.

49 Protocole additionnel I, par. 1 de l'art. 50.

traiter différemment de toute autre personne civile participant directement aux hostilités<sup>50</sup>. D'aucuns considèrent en effet que la nature des activités énumérées au paragraphe 4 de l'article 4, lettre A – qui, à l'exception notable des membres civils d'équipage d'avions militaires<sup>51</sup>, sont clairement des opérations d'appui sans lien direct avec les fonctions de combat des forces armées – manifestent l'existence d'une condition implicite selon laquelle, pour jouir du statut de prisonnier de guerre aux termes de cette disposition, les personnes concernées ne doivent pas participer directement aux hostilités<sup>52</sup>. On retrouve ce point de vue dans certains manuels militaires<sup>53</sup>.

Cependant, cette conception ne fait pas l'unanimité. Une instruction récente du Département de la défense des États-Unis, en particulier, défend le point de vue opposé, à savoir que si les civils qui suivent les forces armées participent directement aux hostilités, ils conservent néanmoins leur droit au statut de prisonnier de guerre<sup>54</sup>. Cette position reflète la position d'un auteur américain, qui considère que le paragraphe 3 de l'article 51 du Protocole additionnel I ne prive les civils participant directement aux hostilités que des mesures de protection qui leur sont accordées par la section I du Titre IV du Protocole, c'est-à-dire contre les effets des hostilités, mais n'a pas d'effet sur les protections auxquelles ils peuvent avoir droit en vertu des autres titres du protocole, dont, notamment, la section II du Titre IV, qui préserve tout droit qu'une personne peut avoir au statut de prisonnier de guerre en vertu de la III<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>55</sup>.

50 Voir, p. ex., Knut Ipsen, «Combatants and Non-combatants», dans Dieter Fleck (éd.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1995, par. 317. Voir aussi le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, op. cit. (note 12), p. 14; Heaton, op. cit. (note 23), p. 174, et Rafferty Vernon, op. cit. (note 23), p. 406.

51 L'inclusion de cette catégorie de personnes, qui sont en réalité susceptibles de participer directement aux hostilités, au par. 4 de l'art. 4, lettre A a amené un auteur à suggérer que «La Troisième Convention de Genève a accordé implicitement aux membres civils d'équipage d'avions militaires le statut de combattants légitimes dans la mesure où ils restent à bord de l'aéronef.» Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War – A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, 1976, p. 310.

52 Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, op. cit. (note 12), p. 14, et Ipsen, op. cit. (note 50).

53 Voir, par exemple, le manuel militaire du Royaume-Uni: «Les forces armées comptent de plus en plus sur l'appui technique et administratif de personnes civiles. Les civils qui sont autorisés à suivre les forces armées sur le terrain à ce titre demeurent des non-combattants, bien qu'ils aient droit au statut de prisonnier de guerre, aussi longtemps qu'ils ne participent pas directement aux hostilités. Ils ne peuvent faire l'objet d'attaques directes. Ils partagent toutefois les dangers de la guerre encourus par les membres des forces armées qu'ils appuient. Ils ne devraient pas porter d'uniforme militaire et ils doivent être porteurs d'une carte d'identité spéciale attestant leur statut. Le droit ne dit pas si les civils dans cette situation peuvent se voir confier des armes. Pour garantir qu'ils conservent leur statut de non-combattants, il convient de ne leur confier que des armes légères, à des fins de légitime défense exclusivement. Il faut garder présent à l'esprit le fait que s'ils portent des armes, ils risquent d'être pris pour des combattants. Par conséquent, il convient d'éviter, autant que faire se peut, de déployer ces civils dans des lieux où ils risqueraient d'être pris sous le feu ennemi ou d'être capturés.» (Souligné par nous.) (*The Manual of the Law of Armed Conflict*, Ministère de la défense du Royaume-Uni, 2004, par. 4.3.7) [notre traduction].

54 Voir, p. ex., US Department of Defense Instruction N° 1100.22, op. cit. (note 35), note de bas de page 19.

55 Protocole additionnel I, par. 6 de l'art. 44. Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, op. cit. (note 12), p. 14.

Sur la base de cette analyse, on peut sans doute conclure que le personnel des SMP/SSP qui fournit des services aux forces armées sans participer directement aux hostilités pourrait tomber dans cette catégorie, à condition d'avoir reçu l'autorisation voulue de la part de l'État en question<sup>56</sup>. La question doit être tranchée au cas par cas, en fonction de la nature des activités effectuées. Si bon nombre des fonctions d'appui effectuées par des contractants pour les forces armées tombent certainement sous le coup du paragraphe 4 de l'article 4, lettre A, il en est aussi de nombreuses autres, en particulier celles qui sont plus proches du cœur des opérations militaires, pour lesquelles tel n'est probablement pas le cas.

### *Civils*

Le personnel des SMP/SSP engagées par des États qui ne tombe dans aucune des quatre catégories mentionnées plus haut – et qui représente probablement une proportion importante, étant donné les nombreuses exigences devant être satisfaites – sont des civils « ordinaires »<sup>57</sup>. Tel est aussi le statut de tous les employés des SMP/SSP présentes dans des situations de conflit armé et engagés par des entités autres que des États: entreprises opérant dans l'État en question, organisations intergouvernementales, organisations non gouvernementales, et – car ce n'est pas impossible – groupes armés organisés participant à un conflit non international.

Cette conclusion peut paraître contredire les images des employés des SMP/SSP diffusées par les médias, montrant des contractants lourdement armés portant des tenues de camouflage. Si cet aspect n'a pas d'incidence sur le statut des personnes concernées, la nature des activités réalisées peut avoir un effet sur leur protection au regard du droit international humanitaire.

Bien que les employés des SMP/SSP ne doivent pas, en tant que civils, être l'objet d'attaques, ils perdent cette immunité s'ils entreprennent des activités qui équivalent à une participation directe aux hostilités, aussi longtemps que dure cette participation. C'est une différence importante entre eux et les combattants, qui peuvent être pris pour cible en tout temps.

La question de la nature des activités qui représentent une « participation directe aux hostilités » est de toute évidence cruciale pour déterminer la protection à laquelle a droit le personnel des SMP/SSP. Bien que cette question soit essentielle pour l'ensemble du droit international humanitaire, puisqu'elle détermine le moment où les civils perdent leur protection contre les attaques, les traités ne contiennent ni définition, ni instruction précise quant à la nature des activités couvertes. Selon le *Commentaire*, il faut entendre par participation

56 La position du Ministère de la défense du Royaume-Uni est qu'il engage des SMP/SSP uniquement pour assumer des fonctions de logistique et d'appui, et qu'il considère tous leurs employés comme des civils suivant les forces armées, aux termes du par. 4 de l'art. 4, lettre A de la III<sup>e</sup> Convention de Genève (discussion avec l'auteur).

57 Civils « ordinaires », par opposition à la catégorie spéciale, mentionnée plus haut, des « civils suivant les forces armées ».

directe « les actes qui, par leur nature et leur but, sont destinés à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées »<sup>58</sup>. Le fait de fournir vivres et abri aux combattants, ou de manière générale de « sympathiser » avec eux, n'entre pas dans cette catégorie. Entre ces deux cas extrêmes s'étend une grande zone grise<sup>59</sup>.

Le problème de la définition de la participation directe concerne tous les civils, et pas uniquement le personnel des SMP/SSP, et de toute évidence ce sont les mêmes paramètres qui s'appliquent. Une analyse détaillée des diverses activités des SMP/SSP au cours des dernières années, afin d'établir si elles constituent une participation directe aux hostilités, sortirait du cadre du présent article<sup>60</sup>. Deux points, cependant, méritent d'être soulignés.

Premièrement, en réponse à l'argument, souvent avancé, selon lequel les SMP/SSP ne fourniraient que des services *défensifs*, et que de ce fait elles ne participeraient pas directement aux hostilités, il faut relever que le droit international humanitaire ne fait pas de distinction entre opérations offensives et défensives<sup>61</sup>. Ainsi, des SMP/SSP ont souvent été engagées en Irak depuis 2003 pour protéger des installations militaires, par exemple des casernes et du matériel. Or, il s'agit là d'objectifs militaires, et le fait de les défendre revient à participer directement aux hostilités. Deuxièmement, même si le personnel des SMP/SSP ne prend pas dans les faits une part directe aux hostilités, il travaille souvent à proximité étroite des membres des forces armées et d'autres objectifs militaires, ce qui l'expose à subir des « dommages incidents » tolérés en cas d'attaque<sup>62</sup>.

La situation en Irak – le contexte où les SMP/SSP sont actuellement les plus visiblement actives – est telle qu'il n'y a guère eu de débat sur le cadre juridique régissant la privation de liberté du personnel de ces sociétés qui ne sont pas des combattants. Or il s'agit là d'un point qui est traité en droit de façon beaucoup plus explicite que la participation directe aux hostilités.

58 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (ci-après « Commentaire des Protocoles additionnels »), 1986, par. 1942. En ce qui concerne les conflits armés non internationaux, le *Commentaire* décrit la notion de participation directe aux hostilités comme impliquant « un rapport de causalité adéquate entre l'acte de participation et son résultat immédiat ». *Ibid.*, par. 4787.

59 Dans une tentative de résoudre les problèmes difficiles que soulève la notion de « participation directe aux hostilités », le CICR a lancé, en coopération avec le TMC Asser Institute, un processus qui vise à préciser ce concept. Quatre réunions officielles d'experts ont été organisées dans ce cadre sous le titre « La participation directe aux hostilités au regard du droit international humanitaire », à La Haye (2 juin 2003 et 25-26 octobre 2004) et à Genève (23-25 octobre 2005 et 27-28 novembre 2006). Elles ont rassemblé quelque 40 juristes représentant des milieux militaires, gouvernementaux et universitaires, ainsi que des organisations internationales et non gouvernementales. Les rapports des trois réunions tenues à ce jour peuvent être consultés à l'adresse <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl311205>.

60 Voir Schmitt, *op. cit.* (note 23) pour le point de vue d'un auteur sur la question de savoir si le personnel des SMP/SSP peut être considéré comme participant directement aux hostilités.

61 Voir, p. ex., le par. 1 de l'art. 49 du Protocole additionnel I, qui dispose que « L'expression "attaques" s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs. »

62 Ce fait est reconnu, par exemple, dans l'instruction du Département de la défense des États-Unis sur les contractants, citée plus haut, qui dispose entre autres que « le personnel contractant peut encourir des risques de blessure ou de décès incidents aux actes de l'ennemi pendant qu'il appuie d'autres opérations militaires ». US Department of Defense Instruction N°. 3020.41, *op. cit.* (note 35), par. 6.1.1 [notre traduction].

Ces employés n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre ni aux protections de la III<sup>e</sup> Convention de Genève. Ceci ne signifie pas qu'ils ne bénéficient d'aucune protection en vertu du droit international humanitaire. S'ils sont détenus en relation avec un conflit armé international, ils bénéficient de la protection de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, qui définit des normes minimales en ce qui concerne le traitement et les conditions de privation de liberté, ainsi que des garanties judiciaires minimales qui doivent être respectées dans la procédure pénale. Au cas où la personne concernée ferait partie des exceptions à la IV<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>63</sup>, elle aura toujours droit aux garanties fondamentales inscrites dans l'article 75 du Protocole additionnel I et dans les règles coutumières de droit international humanitaire applicables dans les conflits internationaux<sup>64</sup>.

S'ils sont détenus en relation avec un conflit non international, ils bénéficient des mesures de protection accordées par l'article 3 commun aux Conventions de Genève, par le Protocole additionnel II et par les règles coutumières de droit international humanitaire applicables dans les conflits armés non internationaux<sup>65</sup>.

Comme nous l'avons déjà indiqué, les employés des SMP/SSP qui seraient capturés après avoir participé directement aux hostilités, dans un conflit international ou non international, peuvent être poursuivis en application du droit national de l'État qui les détient, pour le simple fait de leur participation aux hostilités.

## **Les responsabilités au regard du droit international humanitaire du personnel des SMP/SSP et le rôle des sociétés pour encourager le respect de ce droit**

### **La responsabilité des employés**

Quel que soit leur statut – combattants, civils suivant les forces armées ou civils «ordinaires» –, les employés des SMP/SSP, à l'instar de toute personne dans un pays touché par un conflit armé, sont liés par le droit international humanitaire et

63 Selon l'al. 1 de l'art. 4 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, toutes les personnes qui, dans une situation de conflit armé international ou d'occupation, se trouvent, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes, sont protégées par la Convention. Les personnes capturées par leur État national ne sont donc *pas* protégées par la Convention. L'al. 2 de l'art. 4 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève exclut aussi de sa protection les ressortissants d'un État neutre et les ressortissants d'un État co-belligérant qui se trouvent sur le territoire d'une partie au conflit, aussi longtemps que l'État dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent.

64 L'art. 75 du Protocole additionnel I définit certaines garanties fondamentales pour les personnes en situation de conflit armé international, y compris l'occupation, qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des quatre Conventions de Genève ou du Protocole additionnel I. Ces droits incluent l'interdiction du meurtre, de la torture et d'autres formes de mauvais traitements, ainsi que les garanties minimales d'une procédure régulière.

65 En outre, dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux, les personnes privées de liberté bénéficient d'autres mesures de protection importantes en vertu du droit des droits de l'homme.

peuvent être appelés à répondre de leurs actes au pénal, à titre individuel, pour toute violation grave qu'ils pourraient avoir commise ou ordonné de commettre<sup>66</sup>.

Le personnel des SMP/SSP peut être poursuivi par les tribunaux de divers États, y compris celui où se sont produits les faits incriminés, l'État dont les victimes sont ressortissantes, l'État dont est ressortissant le suspect et l'État de la SMP/SSP qui l'emploie. Les États parties aux Conventions de Genève – et puisque les Conventions sont maintenant universellement ratifiées, ceci est vrai de tous les pays du monde – doivent rechercher et poursuivre ou extraditer les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions graves aux Conventions et (pour les pays l'ayant ratifié) au Protocole additionnel I, y compris, le cas échéant, par l'exercice de la compétence universelle<sup>67</sup>.

En outre, les tribunaux pénaux internationaux peuvent aussi – si leurs critères juridictionnels sont respectés – poursuivre le personnel des SMP/SSP ainsi que leurs responsables. Rien n'empêche qu'ils soient poursuivis, par exemple, par la Cour pénale internationale. À ce jour, cependant, étant donné la conception traditionnelle, selon laquelle les personnes morales n'ont pas de responsabilités au regard du droit international, aucune juridiction internationale ne s'est vu accorder une compétence sur des sociétés<sup>68</sup>.

Malgré l'existence d'obligations juridiques claires et d'un réseau bien établi de tribunaux nationaux potentiellement compétents pour connaître de violations graves du droit international humanitaire, peu de poursuites ont été engagées à ce

66 1<sup>re</sup> Convention de Genève, art. 49; II<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 50; III<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 129; IV<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 146; Protocole additionnel I, art. 85. La jurisprudence des tribunaux internationaux étaye la position définie dans certains manuels militaires, ainsi que le texte des dispositions des traités qui viennent d'être mentionnées, à savoir que ce ne sont pas seulement les commandants et les supérieurs d'une structure militaire qui peuvent être tenus responsables de violations graves du droit international qu'ils ont ordonné de commettre. Toute personne occupant une position de supérieur qui lui permet de donner des ordres à des subordonnés peut, de la même manière, être tenue pénalement responsable. Pour des exemples de pratiques dans ce domaine, voir: Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. 1: Règles, 2006, règle 152, et la pratique correspondante dans *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II: Practice, 2005, Part 2, pp. 3713-3714.

67 1<sup>re</sup> Convention de Genève, art. 49; II<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 50; III<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 129; IV<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 146; Protocole additionnel I, art. 85. Les Conventions de Genève exigent des États qu'ils «fassent cesser» les violations du droit international humanitaire qui ne sont pas des infractions graves, mais elles laissent aux États le soin de décider de la marche à suivre. Le degré de compétence accordé aux tribunaux nationaux pour ces violations varie. Les tribunaux de tous les pays sont compétents pour connaître des crimes allégués sur leur territoire, mais il n'y a pas de conception uniforme en ce qui concerne les autres bases de compétence. Certains États ont des bases extrêmement larges en termes de compétence, qui n'exigent aucune relation avec l'infraction, mais la plupart requièrent l'existence d'un lien avec l'infraction pour que la procédure puisse être instituée; en général, la présence sur leur territoire du prévenu ou de la victime. Par ailleurs, les États ont choisi de sanctionner pénalement diverses violations du droit international humanitaire. Certains s'en sont tenus aux infractions graves des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I (c'est-à-dire aux violations graves commises dans des conflits armés internationaux), tandis que d'autres ont aussi défini comme des infractions pénales les violations graves commises dans des conflits armés non internationaux. Pour un examen de la démarche choisie par les divers États, voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. 1: Règles, 2006, ch. 44, et *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II: Practice, 2005, Part 2, pp. 3883-3884.

68 Cette possibilité a été discutée lors des négociations sur le Statut de la Cour pénale internationale, mais n'a finalement pas été retenue. Voir Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006, pp. 244 et suiv.

jour contre des employés de SMP/SSP<sup>69</sup>. Plusieurs facteurs expliquent cet état de fait; certains sont juridiques, d'autres plus pratiques et politiques.

Premièrement, les sociétés et leur personnel peuvent s'être vu accorder l'immunité contre les poursuites par les tribunaux des pays où elles opèrent. Tel est le cas, par exemple, en Irak, où le cadre juridique mis en place par l'Autorité provisoire de la Coalition accorde aux contractants – y compris les sociétés de sécurité privées – l'immunité à l'égard des lois irakiennes et contre les actions en justice<sup>70</sup>. Bien que l'arrêté pertinent ne s'applique pas à toutes les sociétés privées opérant en Irak, il bénéficie à un nombre important d'entre elles, en particulier celles qui fournissent des services aux forces multinationales et aux États qui entretiennent des relations diplomatiques ou consulaires avec l'Irak.

Deuxièmement, il se peut que les tribunaux des pays où opèrent les SMP/SSP – instances devant lesquelles il semble le plus logique d'engager des poursuites – aient cessé de fonctionner à cause du conflit.

Troisièmement, les États tiers, y compris l'État de nationalité de la SMP/SSP concernée ou de ses employés et, lorsqu'il est le client, l'État qui engage la société, peuvent être incapables d'exercer une compétence extraterritoriale sur le personnel de la SMP/SSP, parce qu'ils ne disposent pas de la législation nationale nécessaire. Les États peuvent aussi être réticents, pour des raisons pratiques et politiques, à engager des poursuites pour violations graves du droit international humanitaire commises à l'étranger.

Enfin, même lorsque des États tiers sont en mesure d'engager de telles poursuites et disposés à le faire, ces procédures sont compliquées par le fait que la plupart des preuves et des témoins se trouvent dans le pays où les violations ont été perpétrées.

Tout comme pour déterminer les limites de la participation directe aux hostilités, les difficultés d'amener les coupables de violations graves du droit international

69 On connaît à ce jour un seul cas de poursuite de trois employés d'une SMP/SSP pour prise d'otages et actes de torture, commis alors qu'ils administraient un lieu de détention non autorisé en Afghanistan. Cette affaire n'est cependant pas représentative des problèmes que pose ce secteur d'activité, car Jack Idema, le dirigeant de ce groupe, était plus un chasseur de primes qu'un employé typique d'une SMP/SSP. L'existence même d'une quelconque structure de société ne semble pas avoir été établie, et il agissait apparemment pour son propre compte, et non pour un client quel qu'il soit. Voir, p. ex., Fariba Nawa, *Afghanistan, Inc.*, Corpwatch Investigative Report, 2006, p. 15, que l'on peut consulter à l'adresse <http://www.corpwatch.org/article.php?id=13518>. Les deux affaires dont sont actuellement saisis des tribunaux des États-Unis sont des procédures civiles engagées contre les sociétés et non contre leur personnel. Voir la note 39 ci-dessus.

70 L'arrêté n° 17 de l'Autorité provisoire de la Coalition accorde l'immunité à l'égard des lois et des procédures juridiques irakiennes aux contractants pour les actes accomplis en exécution de contrats ou de contrats de sous-traitance conclus avec l'Autorité ou avec des États qui ont fourni du personnel ou un large éventail d'autres formes d'assistance à l'Autorité provisoire, ou aux forces multinationales en Irak, ou à l'effort international d'aide humanitaire ou de reconstruction, ou aux missions diplomatiques ou consulaires pour la fourniture de biens et de services en Irak aux forces multinationales ou en leur nom; ou à des fins humanitaires, pour des projets de reconstruction ou de développement approuvés ou organisés par l'Autorité ou par un tel État; ou pour les missions diplomatiques consulaires de tels États. Les contrats pour des services de sécurité fournis à de tels États et à leur personnel, ou aux forces multinationales et à leur personnel, leurs consultants et leurs contractants internationaux, sont aussi expressément couverts par l'arrêté. Coalition Provisional Authority Order N° 17 (Revised): Status of the Coalition Provisional Authority, MNFIraq, Certain Missions and Personnel in Iraq, 27 juin 2004. En vertu de l'art. 26 c) de la loi portant administration de l'État irakien pour la période transitoire, datée du 8 mars 2004, cet arrêté reste en vigueur jusqu'à ce qu'il soit abrogé ou amendé par un texte législatif dûment promulgué et ayant force de loi.

humanitaire à répondre de leurs actes sont générales, et ne concernent pas spécifiquement le personnel de SMP/SSP. Il existe, à vrai dire, davantage de voies juridiques pour engager des poursuites contre ces personnes que contre les membres des forces armées, y compris des procédures pénales contre des personnes, et, si elles sont engagées par un État, des procédures contre cet État et peut-être aussi des poursuites pénales ou civiles contre la société.

Il n'existe pas d'obstacles juridiques supplémentaires pour engager des poursuites contre les employés d'une SMP/SSP, mais il reste néanmoins un certain nombre de difficultés pratiques, notamment pour identifier la société pour laquelle travaille une personne donnée.

Qui plus est, s'il existe un certain nombre d'États qui peuvent être compétents pour des violations graves du droit international humanitaire, il n'en va pas de même des «crimes ordinaires» qui ne sont pas liés au conflit armé. En pareil cas, seuls les tribunaux locaux sont compétents, mais, comme nous l'avons déjà vu, il se peut qu'ils ne fonctionnent pas ou que les contractants se soient vu accorder l'immunité. C'est une situation insatisfaisante, tant pour les victimes de ces crimes «moins graves» que pour les États associés aux SMP/SSP, qui sont souvent associés, dans l'esprit de la population locale, aux contractants et perçus comme bénéficiant de l'impunité pour leurs infractions. Afin de remédier à ce problème, le Royaume-Uni, par exemple, envisage d'appliquer son système de «standing court», qui lui permet de juger des civils qui commettent des infractions à l'étranger sur des théâtres d'opérations, à certains contractants<sup>71</sup>.

Les États-Unis ont adopté une autre méthode en promulguant en 2000 la loi sur la compétence militaire extraterritoriale (Military Extraterritorial Jurisdiction Act, «MEJA»<sup>72</sup>), afin d'étendre la compétence pénale fédérale aux civils suivant les forces armées des États-Unis à l'étranger. La compétence est accordée pour des infractions qui auraient été passibles d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an si elles avaient été commises sous la juridiction des États-Unis, à condition qu'aucun pays étranger ne poursuive la même infraction. La MEJA est expressément applicable, entre autres, aux contractants et aux sous-traitants du Département de la défense. Cet élargissement de la compétence était nécessaire pour les «crimes ordinaires» évoqués plus haut, mais non pour les violations graves du droit international humanitaire, pour lesquelles les tribunaux des États-Unis avaient déjà une compétence extraterritoriale en vertu de la loi sur les crimes de guerre<sup>73</sup>.

71 Rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), pp. 9 et 58-59. La compétence de ces tribunaux serait limitée aux contractants directement engagés par le gouvernement du Royaume-Uni.

72 USC, Chapter 18, 1 3261-3267 (2000). Concernant cette loi, voir, p. ex., Andrew Fallon et Theresa Keene, «Closing the legal loophole? Practical implications of the Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Civilians accompanying the armed forces», *Air Force Law Review*, N° 51, 2001, p. 271; et Joseph Perlak, «The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Implications for contractor personnel», *Military Law Review*, N° 169, p. 92.

73 USC, Chapter 18, 1 2441. La compétence des tribunaux civils des États-Unis sur les «crimes communs» commis par des contractants doit être distinguée de la question de savoir si les contractants peuvent être poursuivis pour avoir manqué d'obéir à des ordres donnés par des membres des forces armées, ce qui pourrait constituer une faiblesse de «commandement et de contrôle» souvent évoquée par les forces armées qui travaillent avec des contractants. Alors qu'un tel comportement, s'il est le fait de membres des forces armées, est passible de sanctions au titre du Code uniforme de justice militaire, les

Pourtant, la MEJA n'a pas réglé tous les problèmes. En particulier, elle ne s'applique qu'aux contractants civils travaillant directement pour le Département de la défense et non à ceux qui travaillent pour d'autres départements ou agences du gouvernement, sans même parler de ceux qui sont engagés par d'autres clients. Les ressortissants du pays hôte sont aussi exclus. Cette loi ne concerne donc qu'une minorité des employés des SMP/SSP.

## Le statut des cadres et des dirigeants des sociétés

Outre la responsabilité pénale des employés qui commettent effectivement, ou qui ordonnent de commettre, une violation grave du droit international humanitaire, les cadres, et peut-être les responsables de rang plus élevé des sociétés, peuvent aussi avoir à répondre de leurs actes devant la justice<sup>74</sup>. La responsabilité des supérieurs en cas d'infraction grave au droit international humanitaire est expressément reconnue au paragraphe 2 de l'article 86 du Protocole additionnel I<sup>75</sup>. Elle peut être invoquée si un supérieur savait, ou possédait des informations lui permettant de conclure, qu'un subordonné commettait ou allait commettre une infraction au droit international humanitaire, et n'a pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'infraction<sup>76</sup>.

Cette possibilité d'imputer la responsabilité aux cadres et aux dirigeants des SMP/SSP doit encore être examinée dans la pratique, car elle n'a jamais été appliquée à des supérieurs sans lien avec un État ou un groupe armé organisé. Ceci étant, il semble généralement accepté que le «supérieur» dont il est question peut être un civil, et que la relation requise entre supérieur et subordonné peut être une relation *de facto*, et non fondée sur la loi. La question

contractants ne sont soumis à cette loi et à la compétence des tribunaux militaires qu'en cas de guerre déclarée par le Congrès des États-Unis (*United States v. Averette*, 19 C.M.A. 363 (1970)). Dans toute autre situation, si la société, et l'employé, peuvent être poursuivis pour rupture de contrat, les employés ne peuvent être poursuivis pour avoir manqué d'obéir aux ordres. Les commandants ont exprimé leur préoccupation à cet égard, craignant que, étant donné le recours croissant au secteur privé, cela n'aboutisse à la perte d'une fonction essentielle, comme la maintenance des aéronefs à un moment important. Voir p. ex., sur ce point, Stephen Blizzard, «Increased reliance on contractors on the battlefield: How do we keep from crossing the line?», *Air Force Journal of Logistics*, N° XXVIII, 2004, p. 2. Le champ d'application a été considérablement étendu à la fin de 2006 par une clause du Code uniforme de justice militaire introduite sans que personne ou presque ne le relève dans la législation budgétaire 2007 du Département de la défense. Cette clause étend l'application du Code au-delà des «guerres déclarées», pour inclure aussi les «opérations d'urgence» (Section 552, National Defense to Authorization Act for Fiscal year 2007). Au sujet de cet amendement, voir p. ex. P. Singer, *Law Catches up to Private Militaries*, *Defense Tech*, 4 janvier 2007.

74 Le par. 2 de l'art. 86 du Protocole additionnel I mentionne la possibilité de «responsabilité pénale ou disciplinaire».

75 Il ne s'agissait pas là d'une idée nouvelle; un certain nombre d'actions en justice engagées après la Seconde Guerre mondiale reposaient sur cette même notion de «responsabilité du supérieur» en droit national. *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit. (note 58), par. 3450 et suiv. Voir aussi Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, 2001, pp. 251 et suiv.

76 La notion de responsabilité du supérieur a aussi été reconnue dans le par. 3 de l'art. 7 du statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, dans le par. 3 de l'art. 6 du Tribunal international pour le Rwanda, et dans l'art. 28 du Statut de la Cour pénale internationale. Elle a servi de base à un certain nombre de poursuites devant les deux tribunaux *ad hoc*.

clé est l'autorité sur les actes du subordonné<sup>77</sup>, que l'on peut aussi considérer comme présente au sein d'une SMP/SSP. L'une des limitations significatives est la « gamme » de supérieurs couverts. Selon le *Commentaire*, la disposition est généralement limitée aux supérieurs directs qui ont une responsabilité personnelle concernant les subordonnés placés sous leur autorité<sup>78</sup>. Dans une SMP/SSP, le responsable direct d'un employé serait indubitablement couvert, mais cette responsabilité ne s'étendrait probablement pas aux plus hauts dirigeants de la société. Quoi qu'il en soit, même si la notion de responsabilité des supérieurs ne devait pas s'appliquer *de jure* dans une SMP/SSP, les types d'activité que les supérieurs doivent entreprendre pour empêcher ou réprimer des infractions, et par là ne pas être tenus responsables, peuvent offrir des directives utiles aux sociétés afin d'encourager le respect du droit international humanitaire. Ces activités comprennent à la fois des mesures de prévention – mettre en place des systèmes destinés à empêcher les violations, et veiller à ce qu'ils soient appliqués de manière constante et efficace, par exemple – et des mesures à posteriori, comme enquêter sur toute allégation d'acte illicite et transmettre les conclusions aux autorités compétentes<sup>79</sup>.

### Le rôle des sociétés

Comme nous l'indiquions au début de cet article, les sociétés ne sont pas *elles-mêmes* liées par le droit international humanitaire<sup>80</sup>. Il pourrait y avoir une exception à ce principe général si une SMP/SSP pouvait, dans un conflit armé international, être considérée elle-même comme une « partie au conflit » au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ou comme un « groupe armé organisé » au sens du paragraphe 1 de l'article premier du Protocole additionnel II<sup>81</sup>. Dans de tels cas, la société aurait exactement les mêmes obligations que toute autre partie non étatique à un conflit armé non international<sup>82</sup>. Ce n'est pas impossible, mais c'est hautement improbable, en particulier parce qu'il faut que la SMP/SSP soit *elle-même* une partie au conflit, et non qu'elle combatte au nom de l'une des parties.

Ceci étant, il est hors de doute que les sociétés ont des responsabilités au regard du droit national. Les personnes morales doivent respecter la législation

77 Voir, p. ex., la pratique citée par Henckaerts et Doswald-Beck, *op. cit.* (note 66), Vol. I: *Règles*, règle 153, et Vol. II, *Practice*, Part 2, pp. 3733 et suiv.

78 *Commentaire des Protocoles additionnels*, *op. cit.* (note 58), par. 3544. L'une des raisons données pour expliquer cette limitation est que le supérieur immédiat est celui qui a le plus de chances d'avoir la connaissance requise de l'infraction (potentielle) donnant lieu à la responsabilité. *Ibid.*

79 *Ibid.*, par. 3548, et Henckaerts et Doswald-Beck, *op. cit.* (note 66), Vol. I: *Règles*, règle 153.

80 Voir Clapham, *op. cit.* (note 68), pour une analyse complète de la nature et de l'étendue des responsabilités des acteurs non étatiques en droit international, dans une optique plus générale, par un des principaux tenants d'une démarche plus inclusive.

81 Une analyse de ces critères sortirait du cadre de cet article, mais on peut se reporter par exemple, pour un examen détaillé, à Liesbeth Zegveld, *Armed Opposition Groups in International Law: The Quest for Accountability*, 2002.

82 L'auteur remercie James Cockayne, membre associé de la International Peace Academy, pour avoir appelé son attention sur ce point.

de l'État où elles opèrent<sup>83</sup>, y compris (ce qui est particulièrement pertinent pour les SMP/SSP) la législation pénale ainsi que la législation fiscale, les lois touchant l'immigration et le travail, en plus des lois de leur État de nationalité. Le droit national applicable peut aussi imposer des obligations en vertu du droit international humanitaire, qui devient alors contraignant pour les sociétés du fait de son incorporation dans le droit national<sup>84</sup>. Même lorsque tel n'est pas le cas, les actes qui constituent des violations du droit international humanitaire sont souvent aussi des crimes au regard du droit national, et des poursuites peuvent être engagées sur cette base, tant contre le personnel de la société que contre la société elle-même, dans les États qui reconnaissent la responsabilité pénale des personnes morales.

Qui plus est, certaines violations du droit international humanitaire peuvent aussi constituer des délits civils au regard de la législation nationale. Dans un grand nombre de pays de *common law*, par exemple, ils pourraient être considérés comme des actes dommageables (ainsi, la privation illégale de la vie en droit international humanitaire pourrait constituer un meurtre; la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pourraient constituer des coups et blessures volontaires; la privation illégale de liberté pourrait constituer une détention abusive<sup>85</sup>). Les sociétés pourraient de toute évidence être poursuivies pour de tels actes. Les poursuites civiles présentent plusieurs avantages. Premièrement, elles sont instituées par les victimes, et non par un procureur. Deuxièmement, les critères de preuve à respecter sont plus souples que dans une procédure pénale (c'est «la probabilité la plus forte» qui l'emporte, plutôt que «l'intime conviction au-delà de tout doute raisonnable»). Troisièmement, en cas de victoire devant les tribunaux, les «victimes-plaignants» seraient dédommagés aux frais des sociétés. En revanche, l'un des inconvénients est que la compétence extraterritoriale est beaucoup plus rare en matière civile qu'en matière pénale, et de portée beaucoup plus limitée, et que, par conséquent, il pourrait être difficile de trouver une instance compétente, sauf si les poursuites civiles sont intentées dans le pays où ont été commis les actes incriminés<sup>86</sup>.

Les deux affaires intentées à ce jour contre des SMP/SSP, entre autres pour des violations alléguées du droit international humanitaire, sont en réalité des procès civils en application de la loi des États-Unis relative aux demandes de non-ressortissants pour actes dommageables. Cette loi confère aux tribunaux de district des États-Unis la compétence de connaître «de toute action civile intentée

83 À moins qu'elles en aient été exemptées, comme en Irak, par exemple, sur la base de l'arrêté n° 17 de l'Autorité provisoire de la Coalition mentionné plus haut.

84 Voir, p. ex., Emanuela-Chiara Gillard, «Business and human rights obligations: The position with regard to international humanitarian law», *Proceedings of 100th Annual Meeting*, American Society of International Law, 2006, pp. 114 et suiv.

85 Sur ce point, voir p. ex. Jennifer Zerk, «Common law tort liability for corporate participation in international crimes», exposé préparé pour le Expert Legal Panel on Corporate Complicity de la Commission internationale de juristes, 15 septembre 2006; et Craig Scott (éd.), *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Tort Litigation*, 2001.

86 Voir la discussion de la réunion d'experts d'août 2005 sur ce sujet : rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), pp. 58 et suiv.

par un ressortissant étranger, uniquement pour un acte dommageable commis en violation du droit des gens ou d'un traité en vigueur aux États-Unis<sup>87</sup>». C'est là une compétence exceptionnellement large pour une juridiction civile, qui pourrait s'appliquer à un très large éventail de violations du droit international, y compris des violations commises hors du territoire américain.

Il existe donc diverses possibilités pour amener des SMP/SSP à répondre de leurs actes devant les tribunaux en droit national. En tout état de cause, les employés des SMP/SSP sont évidemment tenus de respecter le droit international humanitaire; toute violation qu'ils commettraient, voire de simples allégations de violation, pourrait avoir des conséquences néfastes pour les sociétés. Le risque de poursuites judiciaires est le plus évident. Plus largement, des délits graves – ou de simples allégations – risquent de susciter des augmentations de primes d'assurance et une publicité négative, particulièrement néfaste pour des sociétés cotées en bourse, sans oublier le fait qu'une société dont la réputation a été compromise pourrait avoir du mal à obtenir des contrats à l'avenir avec des clients « prudents », tels que les États, les organisations intergouvernementales et les grandes entreprises commerciales<sup>88</sup>.

Il est donc dans l'intérêt des SMP/SSP de prendre des mesures pour encourager leur personnel à respecter le droit international humanitaire. Elles peuvent même être tenues de le faire afin d'éviter que soit mise en cause la responsabilité des supérieurs, au cas où des violations graves seraient commises.

Bien qu'aucun traité ne spécifie les mesures que peuvent prendre les sociétés à cet effet, les dispositions prises par les États pour assurer le respect du droit par les membres de leurs forces armées peuvent, par analogie, donner quelques indications. Il semble tenu pour acquis que les éléments suivants représentent un minimum nécessaire.

Premièrement, le recrutement de personnel doit comprendre des mesures de vérification, afin d'écartier toute personne qui aurait commis des violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme, ou qui aurait été associée à des forces ou des groupes armés connus pour leurs agissements illégaux.

Deuxièmement, les sociétés doivent dispenser à leurs employés une formation en droit international humanitaire, à la fois en termes généraux et en ce qui concerne spécifiquement les tâches à accomplir. Les sociétés ne doivent pas se contenter de la formation que leurs collaborateurs pourraient avoir reçue dans leurs emplois précédents au sein des forces armées, car leur statut, leurs tâches, et par conséquent leurs obligations, en tant que contractants privés, sont très différentes.

Troisièmement, le personnel doit recevoir des modalités opératoires types et des règles d'engagement conformes aux obligations qui lui incombent en vertu du droit international humanitaire et du droit local applicable.

87 USC, N° 28, par. 1350 [notre traduction]. Pour plus d'informations sur ces affaires, voir la note 39 ci-dessus.

88 Sur ce dernier point, voir Spear, *op. cit.* (note 2), p. 44.

Quatrièmement, les sociétés doivent mettre en place des mécanismes permettant d'enquêter sur toute allégation de violation, et d'assurer la transparence, entre autres par la communication des résultats de ces enquêtes aux autorités compétentes de l'État aux fins de poursuites judiciaires.

Étant donné, cependant, l'incertitude qui entoure la notion de « responsabilité du supérieur » au sein d'une société, et l'absence de mécanismes disciplinaires internes aussi perfectionnés et complets que ceux des forces armées (dont la justice militaire), des doutes ont été exprimés sur la question de savoir si les mesures d'encouragement et les outils à disposition des SMP/SSP pour encourager le respect du droit par leur personnel pourront jamais être aussi efficaces que ceux des forces armées.

### Les codes de bonne conduite

Il convient, en dernier lieu, de mentionner les codes volontaires de bonne conduite, parfois cités par les sociétés et par certains auteurs comme s'ils étaient l'unique source d'obligations pour les SMP/SSP.

Une démarche « volontaire » peut être appropriée en matière de droits de l'homme. En effet, exception faite de certaines violations graves reconnues comme des crimes sur le plan international (comme la torture), le droit des droits de l'homme est contraignant pour les États et pour leurs agents, mais non pour des entités ou des personnes privées, comme les SMP/SSP et leur personnel<sup>89</sup>.

Il en va tout autrement en droit international humanitaire. Comme nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises, le personnel des SMP/SSP est bel et bien lié par ce droit. Il n'est donc pas possible pour les sociétés de déterminer librement leur comportement, ou celui de leur personnel, dans les domaines régis par le droit international humanitaire. Le rôle des codes de bonne conduite adoptés par des entreprises ou par des associations commerciales, comme la *British Association of Private Security Companies* ou la *International Peace Associations Organization*, doit donc être compris dans ce contexte. En ce qui concerne les questions régies par le droit international, ces codes peuvent décrire des pratiques optimales garantissant que les sociétés et leur personnel s'acquittent de leurs obligations au regard du droit international humanitaire, mais en aucun cas ces codes ne peuvent être l'occasion pour les sociétés d'indiquer, en termes non contraignants et généralement très vagues, quel sera leur comportement.

### Les responsabilités des États qui engagent des SMP/SSP

Les discussions sur le cadre juridique applicable aux SMP/SSP éludent parfois le fait que lorsque des sociétés sont engagées par des États, ces derniers ont des

<sup>89</sup> Voir Gillard, *op. cit.* (note 84), p. 115. Pour un point de vue différent sur la question, voir Clapham, *op. cit.* (note 68).

obligations importantes, indépendamment de celles des employés de ces sociétés, que nous avons évoquées plus haut. Dans de telles circonstances, les États ont un rôle important à jouer pour favoriser le respect du droit international humanitaire.

Certains aspects ou certaines conséquences de cette responsabilité parallèle sont expressément mentionnés dans les traités de droit international humanitaire, mais les dispositions pertinentes sont, le plus souvent, une expression spécifique des règles générales relatives à la responsabilité des États au regard du droit international public pour les actes de leurs agents<sup>90</sup>.

### Les États ne peuvent se dégager de leurs obligations au regard du droit international humanitaire en engageant des SMP/SSP

De manière générale, le droit international humanitaire n'interdit pas aux États d'engager des SMP/SSP pour effectuer certaines activités. Il est évident, cependant, qu'en pareil cas, ils demeurent tenus de remplir leurs obligations au regard de ce droit. Si la société ne remplit pas les obligations des États, ces derniers ne sont pas pour autant libérés de leur responsabilité de satisfaire aux normes fixées dans les traités pertinents.

Les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Conventions de Genève contiennent des exceptions de portée limitée à ce principe général, dans la mesure où elles exigent que les camps de prisonniers de guerre et les lieux d'internement des personnes protégées soient placés sous l'autorité directe d'un « officier responsable » ou d'un « officier ou fonctionnaire responsable, choisi dans les forces militaires régulières ou dans les cadres de l'administration civile régulière de la Puissance détentrice », respectivement<sup>91</sup>. Toutefois, aussi longtemps que ce contrôle et cette responsabilité généraux sont assurés, rien n'interdit à un État d'engager une SMP/SSP pour administrer de tels lieux de détention.

Supposons par exemple qu'une société soit engagée pour administrer un camp de prisonniers de guerre. L'État détenteur reste tenu de veiller à ce que les normes d'internement et de traitement fixées dans la III<sup>e</sup> Convention de Genève soient respectées, et il ne peut échapper à ses responsabilités en invoquant le fait qu'il recourt aux services d'une SMP/SSP pour administrer le camp<sup>92</sup>.

Les États peuvent cependant souhaiter, pour diverses raisons, limiter les types d'activités pouvant être effectuées par des sociétés. Ces limitations peuvent être appliquées de manière ponctuelle ou conformément à des règlements qui définissent formellement les limites des activités qu'il est possible de sous-traiter. Ainsi, le Département de la défense des États-Unis, qui table sur un soutien important du secteur privé, a

90 Un grand nombre de ces principes s'appliquent aussi, par analogie, aux obligations en matière de droits de l'homme. Voir, p. ex., Droegge, *op. cit.* (note 13), et Hampson, *op. cit.* (note 13).

91 III<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 39, et IV<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 99.

92 Voir, p. ex., l'al. 1 de l'art. 12 de la III<sup>e</sup> Convention de Genève, qui dispose que: « Les prisonniers de guerre sont au pouvoir de la Puissance ennemie, mais non des individus ou des corps de troupe qui les ont fait prisonniers. Indépendamment des responsabilités individuelles qui peuvent exister, la Puissance détentrice est responsable du traitement qui leur est appliqué. »

adopté récemment une instruction qui précise, entre autres, quelles sont les activités pouvant être sous-traitées et quelles sont celles qui ne peuvent être réalisées que par des membres des forces armées ou par des employés civils du Département de la défense<sup>93</sup>. Le principe sous-jacent, qui est fondé sur le droit administratif général des États-Unis, est que les fonctions et tâches qui sont «de nature intrinsèquement gouvernementale» ne peuvent être sous-traitées, et doivent être réalisées exclusivement par le personnel civil ou militaire du Département de la défense<sup>94</sup>.

Sans entrer dans le détail du texte de cette instruction, il vaut la peine de s'arrêter sur certaines activités particulièrement pertinentes du point de vue du droit international humanitaire. Ainsi, la «maîtrise opérationnelle des forces militaires» est-elle une tâche intrinsèquement gouvernementale<sup>95</sup>, de même que les «opérations de combat», ce qui a pour conséquence que seuls des membres des forces armées peuvent participer directement aux hostilités<sup>96</sup>. En revanche, les «conseils techniques sur le fonctionnement de systèmes d'armement ou autres mesures d'appui, n'impliquant pas l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, fournis à l'appui des opérations de combat» sont exclus, et peuvent donc être offerts par des acteurs privés<sup>97</sup>.

Les services de sécurité destinés à protéger des ressources (personnes, informations, matériel et fournitures) dans des zones hostiles sont «intrinsèquement gouvernementaux» s'ils «englobent des situations internationales imprévisibles ou des situations à haut risque échappant à toute maîtrise, dans lesquelles le succès dépend de la manière dont sont gérées les opérations<sup>98</sup>». Il en est par exemple ainsi des situations qui exigent une démonstration de force militaire ou des activités d'appui direct aux combats (par exemple la surveillance de la circulation sur le champ de bataille et la sécurité de zone), ou qui se déroulent contre une «organisation militaire ou paramilitaire dont les capacités sont si perfectionnées que seules les forces militaires peuvent fournir une défense appropriée<sup>99</sup>». En revanche, le secteur privé peut fournir des services

93 US Department of Defence Instruction N°. 1100.22, *op. cit.* (note 35).

94 *Ibid.*, par. 4.1. On trouve la même disposition dans l'instruction n° 3020.41 du Département de la défense des États-Unis (*op. cit.* (note 35)). En termes généraux, selon l'instruction n° 1100.22, les fonctions «intrinsèquement gouvernementales» comprennent: «les activités qui exigent, soit de faire usage d'un pouvoir d'appréciation en exerçant l'autorité du gouvernement fédéral, ou de porter des jugements de valeur en prenant des décisions au nom du gouvernement fédéral» [notre traduction].

95 US Department of Defence Instruction N°. 1100.22, Enclosure 2, Manpower Mix Criteria, par. E2.1.1.

96 *Ibid.*, par. E2.1.3 et E2.1.3.3. La raison donnée est la suivante: «Seules les forces militaires offrent les autorités et les contrôles appropriés (autorité du commandement, autorité du [Code uniforme de justice militaire] et pouvoir discrétionnaire), la discipline, les armes, le matériel et l'organisation nécessaires pour exécuter des missions de combat au nom des États-Unis. Si des opérations de combat étaient réalisées par des contractants du secteur privé, cela représenterait un renoncement malencontreux à l'autorité souveraine du gouvernement des États-Unis.» [Notre traduction.]

97 *Ibid.*, par. E2.1.3.3.2 [notre traduction]. Autres éléments «intrinsèquement gouvernementaux», l'«autorité du Code uniforme de justice militaire», c'est-à-dire le pouvoir d'arrêter ou de priver de liberté les membres des forces armées et les civils qui suivent les forces armées durant une guerre déclarée s'ils sont soupçonnés de violation du Code uniforme de justice militaire (par. E2.1.2.1) et la discipline militaire ainsi que le pouvoir de décision discrétionnaire (par. E2.1.2.2).

98 *Ibid.*, par. E2.1.4.1.

99 *Ibid.*, par. E2.1.4.1.2 et E2.1.4.1.3 [notre traduction].

de sécurité qui ne comportent pas « l'exercice d'un pouvoir d'appréciation important, comme la sûreté dans des bâtiments situés à l'intérieur d'enceintes sécurisées dans des environnements hostiles<sup>100</sup> ».

Enfin, le traitement, le transfert, la détention et l'interrogatoire de prisonniers de guerre, d'internés civils et d'autres personnes privées de liberté sont des fonctions intrinsèquement gouvernementales<sup>101</sup>. Toutefois, lorsqu'une sécurité suffisante est assurée, « des contractants dûment formés et approuvés » peuvent être engagés dans des opérations de ce type en qualité de linguistes, d'interprètes et de rédacteurs de rapports, à condition que « leur travail soit dûment vérifié par un nombre suffisant de fonctionnaires gouvernementaux ayant reçu la formation nécessaire<sup>102</sup> ».

À l'intérieur de cette catégorie d'opérations importante, on mentionne spécifiquement en premier lieu « la direction et le contrôle des opérations de renseignement en zone hostile », activité intrinsèquement gouvernementale. Des contractants dûment formés peuvent cependant être employés pour rédiger des plans d'interrogatoire et pour mener des interrogatoires approuvés par le gouvernement, à condition d'être correctement supervisés et étroitement surveillés<sup>103</sup>. En second lieu, on trouve une référence à la « direction et [au] contrôle des installations de détention » pour prisonniers de guerre, internés civils et autres personnes privées de leur liberté dans les zones d'opération, tâches qui doivent être effectuées par du personnel militaire<sup>104</sup>.

### Les États doivent faire respecter le droit international humanitaire par les SMP/SSP qu'ils engagent

Dans l'article premier commun aux Conventions de Genève, les États se sont engagés à respecter et à faire respecter le droit international humanitaire<sup>105</sup>. Cet engagement exige entre autres que les États prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que leurs forces armées respectent le droit. Elles peuvent le faire par des mesures de préparation, y compris la diffusion de connaissances sur le droit international humanitaire au sein de leurs forces armées, mais aussi en supervisant la mise en œuvre de leurs obligations, par exemple en surveillant l'exécution des ordres et des instructions donnés aux autorités militaires<sup>106</sup>. Dans la mesure où les employés des SMP/SSP peuvent être considérés comme des membres des forces armées, sur la base de l'analyse ci-dessus, ils doivent eux aussi bénéficier de telles mesures.

Cette obligation ne se limite pas aux forces armées de l'État; elle s'étend aux autres personnes qui agissent en son nom ou sous sa direction et son autorité.

100 *Ibid.*, par. E2.1.4.1.5 et E2.1.4.1.5.1 [notre traduction].

101 *Ibid.*, par. E2.1.6.

102 *Id.* [notre traduction].

103 *Ibid.*, par. E2.1.6.2.

104 *Ibid.*, par. E2.1.6.4 [notre traduction].

105 Le par. 1 de l'art. premier du Protocole additionnel I réitère cet engagement.

106 Commentaire de la III<sup>e</sup> Convention de Genève, op. cit. (note 27), p. 24; *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit. (note 58), par. 41.

Ces personnes peuvent de toute évidence inclure aussi les employés des SMP/SSP engagés par un État qui ne sont pas membres de ses forces armées.

Quelles sont les mesures qu'un État peut prendre pour remplir cette obligation de faire respecter le droit international humanitaire? Les traités formulent spécifiquement certaines mesures qui doivent être prises eu égard aux personnes qui ne sont pas membres des forces armées. On peut en suggérer d'autres, sur la base de celles qui doivent être prises par rapport aux forces armées.

Premièrement, l'une des conditions préalables au respect du droit est la connaissance de ses dispositions. Les employés des SMP/SSP engagés par des États doivent donc recevoir une formation appropriée en droit international humanitaire<sup>107</sup>. Cette exigence est expressément formulée dans les Conventions de Genève pour les personnes qui assument certaines responsabilités, notamment à l'égard des prisonniers de guerre<sup>108</sup> et des personnes protégées en vertu de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>109</sup>.

Si la formation en droit international humanitaire est donc indubitablement obligatoire pour les personnes qui assument des responsabilités à l'égard des personnes protégées par ce droit, les Conventions sont muettes sur la question de savoir qui doit dispenser cette formation. Par conséquent, lorsque des SMP/SSP sont engagés par des États, soit le client peut fournir une telle formation, ou une exigence de formation peut être inscrite dans le contrat, à charge pour la société de veiller à ce que cette condition soit remplie. Ainsi, une directive adoptée en 2006 par le Département de la défense des États-Unis a choisi la deuxième voie, en imposant que les cahiers des charges des contractants engagés par le Département « exigent des contractants qu'ils instituent et mettent en œuvre des programmes efficaces pour prévenir les violations du droit de la guerre par leurs employés et leurs sous-traitants, y compris la formation et la diffusion touchant le droit de la guerre<sup>110</sup> ».

107 Le par. 2 de l'art. 87 du Protocole additionnel I exige des commandants qu'ils s'assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions de Genève et du Protocole. Les employés des SMP/SSP pouvant être considérés comme des membres des forces armées seraient de toute évidence concernés par cette disposition.

108 L'art. 127 de la III<sup>e</sup> Convention de Genève stipule que: « Les autorités militaires *ou autres* qui, en temps de guerre, assumeraient des responsabilités à l'égard des prisonniers de guerre, devront posséder le texte de la Convention et être instruites spécialement de ses dispositions. » (Souligné par nous.) Il convient aussi de citer l'art. 39 de la Convention, qui exige que l'officier responsable d'un camp de prisonniers de guerre veille à ce que les dispositions de la Convention soient connues du personnel du camp. Ce personnel peut de toute évidence inclure des employés de SMP/SSP.

109 L'art. 144 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève dispose que: « Les autorités civiles, militaires, de police *ou autres* qui, en temps de guerre, assumeraient des responsabilités à l'égard des personnes protégées, devront posséder le texte de la Convention et être instruites spécialement de ses dispositions. » (Souligné par nous.) L'art. 99 de la Convention est pertinent lui aussi; il stipule que: « Le personnel de surveillance sera instruit des dispositions de la présente Convention et des règlements ayant pour objet son application. » On trouve une exigence plus générale de formation au par. 2 de l'art. 83 du Protocole additionnel I, qui dispose: « Les autorités militaires ou civiles qui, en période de conflit armé, assumeraient des responsabilités dans l'application des Conventions [de Genève] et du présent Protocole devront avoir une pleine connaissance du texte de ces instruments. »

110 « DoD Law of War Program », US Department of Defense Directive N<sup>o</sup>. 2311.01E, 9 mai 2006, par. 5.7.4.

Deuxièmement, les employés des SMP/SSP doivent recevoir des instructions conformes à leurs obligations découlant du droit international humanitaire<sup>111</sup>. L'État qui engage la société peut soit fournir lui-même de telles « règles d'engagement » ou « modalités opératoires types », ou exiger de la société qu'elle les fournisse.

Troisièmement, afin de contrôler l'exécution de ses instructions, l'État qui engage la société devrait mener une sorte de suivi des activités par lesquelles la SMP/SSP s'acquitte des tâches qui lui ont été confiées. Cette supervision a entre autres pour objet de permettre d'enquêter sans retard sur toute allégation de comportement illicite, conformément à l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire<sup>112</sup>.

À titre d'exemple dans ce domaine, la directive citée plus haut du Département de la défense des États-Unis exige de tous les employés, militaires et civils, des États-Unis, mais aussi du personnel contractant et des sous-traitants affectés à une composante du Département de la défense ou l'accompagnant, qu'ils signalent toute violation possible, soupçonnée ou alléguée du droit international humanitaire, pour qu'elle fasse l'objet d'une enquête. En outre, elle exige que cette obligation de signalement figure dans les contrats passés avec des sociétés<sup>113</sup>.

### Les États sont responsables des violations du droit international humanitaire commises par les employés des SMP/SSP qu'ils engagent et qui peuvent leur être attribuées

Divers acteurs peuvent encourir une responsabilité juridique pour la même violation du droit international humanitaire. Outre la responsabilité pénale individuelle des employés des SMP/SSP pour les crimes de guerre – et l'éventuelle responsabilité de la société au regard du droit national –, l'État qui a engagé la société peut aussi être responsable de la violation si elle peut lui être attribuée<sup>114</sup>.

Les règles de droit international public relatives à la responsabilité des États ont récemment été reformulées par la Commission du droit international dans ses

111 Le par. 2 de l'art. 80 du Protocole additionnel I exige des États qu'ils donnent des ordres et des instructions propres à assurer le respect des quatre Conventions de Genève et du Protocole, et en surveillent l'exécution.

112 *Ibid.* En outre, le par. 1 de l'art. 87 exige des commandants qu'ils empêchent que soient commises des infractions aux Conventions de Genève et au Protocole et, au besoin, qu'ils les répriment et les dénoncent aux autorités compétentes. Cette obligation existe à la fois à l'égard des membres des forces armées placés sous leur commandement et à l'égard des « autres personnes sous leur autorité ». Cette expression a été interprétée de manière très large comme incluant, par exemple, la population civile dans un territoire occupé. (*Commentaire des Protocoles additionnels, op. cit.* (note 58), par. 3555). Il n'y a, semble-t-il, aucune raison que cette obligation n'existe pas aussi par rapport aux employés des SMP/SSP engagées par les forces armées ou autrement placées sous leur autorité, même si elles ne font pas partie de leur structure hiérarchique officielle.

113 US Department of Defence Directive N° 2311.01E, *op. cit.* (note 110), par. 6.3.

114 Alors que la responsabilité pénale individuelle n'existe, sur le plan international, que pour les crimes de guerre et pour certaines violations très graves des droits de l'homme, les États peuvent être tenus responsables de toute violation du droit international.

articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>115</sup>. Les projets d'articles qui sont particulièrement pertinents en l'occurrence sont les projets d'articles 4, 5, 7 et 8, qui définissent certains des critères permettant d'attribuer un acte illicite à un État.

Une analyse détaillée des règles d'attribution des actes aux États sortirait du cadre du présent article; on s'en tiendra ici à quelques remarques de portée générale. La question de savoir si un État peut être considéré responsable de violations du droit international humanitaire commises par le personnel d'un SMP/SSP qu'il a engagée n'a pas de réponse univoque. Cela dépend essentiellement du statut des personnes concernées et de la base sur laquelle ont été exécutées les opérations en question<sup>116</sup>.

Si les employés des SMP/SSP peuvent, en fonction des critères évoqués plus haut, être considérés comme des membres des forces armées de l'État, alors leurs actes sont ceux d'«un organe» de l'État, et ils sont par conséquent attribuables à l'État qui a engagé la SMP/SSP, sur la base du projet d'article 4, qui dispose (au paragraphe 1) que:

«Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État<sup>117</sup>.»

La responsabilité de l'État pour les violations du droit international humanitaire commises par des employés des SMP/SSP qui ne sont pas membres des forces armées (c'est-à-dire les civils suivant les forces armées et les civils «ordinaires») est plus difficile à établir. L'une des bases possibles pourrait être le projet d'article 5, qui traite du comportement des personnes ou d'entités qui exercent des éléments de l'autorité gouvernementale et qui dispose que:

«Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.»

115 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international, reproduit dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 53<sup>e</sup> session, 23 avril – 1<sup>er</sup> juin et 2 juillet – 10 août 2001, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquante-sixième session, supplément n° 10* (doc. Nations Unies A/56/10), 2001, chapitre IV.E.1. Le Projet d'articles en discussion est considéré, de l'avis général, comme reflétant les règles de droit coutumier sur ce sujet.

116 La base et l'étendue de la responsabilité de l'État à l'égard des SMP/SSP a fait l'objet de longs débats lors de la réunion d'experts qui s'est déroulée en 2005 à Genève. Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors, op. cit.* (note 12).

117 Le commentaire de ce projet d'article indique qu'aucune distinction n'est établie entre les faits des «supérieurs hiérarchiques» et des «subordonnés» aux fins de l'attribution; ainsi, le fait qu'il est peu probable que des employés de SMP/SSP occupent des postes élevés au sein des forces armées n'exclut pas la responsabilité de l'État. (Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *op. cit.* (note 115), p. 92.)

À première vue, cette disposition semble s'appliquer à une proportion considérable d'activités des SMP/SSP à l'égard desquelles le droit international humanitaire est pertinent; en effet, les opérations liées aux combats en temps de guerre et les détentions qui leur sont associées semblent intuitivement correspondre à la notion de «prérogatives de puissance publique»<sup>118</sup>. Cependant, l'exigence que l'entité soit «habilitée par le droit de cet État» limite considérablement la portée de la disposition. Le commentaire précise que le projet d'article 5 ne couvre que la conduite des entités «habilité[e]s par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique», ce qui le distingue du cas des entités qui agissent sous la direction ou le contrôle de l'État de manière plus générale.

L'existence d'un contrat entre l'État et la société n'est visiblement pas suffisante en soi pour que l'État se trouve couvert par la disposition. La question de savoir dans quelle mesure le droit interne doit être spécifique n'est toutefois pas parfaitement claire. Faut-il identifier nommément les fonctions déléguées, ainsi que la manière dont elles doivent être réalisées? La société doit-elle être spécifiquement désignée, ou suffit-il de formuler des critères que les sociétés doivent respecter pour effectuer l'activité en question? Des instruments définissant les types d'activités qui peuvent être déléguées, ainsi que des indications générales pour leur exécution et leur suivi, comme les directives du Département de la défense des États-Unis sur les contractants et la combinaison de main-d'œuvre, sont-ils suffisants? Il n'y a pas de réponse univoque à ces questions.

Une dernière base possible pour l'attribution est le projet d'article 8, qui traite du comportement sous la direction ou le contrôle de l'État, et qui stipule que:

«Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.»

À première vue, cette disposition semble aussi concerner la situation d'un grand nombre de SMP/SSP, puisque, à condition d'être suffisamment détaillé, le contrat pourrait être considéré comme une forme d'«instructions», ou suffire à placer la société sous la direction et le contrôle de l'État qui l'a engagée. Toutefois, comme pour le projet d'article 5, une lecture plus attentive montre que la disposition est de portée assez étroite. Il ressort clairement du

118 Le commentaire du projet d'art. 5 cite en exemple le recours à des sociétés de sécurité privées pour assurer des fonctions de gardien de prison, qui, en cette qualité, exerceraient des prérogatives de puissance publique comportant par exemple un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire, ainsi que le cas de compagnies aériennes qui peuvent se voir déléguer certains pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine. (Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *op. cit.* (note 115), p. 97.) Les activités qui pourraient être considérées comme exercice d'une «puissance publique» ont fait l'objet de longs débats lors de la réunion d'experts. Voir le rapport *Expert Meeting on Private Military Contractors*, *op. cit.* (note 12), pp. 16 à 18.

libellé de l'article («en adoptant ce comportement») ainsi que du commentaire que cette disposition ne couvre pas les actes illicites commis alors que la société appliquait des instructions de l'État ou agissait sous sa direction et son contrôle. En effet, «les instructions, les directives ou le contrôle doivent être en rapport avec le comportement qui est censé avoir constitué un fait internationalement illicite<sup>119</sup>». La responsabilité de l'État n'est donc établie, aux termes du projet d'article 8, que si l'État a donné instruction à la société de commettre des violations du droit international humanitaire, mais pas si elle a engagé la société pour réaliser une activité licite et si les employés, en exécutant le contrat, ont violé la loi.

Le projet d'article 7 formule la règle générale selon laquelle la responsabilité de l'État est engagée pour toutes les violations du droit international commises par les organes de l'État ou par les personnes habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique dans l'exercice de leurs fonctions officielles, y compris lorsqu'ils outrepassent leurs compétences<sup>120</sup>. Il n'existe toutefois pas de telle responsabilité générale en ce qui concerne les actes commis par des personnes qui outrepassent leurs compétences alors qu'elles agissent sur instruction de l'État ou sous sa direction ou son contrôle.

Il ressort donc de tout cela qu'un État n'est pas automatiquement responsable des violations du droit international humanitaire commises par le personnel d'une société qu'il a engagée. Pourtant, des situations dans lesquelles les actes de contractants ne peuvent être attribués à un État peuvent néanmoins engager la responsabilité directe de l'État pour ses propres violations du droit. Cette responsabilité peut être engagée parce que l'État a manqué à ses obligations au regard du droit international humanitaire, ou parce qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour garantir le respect du droit.

Enfin, tout comme pour la responsabilité pénale individuelle pour les crimes de guerre, si cette responsabilité des États est bien établie en droit, elle est souvent difficile à faire reconnaître dans la pratique. Les procédures devant les tribunaux internationaux sont rares, notamment parce qu'il est difficile de trouver une juridiction compétente, alors que les procédures devant les tribunaux nationaux sont souvent entravées par des assertions d'immunité souveraine ou par le fait que le droit international humanitaire n'est pas directement applicable dans certains États.

## La responsabilité des supérieurs

Outre la responsabilité potentielle de l'État, les violations du droit international humanitaire commises par le personnel des SMP/SSP engagées par des États pourraient aussi entraîner la responsabilité des commandants des forces

119 Commentaires du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *op. cit.* (note 115), p. 114.

120 L'art. 91 du Protocole additionnel I réaffirme spécifiquement cette règle en ce qui concerne les violations du droit international humanitaire commises par les personnes faisant partie des forces armées.

armées et des représentants de l'État sur la base du principe de la responsabilité des supérieurs.

Cette notion a été évoquée plus haut en rapport avec la responsabilité éventuelle des dirigeants et de l'encadrement de la société à l'égard des actes de leurs employés. Si le degré nécessaire de contrôle des actes des subordonnés est établi – et il convient de rappeler que la responsabilité se limite généralement aux supérieurs directs ayant une responsabilité personnelle à l'égard des subordonnés placés sous leur commandement –, la responsabilité pourrait être invoquée en théorie aussi bien pour un commandant militaire, si la société a été engagée pour assister les forces armées, que pour un fonctionnaire civil dans d'autres circonstances. Toutefois, à moins qu'ils puissent être considérés comme des membres des forces armées, auquel cas la responsabilité du commandement sera établie de la manière habituelle, le plus souvent les employés des SMP/SSP reçoivent des instructions des dirigeants de la société et non de membres des forces armées ou de responsables de l'État qui les a engagés. Qui plus est, ce sont en général les sociétés qui sont responsables de la discipline des employés<sup>121</sup>. Il est donc peu probable que les représentants de l'État exercent le degré de contrôle nécessaire sur les actes des employés des SMP/SSP pour que la responsabilité des supérieurs puisse être invoquée.

**Les États doivent enquêter sur les crimes de guerre allégués du personnel des SMP/SSP qu'ils ont engagés, et, si nécessaire, les poursuivre**

Comme nous l'avons vu plus haut, les Conventions de Genève exigent des États qu'ils prennent les mesures nécessaires pour faire cesser tous les actes contraires aux Conventions et pour rechercher et faire comparaître devant leurs tribunaux, ou extradier, les personnes suspectées d'avoir commis des infractions graves. Cette obligation existe pour toutes les personnes, et elle s'applique à fortiori aux personnes engagées par un État. Les États doivent donc veiller à disposer des mécanismes et de la législation nécessaires pour enquêter, et si nécessaire pour poursuivre les employés des SMP/SSP qu'ils ont engagés, au cas où ces personnes viendraient à commettre des violations graves du droit international humanitaire.

## **Les responsabilités et les rôles des autres États**

Nous avons traité, dans le chapitre précédent, des obligations des États qui engagent des SMP/SSP. Ils ont des responsabilités claires et directes. Cependant, les autres États ont aussi un rôle à jouer pour encourager le personnel des SMP/SSP intervenant dans des situations de conflit armé à respecter le droit international humanitaire.

121 L'instruction du Département de la défense des États-Unis relative aux contractants attribue expressément aux sociétés la responsabilité de veiller à ce que leurs employés agissent dans le respect du contrat et respectent les ordres donnés sur le théâtre d'opérations ainsi que les directives, lois et règlements applicables. Elles sont aussi responsables du maintien de la discipline parmi leurs employés. US Department of Defence Instruction N°. 3020.41, *op. cit.* (note 35), par. 6.3.3.

## Le devoir de réprimer les infractions graves

Comme nous l'avons indiqué plus haut, *tous* les États ont le devoir de rechercher et de poursuivre ou d'extrader les personnes soupçonnées de crimes de guerre. Par conséquent, tous les États sont responsables de poursuivre en justice les employés des SMP/SSP soupçonnés d'avoir commis de graves violations du droit international humanitaire.

De toute évidence, certains États sont plus appropriés que d'autres pour engager des poursuites, car ils sont liés à la violation commise. Il en est notamment ainsi de l'État où la violation alléguée aurait été commise; de l'État dont sont ressortissantes les victimes ou, si ce n'est pas le même, de l'État où elles se trouvent; de l'État de nationalité des supposés coupables; et enfin, éventuellement, de l'État de nationalité de la société employant les personnes en question. Rien n'empêche d'autres États d'engager des poursuites, à condition que leurs tribunaux aient une compétence suffisamment étendue.

## L'engagement de «faire respecter» le droit international humanitaire

En vertu de l'article premier commun aux Conventions de Genève, les États parties se sont engagés à respecter et à faire respecter le droit international humanitaire. Le volet «faire respecter» de cette disposition a été interprété au sens large. Il exige de toute évidence des États qu'ils prennent des mesures pour veiller à ce que leurs troupes, et toute autre personne agissant en leur nom, respectent le droit. Il a aussi été interprété, cependant, comme un engagement pris par tous les États de tenter d'influencer le comportement des parties à un conflit armé afin d'encourager le respect du droit<sup>122</sup>.

Certains États sont en situation particulièrement favorable pour encourager le respect du droit international humanitaire par les SMP/SSP opérant dans des situations de conflit armé. En plus de l'État qui engage la société – qui a des obligations claires, que nous avons déjà vues –, ils incluent les États sur le territoire desquelles opèrent les sociétés et leur État de nationalité, ainsi que (dans une moindre mesure, certes) l'État de nationalité des employés.

Les traités ne précisent pas comment peut être tenu l'engagement de faire respecter le droit. La méthode la plus répandue a consisté, pour les États non impliqués dans un conflit armé, à intervenir par les canaux diplomatiques pour rappeler aux belligérants leurs obligations<sup>123</sup>. Il existe de nombreuses autres options.

L'une des possibilités qui s'offrent aux États sur le territoire desquels opèrent des SMP/SSP et à leur État de nationalité serait l'adoption d'un cadre

122 Voir p. ex. *Commentaire de la III<sup>e</sup> Convention de Genève*, *op. cit.* (note 27), p. 25, et *Commentaire des Protocoles additionnels*, *op. cit.* (note 58), par. 41 et suiv. Des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si les rédacteurs des Conventions avaient pensé à cette interprétation. Voir p. ex. Frits Kalshoven, «The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: From tiny seed to ripening fruit», *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, p. 3.

123 Voir p. ex. Henckaerts et Doswald-Beck, *op. cit.* (note 66), Vol. I: *Règles*, règle 144.

réglementaire. En plus d'encourager le respect du droit international humanitaire en incluant par exemple des exigences en matière de formation du personnel, cette démarche permettrait aussi aux États de résoudre certains autres problèmes posés par les activités dans ce secteur, comme le manque de transparence et la nécessité de fixer des limites claires aux activités pouvant être réalisées par le secteur privé, pour n'en citer que deux. De fait, la mise en place d'un cadre réglementaire national est bien la solution préconisée par de nombreux auteurs<sup>124</sup>.

Nous n'évoquons ici que quelques éléments clés d'éventuelles démarches réglementaires, car un examen détaillé de ces questions nous entraînerait hors du cadre de cet article.

### *Le rôle des États sur le territoire desquels opèrent les SMP/SSP*

Les États sur le territoire desquels opèrent des SMP/SSP peuvent non seulement avoir engagé les sociétés elles-mêmes, mais aussi « accueillir » des SMP/SSP engagées par autrui. Ainsi, on trouve actuellement en Irak des sociétés engagées par les États-Unis – c'est-à-dire par une partie au conflit –, par des États tiers qui ne participent pas aux hostilités, par des sociétés privées et par des organisations intergouvernementales et non gouvernementales.

Ces États hôtes ont évidemment intérêt à exercer leur contrôle sur ces acteurs, souvent armés, qui opèrent sur leur territoire. Comme cela a déjà été indiqué, seuls deux États, à l'heure actuelle, sont dotés d'une législation qui réglemente spécifiquement les opérations des SMP/SSP, à savoir la Sierra Leone et l'Irak<sup>125</sup>. L'Afghanistan est en train de mettre au point un cadre réglementaire.

Sans entrer dans le détail, un tel système pourrait en premier lieu exiger des sociétés souhaitant fournir des services de sécurité ou militaires qu'elles obtiennent une autorisation d'exploitation pour opérer. Une société devrait pour cela satisfaire à quelques critères de base, y compris, pour assurer le respect du droit international humanitaire, l'exigence de procéder à un contrôle de sécurité de ses employés, de les former au droit international humanitaire, d'adopter des modalités opératoires types ou des règles d'engagement conformes à leurs obligations en vertu de ce droit, d'établir des mécanismes internes

124 Voir p. ex. Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2), ainsi que Holmqvist, *op. cit.* (note 2). Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la question de la torture a lui aussi suggéré un cadre réglementaire. Il a appelé les États : « [à] adopter une législation pour contrôler et surveiller les activités de prestataires privés de services dans les domaines militaire, policier et sécuritaire afin qu'ils ne facilitent ni ne pratiquent la torture. Les entreprises et les personnes fournissant ces services devraient être tenues de s'inscrire sur des registres et de présenter des rapports annuels circonstanciés sur leurs activités. Chaque transfert international proposé de personnel ou de formation devrait être préalablement autorisé par les autorités, et ce, uniquement s'il est conforme à des critères accessibles à tous et fondés sur les normes internationales relatives aux droits de l'homme et le droit international humanitaire. » Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture, Theo van Boven, Doc. Nations Unies E/CN.4/2005/62, 15 décembre 2004, al. h) du par. 37.

125 CPA Memorandum 17: Registration Requirements for Private Security Companies, 26 juin 2004, et section 19 de la loi sierra-léonaise, National Security and Central Intelligence Act (2002).

pour enquêter sur les allégations d'actes illicites et de transmettre les conclusions aux autorités compétentes pour qu'elles poursuivent les enquêtes<sup>126</sup>.

De toute évidence, le cadre réglementaire couvrirait de nombreux autres aspects des opérations des SMP/SSP, y compris les types d'activités pouvant être confiées au secteur privé<sup>127</sup> et les types d'armes qui peuvent être employés<sup>128</sup>. Il pourrait être basé sur une autorisation d'exploitation «à usage unique» ou exiger une autorisation ou notification contrat par contrat, plus l'enregistrement de tous les employés. Enfin, il pourrait établir un mécanisme de supervision des activités des SMP/SSP ainsi que des sanctions pour celles qui fonctionnent sans autorisation ou en violation de celle-ci (comme par exemple retrait de l'autorisation d'exploitation, perte de caution, amendes et sanctions pénales). Pour favoriser la transparence, des rapports annuels au parlement sur la mise en œuvre du cadre réglementaire pourraient aussi être envisagés.

### *Le rôle de l'État de nationalité des SMP/SSP*

Un cadre réglementaire permettrait aussi à l'État de nationalité de la SMP/SSP d'exercer un certain degré de contrôle et de supervision des activités de ses sociétés à l'étranger. À l'heure actuelle, l'Afrique du Sud est le seul pays à avoir adopté une législation qui traite spécifiquement des opérations de ses sociétés – et de ses ressortissants – à l'étranger<sup>129</sup>. Une petite minorité d'États traitent de la prestation de certains services militaires et de sécurité à l'étranger dans leur législation sur le contrôle des exportations d'armes<sup>130</sup>. Le Royaume-Uni – pays de nationalité d'un nombre important de SMP/SSP – envisage depuis un certain temps d'adopter un tel cadre réglementaire<sup>131</sup>.

Les éléments de base d'un cadre réglementaire pourraient comprendre l'exigence d'une autorisation d'exploitation, qui ne serait délivrée qu'aux sociétés qui satisfont à des normes similaires à celles évoquées ci-dessus pour le États où opèrent des SMP/SSP, y compris celles qui visent à encourager le respect du droit international humanitaire.

En outre, on pourrait exiger des sociétés qu'elles obtiennent une autorisation pour chaque opération. Les critères de délivrance de l'autorisation

126 Ni le CPA Memorandum 17, ni la loi de Sierra Leone, ne traitent de cette question.

127 La section 9.1 du CPA Memorandum 17 dispose que: «Le rôle essentiel des SSP est la dissuasion. Aucune SSP ni aucun employé de SSP ne peut exercer des fonctions de répression.» [Notre traduction.]

128 Voir p. ex. la section 6 du CPA Memorandum 17.

129 Regulation of Foreign Military Assistance Act (FMAA), 1998. Un certain nombre d'amendements ont été apportés à cette loi; ils devraient entrer en vigueur en 2007. Voir au sujet de ce texte Raenette Taljaard, «Implementing South Africa's Regulation of Foreign Military Assistance Act», dans Alan Bryden et Marina Caparini (éd.), *Private Actors and Security Governance*, 2006, pp. 176 et suiv.

130 Voir p. ex. le règlement des États-Unis International Traffic in Arms Regulations. Voir à ce sujet Schreier et Caparini, *op. cit.* (note 2), pp. 104 et suiv.

131 Voir, p. ex., *Private Military Companies: Options for Regulation*, Foreign and Commonwealth Office, HC 577, 2002. Au sujet de ce livre vert et de l'évolution ultérieure de la question au Royaume-Uni, on peut consulter p. ex. Christopher Kinsey, «Regulation and control of private military companies: The legislative dimension», *Contemporary Security Policy*, Vol. 26(1), 2005, p. 1; Elke Krahnemann, «Private military services in the UK and Germany: Between partnership and regulation», *European Security*, Vol. 14(2), 2005, p. 277; et Walker et Whyte, *op. cit.* (note 8).

pourraient être fondés sur des critères similaires à ceux qui sont définis pour les transferts d'armements, sans oublier la question de savoir si l'opération risque de compromettre le respect du droit international humanitaire<sup>132</sup>. Les règlements pourraient aussi interdire l'exécution d'activités particulières (par exemple la participation directe aux hostilités), et définir des sanctions en cas d'opérations menées sans les autorisations nécessaires ou en violation de celles-ci. La présentation au parlement de rapports annuels sur la mise en œuvre du cadre réglementaire pourrait aussi être envisagée dans l'État de nationalité de la SMP/SSP.

Mettre au point les éléments essentiels d'un tel système réglementaire n'est pas difficile. La principale difficulté réside dans la surveillance de son application dans la pratique, puisque par définition la prestation de services se déroule à l'étranger, et puisque, contrairement aux exportations d'armes, elle ne s'accompagne pas de mouvements de marchandises qui pourraient être contrôlés par les services des douanes. La communication et la coopération avec les autorités de l'État où se déroulent les opérations sont donc indispensables pour que le système fonctionne correctement.

La réglementation nationale pourrait être complétée par un système similaire à l'échelon régional, ce qui présenterait l'avantage, entre autres, de placer tous les partenaires régionaux dans des conditions d'égalité. La possibilité d'une réglementation régionale par l'Union européenne a été débattue par des spécialistes, mais pas par des fonctionnaires de l'Union (ou en tout cas pas publiquement)<sup>133</sup>.

## Mercenaires?

Une analyse détaillée de la place des mercenaires en droit international sortirait du cadre du présent article. Nous nous limiterons donc à présenter leur statut en droit international humanitaire et dans les deux conventions spécifiques sur les mercenaires: la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (1977)<sup>134</sup> et la Convention internationale des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (1989)<sup>135</sup>.

Ces deux traités spécialisés ont pour objet d'interdire le recours aux mercenaires et de faire aussi bien du recours aux mercenaires que de la participation aux hostilités en tant que mercenaire des infractions pénales. Le droit

132 Voir p. ex. les critères qui figurent dans le Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements (doc. n° 8675/2/98 Rév. 2, 8 juin 1998).

133 Voir p. ex. Elke Krahmman, «Regulating private military companies: What role for the EU?», *Contemporary Security Policy*, N° 26, 2005, p. 103, et «Regulating military and security services in the European Union», dans Bryden et Caparini, op. cit. (note 129), p. 190.

134 Doc. OUA CM/817 (XXIX), Annexe II, Rev. 1 (1977). Cette convention est entrée en vigueur le 22 avril 1985. À l'heure où ces lignes sont écrites, elle a été ratifiée par 27 États.

135 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2163, p. 75. Cette convention est entrée en vigueur le 20 octobre 2001 et elle a été ratifiée, à l'heure où ces lignes sont écrites, par 28 États.

international humanitaire aborde la question des mercenaires sous un angle différent; il n'interdit pas le recours aux mercenaires et ne définit pas leurs activités comme des actes criminels. Il se concentre plutôt sur le statut qui doit leur être reconnu s'ils sont capturés.

## Les mercenaires et le droit international humanitaire

L'article 47 du Protocole additionnel I formule une définition des mercenaires et stipule que les personnes couvertes par cette définition n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture<sup>136</sup>.

### *La définition du mercenaire*

Sans examiner dans le détail les six conditions définies au paragraphe 2 de l'article 47, il vaut la peine de mentionner certains aspects de la définition. Premièrement, toutes les conditions doivent être remplies de manière cumulative. Dans la pratique, cela signifie qu'il est difficile pour une personne d'être couverte par la définition du mercenaire<sup>137</sup>.

Deuxièmement, l'exigence formulée à l'alinéa b) que la personne concernée prenne en fait une part directe aux hostilités limite fortement la portée de la définition. De nombreuses personnes qui apportent un appui important aux belligérants et qui seraient couramment considérées comme des mercenaires ne mènent probablement pas d'activités qui représentent une « participation directe aux hostilités » au sens du droit international humanitaire. En outre, l'inclusion de cette expression ajoute un élément de complexité à la définition. Comme nous l'avons vu plus haut, la notion de « participation directe aux hostilités », même si elle est essentielle en droit international humanitaire

136 Le par. 2 de l'art. 47 du Protocole additionnel I définit le mercenaire comme toute personne:

- a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;
- b) qui en fait prend une part directe aux hostilités;
- c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie;
- d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit;
- e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit; et
- f) qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État.»

137 Le seuil a délibérément été fixé à un niveau élevé lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire, qui a négocié les Protocoles additionnels de 1977, du fait que «l'attribution du statut de mercenaire à une personne pouvait être une question de vie ou de mort»; certains États voulaient réduire le risque que cet article serve de prétexte pour dénier aux non-combattants et aux combattants réguliers le statut de combattant et de prisonnier de guerre. *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Vol. XV, Rapports de la Commission III, quatrième session, 17 mars – 10 juin 1977, CDDH/407/Rev. 1, par. 25.

puisqu'elle détermine les circonstances dans lesquelles un civil peut être légalement attaqué, n'est pas définie, et il est notoirement difficile de fixer ses limites avec précision.

Enfin et surtout, il faut mentionner la condition de l'alinéa e), qui a été décrite, non sans raison, comme vidant entièrement de toute signification pratique ou juridique la définition du mercenaire, et même l'article 47 tout entier. L'alinéa e) du paragraphe 2 de l'article 47 exclut de la définition toute personne qui est membre des forces armées d'un État partie au conflit. Ainsi, un État qui souhaite employer des mercenaires peut tout simplement les enrôler dans ses forces armées, et éviter par là qu'ils soient considérés comme mercenaires, quand bien même ils rempliraient toutes les autres conditions. Cette manière de procéder, qui avait déjà été évoquée à titre de possibilité pendant la Conférence diplomatique<sup>138</sup>, a bel et bien été appliquée par la Papouasie-Nouvelle-Guinée en 1997 à l'égard des employés de Sandline International, qui se sont vu accorder un statut de « policier spécial »<sup>139</sup>.

Qui plus est, d'un point de vue purement juridique, l'inclusion de cet alinéa e) rend l'article 47 redondant. Une personne qui n'est pas membre des forces armées d'un État – ni d'une milice ou d'un corps de volontaires répondant aux conditions du paragraphe 2 de l'article 4, lettre A, de la III<sup>e</sup> Convention de Genève – et qui participe directement aux hostilités est un « belligérant non privilégié » ou un « combattant illégal », et n'a de toute manière pas droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. Par conséquent, bien que l'article 47 semble créer une nouvelle catégorie de personnes qui n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre, il ne fait en réalité que réitérer une disposition existante, ce qui a amené certains auteurs à évoquer à ce sujet une disposition « faussement sévère »<sup>140</sup>. Bien qu'une disposition sur les mercenaires ait été incluse dans le Protocole additionnel I pour des raisons politiques, elle n'a en rien modifié le droit existant. L'unique contribution de l'article 47 à la réglementation du statut des mercenaires a été de fournir une définition qui a été reprise par la suite, avec quelques changements mineurs, dans les conventions spécialisées.

138 Voir *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Vol. XV, Rapports de la Commission III, troisième session, 21 avril – 10 juin 1976, CDDH/236/Rev. 1, par. 102.

139 Agreement for the Provision of Military Assistance between the Independent State of Papua New Guinea and Sandline International, 31 janvier 1997, consultable en ligne à l'adresse <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>. Il semble qu'un procédé similaire ait été utilisé à l'égard des employés de Executive Outcomes en Sierra Leone dans les années 1990.

140 Geoffrey Best, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflict*, 1980, p. 328. D'autres défauts de la définition sont notamment évoqués dans l'exposé de l'un des experts lors de la première réunion d'experts organisée par la Commission des droits de l'homme en 2001. Commission des droits de l'homme, Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et son application aux peuples assujettis à une domination coloniale ou étrangère, ou à l'occupation étrangère, Doc. Nations Unies E/CN.4/2001/18, 14 février 2001, Annexe: Rapport de la Réunion d'experts sur les formes traditionnelles et nouvelles de l'emploi de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination, qui s'est tenue à Genève du 29 janvier au 2 février 2001, par. 24.

### *Les conséquences de l'article 47 sur le statut des mercenaires*

L'article 47 a pour effet de transformer les personnes qui répondent à la définition du mercenaire en « combattants non privilégiés » ou en « combattants illégaux » ayant les mêmes droits et obligations que tout civil qui participe directement aux hostilités<sup>141</sup>.

Quelles sont les conséquences pratiques de cet article? Les combattants ont le droit de participer aux hostilités. S'ils sont capturés, ils ont le droit d'être traités comme des prisonniers de guerre et ils sont protégés par la III<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949. Ils ne peuvent, et c'est important, être jugés simplement pour avoir participé aux hostilités.

Les mercenaires, en revanche, sont traités comme des civils. Ils n'ont pas le droit de participer aux hostilités. S'ils participent aux hostilités et s'ils sont capturés, ils n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre, ni, de ce fait, à la protection accordée par la III<sup>e</sup> Convention de Genève, et ils peuvent être jugés en vertu de la législation nationale pour le seul fait d'avoir pris part aux hostilités, même s'ils n'ont violé aucune règle de droit international humanitaire.

Ceci ne signifie pas pour autant que les mercenaires capturés ne seraient pas du tout protégés par le droit international humanitaire. Ils bénéficient en effet de la protection de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, et s'ils tombent parmi les exceptions prévues par cette Convention, ils demeurent couverts par les garanties fondamentales prévues par l'article 75 du Protocole additionnel I.

Les mesures de protection inscrites à l'article 75 sont extrêmement importantes d'un point de vue pratique. Non seulement elles garantissent que les personnes couvertes par la définition du mercenaire ne sont pas privées de toute protection en droit international humanitaire, mais, plus spécifiquement, elles

141 Bien que l'art. 47 ait été adopté par consensus lors de la Conférence diplomatique, il s'agissait d'un texte de compromis, qui avait fait l'objet de controverses considérables, de nature politique plutôt que juridique. Certains États, notamment ceux qui émergeaient de la domination coloniale ou qui avaient été « victimes » d'activités de mercenaires, avaient souhaité l'adoption d'un texte plus strict exigeant des États qu'ils prohibent le recrutement, la formation, la réunion et les opérations de mercenaires et qu'ils interdisent à leurs ressortissants de s'engager en qualité de mercenaires. C'est la position qui a été adoptée par la suite dans les conventions spécialisées sur le mercenariat. D'autres États ne souhaitaient pas que le Protocole interdise le statut de mercenaire et le mercenariat, et étaient d'avis que même la démarche qui a finalement été retenue, et qui est axée sur le statut de mercenaire, pourrait dans la pratique limiter la protection, et par conséquent n'avait pas sa place dans un traité de caractère humanitaire tel que le Protocole additionnel, point de vue partagé par certains auteurs. *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Vol. VI, Comptes rendus analytiques des séances plénières, quatrième session (CDDH/SR.34-46), CDDH/SR.41, pp. 158-204; Au sujet des négociations, voir entre autres *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit. (note 58), par. 1789 et suiv.; Michael Bothe, Karl Partsch et Waldemar Solf (éd.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts – Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1982, pp. 267 et suiv.; François Bugnion, *Le CICR et la protection des victimes de la guerre*, 2<sup>e</sup> édition, 2000, p. 733; Rosas, op. cit. (note 51), pp. 392 et suiv.; Henry Van Dervent, « Mercenaries at Geneva », *American Journal of International Law*, No. 70, 1976, p. 811; et Abdulqawi Yusuf, « Mercenaries in the Law of Armed Conflicts », dans Antonio Cassese (éd.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, 1979, pp. 113 et suiv.

comprennent l'exigence expresse que ces personnes se voient accorder les garanties minimales d'une procédure régulière. Cette disposition est particulièrement importante étant donné les procédures pénales souvent sommaires qui ont conduit, par le passé, à l'exécution de personnes accusées de mercenariat<sup>142</sup>.

Il convient cependant de noter que l'article 47 n'*interdit* pas aux États d'accorder aux mercenaires le statut de prisonnier de guerre<sup>143</sup>. Il stipule uniquement que les mercenaires, contrairement aux membres des forces armées des États, n'ont pas *droit* à ce statut.

Bien qu'il y ait peu d'exemples de pratique nationale concrète dans ce domaine, on a signalé des cas dans lesquels un État a affirmé avoir accordé le statut de prisonnier de guerre à des personnes qu'il considérait comme correspondant à la définition des mercenaires. Ainsi, un rapport du secrétaire général de l'ONU sur la guerre Iran-Irak, en 1988, se faisait l'écho de la déclaration faite par l'Iran, selon laquelle il avait capturé pendant les hostilités des ressortissants de pays tiers, dont il affirmait qu'il s'agissait de mercenaires, mais qu'il les avait traités comme les autres prisonniers de guerre plutôt que de les juger<sup>144</sup>.

### *Les conflits armés non internationaux*

L'article 47 du Protocole additionnel I ne s'applique que dans les conflits armés internationaux, y compris en cas d'occupation. Le droit international humanitaire ne dit rien sur le statut des mercenaires dans les conflits armés non internationaux. Au demeurant, puisque le statut de prisonnier de guerre n'existe pas dans ces conflits, il serait absurde de préciser que certaines personnes n'y ont pas droit.

Dans la pratique, ceci signifie que dans un conflit armé non international, une personne qui aurait correspondu à la définition du mercenaire si elle avait participé à un conflit armé international se trouve dans la même position que toute autre personne qui participe directement aux hostilités. Elle a droit

142 On peut citer, à titre d'exemple, le procès qui s'est déroulé en Angola en 1976, décrit par Mike Hoover: «The Laws of War and the Angolan Trial of Mercenaries: Death to the Dogs of War», *Case Western Journal of International Law*, 1977, pp. 323 et suiv. Voir aussi Edwin Nwogugu, «Recent Developments in the Law Relating to Mercenaries», *The Military Law and Law of War Review*, N° XX-1-2, 1981, p. 11, et, plus récemment, le communiqué de presse d'Amnesty International, «Equatorial Guinea: Trial of alleged coup plotters seriously flawed», AFR/24/017/2004, 30 novembre 2004. C'est précisément en raison de ce problème qu'un projet de texte pour l'article 47, proposé pendant les négociations, comprenait une référence explicite au fait que les mercenaires avaient droit aux mesures de protection qui ont ensuite été intégrées à l'art. 75. Cette disposition a finalement été supprimée dans le cadre du compromis atteint durant la Conférence diplomatique. CDDH/407/Rev.1, *op. cit.* (note 137), par. 27.

143 Pendant les négociations, certains États avaient plaidé pour que les mercenaires ne puissent pas recevoir ce statut. Voir *Commentaire des Protocoles additionnels*, *op. cit.* (note 58), par. 1795.

144 Rapport de la Mission envoyée par le Secrétaire général pour enquêter sur la situation des prisonniers de guerre en République islamique d'Iran et en Iraq, doc. Nations Unies S/20147, 24 août 1988, par. 65. Cette affirmation semble contredire l'expérience du CICR touchant les visites aux prétendus mercenaires détenus par l'Iran pendant le même conflit, telles que décrites par F. Bugnion (*op. cit.* (note 141), p. 733).

aux mesures de protection définies dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève, dans le Protocole additionnel II ainsi que dans les règles coutumières de droit international humanitaire applicables dans les conflits armés non internationaux, mais elle peut être jugée en application du droit national pour le seul fait d'avoir participé aux hostilités.

### *L'obligation des mercenaires de respecter le droit international humanitaire*

Bien que la seule référence explicite aux mercenaires dans le droit international humanitaire soit exclusivement axée sur leur statut, il ne fait aucun doute que les mercenaires sont tenus, comme toute autre personne dans une situation de conflit armé, de respecter ce droit et qu'ils peuvent être appelés à répondre individuellement de leurs actes au pénal pour toute violation grave qu'ils pourraient commettre.

Il est intéressant de noter qu'à ce jour, un seul des procès de personnes accusées de mercenariat a donné lieu en même temps à une accusation d'actes constituant des crimes de guerre. Ce fut le cas dans le procès, cité plus haut, qui s'est déroulé en 1976 en Angola, dans lequel les prévenus furent aussi accusés d'avoir assassiné des civils et d'autres mercenaires qui avaient refusé de combattre<sup>145</sup>.

### *Les conventions sur le mercenariat*

Le statut des mercenaires au regard du droit international humanitaire doit être mis en rapport avec celui qui est défini par les deux conventions traitant spécifiquement du sujet: la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique (1977) (Convention de l'OUA) et la Convention internationale des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (1989) (Convention des Nations Unies). Ces deux traités spécialisés ont pour objet d'interdire le recours aux mercenaires et de faire du mercenariat et du fait d'être mercenaire des infractions pénales.

Ces deux instruments contiennent des définitions du mercenaire très proches de celle de l'article 47 du Protocole additionnel I<sup>146</sup>; la Convention de l'OUA définit le crime du mercenariat, y compris les personnes qui s'engagent dans des «bandes» de mercenaires, ainsi que ceux qui engagent ou qui soutiennent d'une manière quelconque de telles bandes<sup>147</sup>. La définition du crime est extrêmement large, de même que la gamme des coupables potentiels: individus, groupes, associations, représentants de l'État et États eux-mêmes. La Convention des Nations Unies adopte une méthode similaire mais plus restrictive, en définissant comme une infraction le fait pour un mercenaire de

145 Voir la note 142 ci-dessus.

146 Convention de l'OUA, art. premier, et Convention des Nations Unies, art. premier.

147 Convention de l'OUA, art. 2.

prendre une part directe à des hostilités<sup>148</sup> ou le fait de recruter, de financer ou d'instruire des mercenaires<sup>149</sup>. Les deux instruments exigent que les États parties définissent ces actes comme des infractions pénales dans leur droit national et poursuivent ou extradent les personnes soupçonnées.

Les conventions sur le mercenariat ne mentionnent pas le type de conflit auquel elles s'appliquent. Ainsi, contrairement à l'article 47 du Protocole additionnel I, on peut supposer qu'elles s'appliquent à la participation aux conflits armés tant internationaux que non internationaux<sup>150</sup>.

La Convention de l'OUA aborde aussi la question du *statut* des personnes qui correspondent à la définition. Elle affirme dans son article 3 que les mercenaires « n'ont pas le statut de combattants », mais pour répéter ensuite, de manière assez surprenante (étant donné que pendant la Conférence diplomatique, ce sont essentiellement les États africains qui avaient appelé à une position plus stricte *refusant* que les mercenaires se voient accorder le statut de prisonnier de guerre) la règle formulée à l'article 47 du Protocole additionnel I, à savoir que les mercenaires n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. La Convention des Nations Unies, quant à elle, est muette sur la question du statut.

Trois autres aspects des conventions méritent d'être commentés. Premièrement, dans les deux traités, les chapitres concernant les éventuelles procédures pénales contre les mercenaires contiennent une disposition sur les garanties judiciaires. Toutefois, les deux articles sont malheureusement faibles, car ils ne font pas référence aux droits de l'homme définis sur le plan international comme norme minimale à respecter dans de telles procédures. La Convention de l'OUA se borne à exiger que les mercenaires bénéficient « de toutes les garanties normalement reconnues à tout justiciable par l'Etat sur le territoire duquel ont lieu les poursuites<sup>151</sup> ». La Convention des Nations Unies fait référence au droit international, mais uniquement pour affirmer que « les normes applicables du droit international devraient être prises en compte » dans la procédure<sup>152</sup>. Il eût été préférable, de toute évidence, que soit affirmée clairement la nécessité du respect des normes des droits de l'homme<sup>153</sup>.

Deuxièmement, la Convention des Nations Unies (contrairement à celle de l'OUA) comprend une clause de sauvegarde à l'égard du droit international

148 Convention des Nations Unies, par. 1 de l'art. 3.

149 Convention des Nations Unies, art. 2.

150 En réalité, la Convention des Nations Unies s'applique aussi aux personnes qui prennent part à un acte concerté de violence visant à renverser un gouvernement ou, de quelque autre manière, porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État, ou à porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État (par. 2 de l'art. premier).

151 Convention de l'OUA, art. 11.

152 Convention des Nations Unies, art. 11.

153 D'autres instruments des Nations Unies, qui adoptent une méthode similaire (c'est-à-dire définir l'infraction comme une infraction pénale, poursuivre ou extraditer) formulent de manière bien plus énergique la nécessité d'accorder toutes les garanties minimales d'une procédure régulière pendant les procédures pénales. Voir, p. ex., l'art. 14 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif.

humanitaire<sup>154</sup>. L'objectif premier de cette disposition semble concerner les questions relatives au statut, lesquelles, il faut le rappeler, ne sont pas mentionnées dans la Convention des Nations Unies. Toutefois, cette disposition est importante car elle règle le rapport entre le statut et les droits des personnes qui ont participé directement aux hostilités au regard du droit international humanitaire et les conventions sur les mercenaires de manière plus générale.

La définition précise de ce rapport est importante pour plusieurs raisons. Pour donner un exemple concret, au regard du droit international humanitaire, il existe dans les conflits armés internationaux une présomption de droit au statut de prisonnier de guerre. En cas de doute, le statut de la personne concernée doit être déterminé par un tribunal compétent<sup>155</sup>. Dans l'attente de la décision du tribunal, les personnes capturées ont droit à la protection de la III<sup>e</sup> Convention de Genève. En l'absence de clause de sauvegarde, les conventions sur le mercenariat pourraient être interprétées comme supprimant cette présomption et ce droit à un examen du statut. Il ne s'agit pas là d'une préoccupation purement théorique, mais bien d'une question qui a des conséquences tout à fait immédiates et importantes pour la protection des personnes accusées de mercenariat. La clause de sauvegarde préserve implicitement ces droits<sup>156</sup>.

La clause de sauvegarde compense aussi, dans une certaine mesure, le fait que la Convention des Nations Unies n'affirme pas l'application des normes des droits de l'homme touchant le droit à un procès équitable, puisqu'elle y intègre les mesures de protection inscrites ou citées dans le droit international humanitaire. Les plus notables sont celles de l'article 75 du Protocole additionnel I pour les personnes jugées en relation avec des conflits armés internationaux, et l'interdiction contenue à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève des «condamnations prononcées et [des] exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés» pour les personnes jugées en rapport avec la participation à des conflits non internationaux.

Enfin, il convient de mentionner la référence, dans la Convention des Nations Unies, aux visites effectuées par le CICR aux personnes privées de liberté parce qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction au regard de la Convention. Le paragraphe 4 de l'article 10 préserve en effet:

«[le] droit de tout Etat partie ayant établi sa compétence conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 9 d'inviter le Comité international de la Croix-Rouge à communiquer avec l'auteur présumé de l'infraction et à lui rendre visite.»

154 L'art. 16 de la Convention des Nations Unies dispose que:

«La présente Convention n'affecte pas:

a) Les règles relatives à la responsabilité internationale des États;  
b) Le droit des conflits armés et le droit international humanitaire, y compris les dispositions relatives au statut de combattant ou de prisonnier de guerre.»

155 III<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 5, et Protocole additionnel I, art. 5.

156 Voir Declaration of the International Committee of the Red Cross on the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, Assemblée générale des Nations Unies, point 144 de l'ordre du jour, 44<sup>e</sup> session, novembre 1989.

Cette disposition, bien qu'elle ait été adoptée ultérieurement dans d'autres conventions des Nations Unies qui qualifient d'infraction pénale une activité particulière et qui exigent des États qu'ils poursuivent ou extradent les suspects<sup>157</sup>, soulève aussi des questions concernant la relation entre la Convention des Nations Unies et le droit international humanitaire.

En vertu des Conventions de Genève, le CICR a le droit de rendre visite aux personnes privées de leur liberté pour des raisons liées à un conflit armé international<sup>158</sup>. Les personnes détenues en vertu de la Convention des Nations Unies pourraient, à l'évidence, être dans ce cas. Ce droit ne dépend pas d'une invitation qui serait faite au CICR, par l'État de nationalité ou de résidence de la personne concernée, à communiquer avec elle et à lui rendre visite, comme cela est envisagé au paragraphe 4 de l'article 10. Cependant, grâce à la clause de sauvegarde, il est clair que cette disposition ne limite ni ne compromet en rien ce droit<sup>159</sup>.

### Y a-t-il incompatibilité entre les dispositions du droit international humanitaire et celles des conventions spécialisées?

La question de savoir si les démarches différentes du droit international humanitaire et des conventions spécialisées, s'agissant de la même catégorie de personnes, peuvent être accordées ou si elles créent des incohérences est souvent soulevée.

Bien que les différences puissent causer quelque confusion dans un premier temps (exacerbée par le fait que les définitions inscrites dans les conventions spécialisées sont tirées du droit international humanitaire), les méthodes différentes utilisées par ces deux corpus de règles juridiques à l'égard des mercenaires ne créent pas, en réalité, de problème juridique<sup>160</sup>.

Le droit international humanitaire et les conventions sur le mercenariat ont des priorités et des objectifs différents, mais leurs conceptions respectives peuvent coexister et sont complémentaires. Le droit international humanitaire traite du statut des personnes correspondant à la définition des mercenaires ainsi que des protections spécifiques dont elles bénéficient et, implicitement, de leurs obligations: comme tous les acteurs dans des situations de conflit armé, les mercenaires doivent respecter le droit international humanitaire. Les conventions spécialisées, quant à elles, traitent

157 Voir, p. ex., le par. 5 de l'art. 7 de la Convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et le par. 5 de l'art. 9 de la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme.

158 III<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 126, et IV<sup>e</sup> Convention de Genève, art. 143.

159 Étant donné l'importance que revêt pour le CICR le fait de conserver son accès, en toute indépendance, aux personnes privées de liberté pour des motifs liés à un conflit armé, le CICR a fait, lors de l'adoption de la Convention des Nations Unies, une déclaration à l'Assemblée générale pour rappeler son droit de visite aux personnes privées de liberté, qu'il y ait été ou non invité par l'État dont ils sont ressortissants ou citoyens. La déclaration insiste sur le fait qu'il est vital pour le CICR de conserver la liberté d'accepter ou de refuser toute invitation en ce sens. Elle relève en outre qu'en pareil cas, le CICR ne se considérerait pas comme agissant au nom de l'État ayant formulé la demande, mais agirait en toute indépendance et sur la base exclusive de considérations d'ordre humanitaire. Déclaration du CICR, *op. cit.* (note 156).

160 Cette conclusion a été confirmée lors d'une réunion organisée en 1988 entre des représentants du CICR et le professeur Tullio Treves, vice-président du Comité spécial de l'Assemblée générale des Nations Unies pour l'élaboration d'une convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, Doc. CICR 88/1578, 16 décembre 1988, Réf. CICR 130, 215(00).

de manière plus large de la légalité du phénomène. Elles régissent le comportement des États en restreignant les circonstances dans lesquelles ils peuvent recourir aux mercenaires, domaine que le droit international humanitaire ne couvre pas.

En ce qui concerne les personnes, les conventions spécialisées ont un objectif différent de celui du droit international humanitaire, à savoir établir la responsabilité pénale individuelle, ce qui ne crée aucune contradiction avec la question du statut telle qu'elle est régie par le droit international humanitaire. Les deux démarches forment en réalité un système complémentaire et cohérent pour les poursuites contre les civils qui participent directement aux hostilités et qui remplissent les autres conditions fixées dans les définitions du mercenaire. Le droit international humanitaire ne prévoit pas d'immunité pour une telle participation directe aux hostilités, et il n'exige pas non plus des États qu'ils définissent cette participation comme une infraction pénale. Les bases pour ce faire sont les conventions spécialisées, telles que mises en œuvre dans le droit pénal national. Les contributions du droit international humanitaire aux éventuelles procédures consistent en la définition de conditions minimales de traitement pendant la détention, y compris le droit aux visites par le CICR, et en l'exigence du respect des garanties judiciaires minimales.

### Les employés des SMP/SSP sont-ils des mercenaires?

Là encore et de toute évidence, il n'y a pas de réponse simple à cette question. À l'instar de toute autre personne, les employés des SMP/SSP ne peuvent être considérés comme des mercenaires que s'ils remplissent toutes les conditions définies par l'article 47 du Protocole additionnel I ou par la convention spécialisée pertinente. Chacun sait qu'il est difficile de remplir toutes ces conditions; on cite souvent à ce sujet la remarque de Geoffrey Best, selon lequel « tout mercenaire qui n'arrive pas lui-même à s'exclure de cette définition mérite d'être abattu et son avocat avec lui<sup>161</sup>! » Les caractéristiques particulières des SMP/SSP et du marché de leurs services rendent encore plus improbable la possibilité que la définition couvre davantage qu'une petite minorité de leurs employés.

Il convient de relever, en premier lieu, que la définition des mercenaires, tant dans l'article 47 que dans les conventions spécialisées, porte sur les personnes physiques et non sur les personnes morales. Ce sont par conséquent les employés des SMP/SSP qui doivent remplir les conditions, et non les sociétés. Si cela ne constitue pas un problème en soi, cela peut néanmoins, comme on le verra, conduire à des résultats inattendus.

Les facteurs cruciaux pour déterminer le statut des employés des SMP/SSP seront en premier lieu l'identité de leur client. Comme nous l'avons vu plus haut, il est possible, s'ils sont engagés par un État et si certaines conditions sont réunies, que les employés des SMP/SSP soient considérés comme des membres des forces armées de cet État; par conséquent, en vertu de l'alinéa e) du paragraphe 2 de l'article 47, ils seraient exclus de la définition<sup>162</sup>. Là encore, étant donné les politiques qui sous-tendent

161 Best, *op. cit.* (note 140), p. 328.

162 Nous nous limiterons ici, pour simplifier, aux dispositions contenues dans la définition de l'art. 47 du Protocole additionnel I, mais ces remarques s'appliquent aussi aux définitions des deux conventions spécialisées.

la baisse du nombre des membres des forces armées et la sous-traitance des tâches militaires, il est peu probable que cela se produise, mais cela n'est pas impossible.

Ensuite, si l'on admet que les critères du motif et des avantages concrets, à l'alinéa c), sont sans doute satisfaits dans la plupart des cas, les alinéas a) et b), qui exigent que la personne soit spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé et prenne en fait une part directe aux hostilités, excluront sans doute la majorité des personnes. Les informations disponibles tendent à montrer que la majorité des SMP/SSP opérant en Irak et en Afghanistan, par exemple, n'ont pas été spécifiquement engagées pour participer directement aux hostilités, mais plutôt pour fournir un large éventail de services logistiques et de services d'appui aux forces armées. De fait, l'unique réglementation nationale adoptée à ce jour qui régit spécifiquement le recours à des contractants par les forces armées d'un État exclut expressément que les contractants réalisent des activités de nature «intrinsèquement gouvernementales», expression qui englobe les opérations de combat<sup>163</sup>.

De manière similaire, même si de nombreuses SMP/SSP fournissent des services de sécurité – souvent armée – à diverses entités autres que des États, ces activités n'équivalent que rarement à une participation directe aux hostilités. Même lorsque tel est le cas, il est peu probable que le recours à la force ait été expressément envisagé au moment où elles ont été engagées, comme cela est requis à l'alinéa a); il aura vraisemblablement plutôt résulté d'une évolution des réalités sur le terrain.

Enfin, un dernier critère qui aura probablement pour effet d'exclure un grand nombre d'employés de SMP/SSP de la définition est le critère contenu à l'alinéa d), à savoir que la personne dont il s'agit «n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit». À titre d'exemple, ceci exclut de la définition tous les employés américains, britanniques et irakiens des SMP/SSP engagés par ces États ou par n'importe quel autre acteur en Irak.

Qui plus est, cette exigence aboutit à un résultat qui paraît arbitraire, en établissant des distinctions qui ne peuvent qu'être dénuées de tout fondement entre personnes de nationalités diverses. Pour reprendre l'exemple de l'Irak, ce critère de nationalité signifie qu'un ressortissant des États-Unis et un ressortissant chilien pourraient travailler ensemble, en tant qu'employés de la même SMP/SSP, avec un contrat identique et menant exactement la même activité, mais le citoyen américain ne serait pas considéré comme mercenaire, alors que le Chilien tomberait dans cette catégorie. On ne voit pas la raison pour laquelle le comportement de l'une de ces personnes serait passible de poursuites pénales, mais pas celui de la deuxième.

Sans ouvrir un débat sur la question de savoir s'il serait souhaitable et faisable de modifier la définition du mercenaire<sup>164</sup>, le critère de la nationalité est la

163 US Department of Defence Instruction N°. 3020.41, *op. cit.* (note 35), par. 6.1.5.

164 Un examen des travaux de la Commission des droits de l'homme consacrés au thème des mercenaires et en particulier des activités des deux Rapporteurs spéciaux sur les mercenaires, Enrique Bernales Ballesteros et son successeur Shahista Shameen, ainsi que du Groupe de travail sur les mercenaires, qui a repris ce mandat en 2005, sortirait du cadre du présent article. Signalons cependant qu'un amendement éventuel à la définition du mercenaire inscrite dans la Convention des Nations Unies fait l'objet de discussions depuis plusieurs années, et a entre autres été évoqué lors d'une série de trois réunions d'experts organisées en 2001, en 2002 et en 2004. Doc. Nations Unies E/CN.4/2001/18, 14

composante qui semble la plus éloignée des réalités d'aujourd'hui. Il s'expliquait lors des négociations du Protocole additionnel I par la préoccupation des États à l'égard d'une ingérence *étrangère* dans les conflits, mais il exclut aujourd'hui une large proportion des personnes qui fournissent des services militaires, et il crée des distinctions injustifiées entre des personnes qui réalisent les mêmes activités. Pour éviter des résultats aussi arbitraires, il a été suggéré qu'à tout le moins, cette condition soit interprétée comme s'appliquant à la nationalité des sociétés, plutôt qu'à celle des employés pris individuellement.

## Conclusion

Comme nous l'avons indiqué au départ, il existe bel et bien un cadre juridique contraignant qui régit les activités du personnel des SMP/SSP dans des situations de conflit armé. Il n'est donc pas nécessaire de rédiger de nouvelles règles à l'échelon international.

Ceci ne signifie pas que la situation soit sans ambiguïté du point de vue juridique, ni que l'application des obligations dans la pratique ne pose aucun problème. Pour déterminer le statut du personnel des SMP/SSP et les obligations qui en découlent, il est nécessaire d'aborder certaines des questions les plus complexes du droit international humanitaire, comme celle de savoir qui sont les combattants et ce qu'il faut entendre par participation directe aux hostilités. Il s'agit là de questions auxquelles on ne peut répondre que cas par cas.

Quant à l'impératif de faire respecter le droit, force est de constater que les poursuites sont rares, alors même qu'il existe des obligations claires d'amener les personnes soupçonnées de violations graves du droit international humanitaire à répondre de leurs actes devant des tribunaux. On ne peut que déplorer cet état de fait, qui favorise l'impunité, qui prive les victimes de recours judiciaire, qui ne fournit aucune dissuasion contre les violations futures et qui peut donner l'impression qu'il n'existe pas de droit applicable, ce qui accroît le risque de nouvelles violations.

Qui plus est, le présent article s'est limité à décrire la situation au regard du droit international humanitaire, qui représente la dimension la plus simple du cadre juridique régissant les opérations des SMP/SSP. Or, le droit international humanitaire ne s'applique qu'en période de conflit armé. Lorsque ces sociétés opèrent dans d'autres contextes, ce corpus de textes juridiques n'est pas pertinent, et leurs activités sont alors régies par le droit pénal local, voire le cas échéant par le droit relatif aux droits de l'homme. D'autre part, même lorsqu'elles sont actives sur le territoire d'États qui connaissent un conflit armé, le

février 2001; Doc. Nations Unies E/CN.4/2003/4, 24 juin 2002, et Doc. Nations Unies E/CN.4/2005/23, 18 janvier 2005. Dans son rapport présenté en 2005 à l'Assemblée générale des Nations Unies, le Rapporteur spécial a notamment recommandé que la sixième Commission de l'Assemblée générale ou la Commission du droit international réalise une étude de la définition des mercenaires. Doc. Nations Unies A/60/263, 17 août 2005, par. 60.

droit international humanitaire n'est applicable qu'aux actes qui sont commis dans le contexte du conflit et qui lui sont associés. Un grand nombre des activités de ces sociétés ne sont pas dans ce cas, et ne sont donc couvertes que par le droit local, et, là encore, éventuellement par le droit des droits de l'homme. Quant à la mesure dans laquelle le droit relatif aux droits de l'homme s'applique aux activités des SMP/SSP, il s'agit d'une question juridique bien plus complexe que leur statut au regard du droit international humanitaire, et une analyse détaillée à cet égard reste à entreprendre.

Pour en revenir au cadre juridique esquissé dans le présent article, il est possible de formuler un certain nombre de suggestions pour tenter de résoudre certaines des difficultés juridiques et des préoccupations d'ordre politique que nous avons recensées.

Premièrement, les problèmes soulevés par les types d'activités qui peuvent être effectuées par les employés des SMP/SSP et les doutes touchant leur statut s'ils participent directement aux hostilités pourraient être réglés si les États faisaient en sorte que ces personnes ne mènent aucune activité qui pourrait constituer une participation directe aux hostilités, sauf si elles sont enrôlées dans les forces armées. Cette manière de procéder présenterait de nombreux avantages. Elle leverait tout doute quant au statut des personnes concernées lors de leur capture puisqu'elles auraient droit au statut de prisonnier de guerre, indépendamment de la question de savoir si elles ont participé directement aux hostilités. Elle supprimerait aussi le risque que des employés de SMP/SSP soient considérés comme des mercenaires, puisque de toute évidence ils échapperaient à la définition. Enfin, elle placerait ces employés sous le commandement et le contrôle de la hiérarchie et du système disciplinaire militaires. Cela répondrait aux préoccupations exprimées par des membres des forces armées au sujet de leur manque d'autorité sur les employés des SMP/SSP<sup>165</sup> et permettrait d'intégrer ceux-ci au système perfectionné dont disposent les forces armées afin de faire respecter le droit international humanitaire. Quant aux employés, ils seraient certes, en tant que membres des forces armées, exposés au risque d'attaque en tout temps, mais en revanche ils ne pourraient être tenus pénalement responsables en tant que «belligérants non privilégiés» ou «combattants illégaux»<sup>166</sup>.

Deuxièmement, les États pourraient envisager d'élargir la compétence de leurs tribunaux pour donner davantage de possibilités d'intenter des

165 Le major William Epley a formulé cet argument de manière éloquent: «plus la fonction à remplir est proche du bruit du canon, et plus il est nécessaire que des soldats en soient chargés, car la nécessité de la discipline et du contrôle est d'autant plus grande.» William Epley, *Contracting in War: Civilian Combat Support of Fielded Armies*, US Army Centre of Military History, 1989, p. 1.

166 Le Royaume-Uni a fait preuve d'imagination pour traiter ce problème. La loi de 1996 «Sponsored Reserve Act» exige qu'une partie de la main-d'œuvre de tout contractant du gouvernement soit composée de membres d'une unité militaire de réserve. Au titre de cet arrangement, le gouvernement britannique peut, en cas de besoin, «détacher» des réservistes employés de SMP/SSP, qui sont mobilisés et déployés en tant que membres des forces armées en uniforme, et agissent sous le commandement et le contrôle de commandants militaires. En tant que membres des forces armées, ils ont le droit de participer directement aux hostilités, et ils ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture. Voir, p. ex., Blizzard, *op. cit.* (note 73), pp. 10 et suiv., avec les références citées.

poursuites en cas d'infractions commises par le personnel des SMP/SSP. Des démarches fondées sur la responsabilité de la société, plutôt que sur celle de ses employés, seraient préférables pour diverses raisons: la responsabilité pénale individuelle existe déjà, les sociétés ont des ressources bien plus importantes pour verser des dédommagements, et le fait de considérer la société comme responsable présente plus de chances d'influer sur ses pratiques futures. Les méthodes possibles pourraient comprendre l'institution de la responsabilité pénale ou civile des sociétés lorsqu'elles commettent des actes qui constituent de graves violations du droit international humanitaire et l'octroi aux tribunaux d'une compétence extraterritoriale à l'égard de tels actes.

Troisièmement, les États qui engagent fréquemment des SMP/SSP pourraient envisager d'adopter des directives qui définissent leur position et leur politique sur certaines questions clés, comprenant par exemple les types d'activités pouvant être réalisées par le personnel des SMP/SSP, des exigences concernant la vérification préalable et la formation du personnel, une répartition claire des responsabilités entre l'État et la société pour ce type de questions et pour l'exercice du contrôle et de la discipline à l'égard des employés, des règles relatives à la sous-traitance, ainsi que des mécanismes pour la présentation de rapports et pour les enquêtes sur les allégations de violation du droit international humanitaire. En outre, les règlements touchant les marchés publics pourraient être modifiés pour inclure des critères, tels que la vérification préalable et la formation du personnel, qui devraient être respectés par les SMP/SSP afin d'encourager le respect du droit international humanitaire. De telles mesures pourraient considérablement aider les États à assumer leur responsabilité de garantir le respect, par les sociétés qu'ils engagent, du droit international humanitaire.

Enfin, les États de nationalité des SMP/SSP fournissant des services à l'étranger ainsi que les États sur le territoire desquels opèrent ces sociétés pourraient envisager d'adopter des lois régissant la prestation de ces services. Ceci leur permettrait d'encourager le respect du droit international humanitaire et de régler un certain nombre d'autres questions. Un cadre réglementaire permettrait à l'État de nationalité des sociétés d'exercer un certain contrôle sur les activités de ses sociétés à l'étranger, ce qui est essentiel, entre autres, pour éviter le risque de voir des sociétés enfreindre les obligations légales de l'État et ses intérêts de politique étrangère. La réglementation permettrait aussi à l'État sur le territoire duquel opèrent les SMP/SSP de déterminer quels types d'activités peuvent être réalisées par des acteurs privés, d'exiger le respect de certaines normes minimales, y compris celles qui concernent le port des armes, et de recueillir des données empiriques sur le nombre de sociétés et celui de leurs employés en activité sur son sol.