



**Notre monde. À vous d'agir.**

XXXI<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge  
Genève, 28 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2011 – Pour l'humanité



**FR**

31IC/11/5.1.2  
Original : anglais

**XXXI<sup>e</sup> CONFÉRENCE INTERNATIONALE  
DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE**

Genève, Suisse  
28 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 2011

**Le droit international humanitaire et  
les défis posés par les conflits armés contemporains**

**Rapport**

**Document établi par  
le Comité international de la Croix-Rouge**

Genève, octobre 2011

**LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE  
ET  
LES DÉFIS POSÉS PAR LES CONFLITS ARMÉS CONTEMPORAINS**

**SOMMAIRE**

- I. Introduction**
  
- II. La notion de conflit armé et les différents types de conflits armés**
  
- III. L'interaction entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme**
  
- IV. Les questions relatives à la portée de la protection conférée par le DIH**
  - 1) Accès et assistance humanitaires**
  - 2) Droit de l'occupation**
  - 3) DIH et forces multinationales**
  - 4) Entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP)**
  
- V. Les moyens et méthodes de guerre**
  - 1) Nouvelles technologies de guerre**
  - 2) Utilisation d'armes explosives dans des zones densément peuplées**
  - 3) Participation directe aux hostilités**
  - 4) Traité sur le commerce des armes**
  
- VI. L'amalgame entre le droit international humanitaire et le cadre juridique applicable au terrorisme**

## Résumé

Le présent document est le troisième rapport sur le « droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » préparé par le CICR à l'intention d'une Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Le premier a été présenté à la XXVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de décembre 2003 et le deuxième à sa trentième édition, qui s'est tenue en novembre 2007. L'objet de ces rapports est de donner un aperçu de certains des défis que présentent les conflits armés contemporains pour le DIH, de susciter une réflexion plus large sur ces défis et de passer en revue les différentes actions et positions actuelles ou possibles du CICR dans les domaines qui le concernent.

Le présent rapport, comme les précédents, ne peut passer en revue qu'une partie de ces défis. Le CICR a donc sélectionné un certain nombre de questions qui n'avaient pas été abordées dans les précédents rapports, mais qui suscitent un intérêt croissant de la part des États et du CICR, telles que les nouvelles technologies dans la guerre ou l'élaboration du nouveau traité sur le commerce des armes. En même temps, le rapport fait le point sur certaines thématiques qui avaient été traitées dans les précédents rapports et qui sont toujours au centre de l'attention.

Un autre rapport à l'intention de la Conférence, intitulé « Le renforcement de la protection juridique des victimes de conflits armés », fait la synthèse des résultats d'un processus de recherche et de réflexion que le CICR mène depuis 2008 sur la pertinence des règles actuelles du DIH pour la protection des victimes des conflits armés contemporains. L'analyse recense quatre domaines du DIH dans lesquels, du point de vue du CICR, certains problèmes humanitaires ne sont pas couverts comme il se doit par les règles existantes et qui devraient de ce fait être renforcés, à savoir la protection des détenus, des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et de l'environnement dans les conflits armés, et les mécanismes visant à faire respecter le DIH.

\*\*\*

Dans son introduction, le présent rapport passe en revue les conflits armés actuels et leurs conséquences humanitaires, montrant ainsi la réalité opérationnelle qui pose de nouveaux défis au droit international humanitaire.

Le deuxième chapitre aborde la *notion de conflit armé et les différents types de conflits armés*. Ces questions font l'objet d'un débat juridique depuis plusieurs années. Il présente notamment les critères à partir desquels l'existence d'un conflit armé international peut être établie, et s'interroge sur l'adéquation des deux seules catégories de conflits armés que définit le DIH – les conflits internationaux et les conflits non internationaux – aux différents types de conflits qui ont lieu aujourd'hui. Il présente aussi les différents types de conflits armés non internationaux régis par l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, et examine l'application et l'applicabilité du DIH aux formes contemporaines de violence armée.

Le chapitre III est consacré à *l'interaction entre le DIH et les droits de l'homme*, un domaine qui fait l'objet d'une préoccupation juridique permanente en raison des conséquences pratiques que cette relation peut avoir sur la conduite des opérations militaires. Il commence par donner un aperçu général de certaines des différences qui existent entre le DIH et les droits de l'homme, soulignant en particulier celles qui ont trait à la nature contraignante du DIH et des droits de l'homme pour les groupes armés organisés non étatiques. Le chapitre se penche ensuite sur l'interaction spécifique entre ces deux branches du droit international dans le contexte de la détention et de l'usage de la force, tant dans les conflits armés

internationaux que non internationaux. Enfin, il traite brièvement de la prise des personnes pour cible dans un contexte extraterritorial.

La première section du chapitre IV, consacré à la portée de la protection conférée par le DIH, met l'accent sur une série de questions liées à *l'accès et à l'assistance humanitaires*, notamment le cadre juridique applicable à l'action humanitaire, ainsi que les obstacles pratiques qui peuvent entraver la fourniture des secours humanitaires. La section relative au *droit de l'occupation* examine les questions juridiques fondamentales qui se posent dans l'application de cette branche du droit, notamment les critères déterminant le début et la fin d'un état d'occupation, les droits et obligations d'une puissance occupante, le recours à la force dans un territoire occupé et l'applicabilité du droit de l'occupation aux forces des Nations Unies. Ces questions et d'autres encore ont été examinées dans le cadre d'un processus d'experts, qui a été mené par le CICR entre 2007 et 2009. Ce processus a donné lieu à l'élaboration d'un rapport, dont la publication est prévue avant la fin 2011.

La section suivante porte sur *le DIH et les forces multinationales*, qui participent notamment à des missions sous les auspices des Nations Unies, et examine les problèmes juridiques qui surgissent dans le contexte des opérations faisant intervenir ces forces. Les questions soulevées à cet égard ont notamment trait à l'applicabilité du DIH aux forces multinationales, à la classification juridique des situations dans lesquelles elles interviennent, à la détention de personnes par ces forces et à l'interopérabilité. On estime que les forces multinationales sont liées par le DIH lorsque ses critères d'application sont remplis, et ce, indépendamment de leur mandat spécifique. La dernière section du chapitre met en évidence les problèmes humanitaires que pose le recours à des *entreprises militaires et de sécurité privées*, et examine les initiatives internationales récentes ou actuelles qui ont pour but de faire en sorte que les activités de ces entreprises soient conformes au DIH et aux autres branches du droit international applicables.

Le chapitre V, consacré aux moyens et méthodes de guerre, se penche tout d'abord sur les nouvelles technologies de guerre, à commencer par la « cyberguerre ». Cette section examine les spécificités du cyberspace en tant que théâtre de guerre potentiel ainsi que les défis particuliers que posent les cyberopérations s'agissant de respecter l'interdiction en DIH des attaques indiscriminées et disproportionnées et l'obligation de prendre toutes les précautions pratiquement possibles dans l'attaque. La section passe également en revue certains problèmes juridiques que posent les systèmes d'armement télécommandés, automatisés et autonomes. Elle rappelle que les nouvelles technologies doivent se conformer aux règles existantes du DIH, tout en reconnaissant que les normes actuelles ne permettent pas de répondre à tous les défis d'ordre juridique et pratique posés par ces technologies.

La section suivante du chapitre est consacrée à *l'emploi d'armes explosives dans des zones densément peuplées* ; elle met en avant le coût humain de l'emploi de ces armes ainsi que les problèmes qu'il pose en termes de respect des règles du DIH. Au vu de ces facteurs, on estime que, de manière générale, les armes explosives ayant un large rayon d'impact ne devraient pas être utilisées dans des zones fortement peuplées.

La section sur la *participation directe aux hostilités* retrace le processus qui a mené à l'élaboration du Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en DIH, publié par le CICR en 2009, et présente ses principales recommandations. Ce document reflète exclusivement le point de vue du CICR. Les différentes opinions exprimées sur certaines des recommandations formulées dans le Guide interprétatif sont également brièvement passées en revue.

La dernière section du chapitre examine les travaux qui ont été menés et qui sont actuellement en cours au sein des Nations Unies en vue d'élaborer un *traité sur le commerce*

*des armes*, dont l'un des principaux objectifs devrait être de réduire le coût humain de la disponibilité des armes en définissant des normes claires pour un transfert responsable des armes classiques et de leurs munitions. Le CICR soutient l'élaboration d'un traité sur le commerce des armes qui soit à la fois complet et juridiquement contraignant, et qui établisse des normes internationales communes dans ce domaine.

Le chapitre VI se penche sur l'*amalgame juridique entre conflits armés et actes de terrorisme* en parcourant les distinctions qui existent entre les cadres juridiques applicables à ces deux formes de violence. Il analyse ensuite les effets juridiques et politiques qu'entraîne le fait d'estomper la distinction entre conflit armé et terrorisme, ainsi que les inconvénients qui résultent de ce flou, s'agissant notamment du respect du DIH par les parties non étatiques aux conflits armés non internationaux. Il analyse enfin les conséquences pratiques de cet amalgame, qui peut potentiellement entraver l'action des organisations humanitaires dans les conflits armés non internationaux.

## **LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LES DÉFIS POSÉS PAR LES CONFLITS ARMÉS CONTEMPORAINS**

### **I. INTRODUCTION**

Le présent document est le troisième rapport sur le « droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » préparé par le CICR à l'intention d'une Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Le premier a été présenté à la XXVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de décembre 2003 et le deuxième à sa trentième édition, qui s'est tenue en novembre 2007. L'objet de ces rapports est de donner un aperçu de certains des problèmes que posent les conflits armés contemporains pour le DIH, de promouvoir une réflexion plus large sur ces problèmes et de passer en revue les différentes actions actuelles ou possibles du CICR dans les domaines qui le concernent. Cette introduction présente brièvement le contexte opérationnel dans le cadre duquel ces problèmes se posent.

Ces quatre dernières années, plus de 60 pays ont été le théâtre de conflits armés (conflits entre États ou conflits non internationaux), avec toute la dévastation et la souffrance que ces conflits entraînent, principalement au sein de la population civile. Les civils sont en effet les premières victimes des violations du DIH que commettent les États parties et les groupes armés non étatiques. Pendant les hostilités, les violations les plus fréquentes incluent des attaques délibérées contre des civils, ainsi que la destruction d'infrastructures et de biens indispensables à leur survie, et le déplacement forcé de la population civile. Les civils souffrent également de l'emploi de moyens et méthodes de guerre qui frappent sans discrimination, principalement dans des environnements très peuplés. Les combattants ne prennent pas toutes les précautions pratiquement possibles – tant dans l'attaque que pour se protéger des effets d'une attaque – auxquelles le DIH les oblige ; ils causent ainsi inutilement des pertes en vies humaines et la destruction de biens à caractère civil. Des personnes privées de leur liberté sont aussi victimes de graves violations du DIH – meurtres, disparitions forcées, actes de torture et traitements cruels, et outrages à la dignité humaine. Les femmes en particulier, et de façon massive dans certains contextes, sont victimes de viols et d'autres formes de violence sexuelle. Le personnel médical, les services de santé et les installations sanitaires sont la cible d'attaques directes et les soins sont gravement entravés. Il y a aussi des cas d'usage abusif des emblèmes protecteurs, qui au bout du compte mettent en danger les acteurs du Mouvement dans l'accomplissement de leur mission humanitaire. L'insécurité générale qui prévaut sur le terrain et la difficulté qui en découle de pouvoir accéder aux groupes armés non étatiques pour obtenir d'être acceptés par eux et de recevoir des garanties de sécurité de leur part, ainsi que les attaques délibérées de convois et de travailleurs humanitaires ou leur enlèvement, ont empêché l'assistance humanitaire d'atteindre les personnes qui en ont besoin, livrant à un destin incertain des dizaines de milliers de civils.

Dans un tel contexte, certains gouvernements continuent de nier l'existence de conflits armés non internationaux sur leur territoire, et donc l'applicabilité du DIH à ces conflits, ce qui rend difficile sinon impossible le dialogue avec le CICR sur le respect de leurs obligations en vertu du DIH. Certains gouvernements sont également réticents à reconnaître la nécessité pour le CICR et d'autres composantes du Mouvement d'engager le dialogue avec des groupes armés non étatiques sur des questions liées à la sécurité de leur personnel et à l'accès aux victimes, et de diffuser les principes humanitaires et le DIH, considérant que les groupes armés en question sont des « organisations terroristes » ou de toute façon des hors-la-loi.

Au cours de ces dernières années d'activités qui se sont écoulées depuis son dernier rapport, le CICR a observé deux caractéristiques principales des conflits armés. La première est la *diversité* des situations de conflit armé, depuis les conflits où les technologies et les armements les plus sophistiqués sont utilisés dans des affrontements asymétriques, jusqu'aux conflits qui se caractérisent par une technologie peu développée et un degré important de fragmentation des groupes armés impliqués.

Même si ces dernières années ont vu l'émergence d'un certain nombre de conflits armés internationaux, parmi lesquels le récent conflit entre la Libye et une coalition de plusieurs pays sous le commandement de l'OTAN, les conflits armés non internationaux restent le type de conflit le plus fréquent. Cela est dû principalement à la faiblesse des États qui a fait le lit des milices locales et des groupes armés et a ainsi conduit à des situations où pillage et trafic, extorsion et enlèvement sont devenus des stratégies économiques rentables, portées par la violence et des intérêts nationaux, régionaux et internationaux, avec toutes les conséquences que cela implique en termes de souffrances pour les civils. Ces conflits de basse intensité se caractérisent souvent par des formes brutales de violence et des attaques répétées contre des civils, afin de les terroriser, de s'en assurer le contrôle et d'obtenir de nouvelles recrues. Les affrontements directs entre des groupes armés et des forces gouvernementales tendent à être plus sporadiques.

Les hostilités opposant des groupes armés non étatiques opérant dans des zones habitées à des forces gouvernementales dotées de moyens militaires bien supérieurs sont aussi une situation fréquente qui met les civils et les habitations civiles au premier plan des affrontements qui se déroulent là où ils vivent. Le fait que les groupes armés soient mêlés à la population civile, en violation du DIH, a été utilisé par certaines armées pour justifier que toutes les précautions possibles n'aient pas été prises pour minimiser les risques pour les civils, comme l'exige le DIH. La guerre urbaine pose des problèmes particuliers aux forces gouvernementales qui, souvent, continuent d'employer des moyens et méthodes de guerre conçus pour être utilisés sur un champ de bataille ouvert et qui ne sont pas adaptés à des environnements habités, comme c'est le cas de certains moyens aériens et d'artillerie. À ce propos, les effets de l'emploi d'explosifs dans des zones habitées sur les civils et les infrastructures civiles qui, dans de tels environnements, ont été les plus gravement touchés par les hostilités, préoccupent de plus en plus.

Une autre tendance importante des conflits armés non internationaux est la disparition progressive de la ligne de partage entre les affrontements idéologiques et les affrontements non idéologiques, du fait de l'émergence de groupes armés non étatiques qui sont issus d'organisations criminelles organisées. Malgré certains avis contraires, il faut rappeler que les motivations sous-jacentes de ces groupes n'ont aucune incidence sur la question de savoir s'ils participent ou non à un conflit armé non international au sens du DIH.

Les récentes situations de troubles civils en Afrique du Nord et au Moyen-Orient ont, dans certains pays comme la Libye, dégénéré en conflit armé non international opposant les forces gouvernementales à des mouvements d'opposition armés organisés. Dans d'autres contextes tels que l'Irak et le Yémen, des troubles civils sont venus se greffer sur une situation de conflit armé préexistant, ce qui conduit à se demander quel est le cadre juridique international (DIH ou règles et normes relatives aux droits de l'homme) qui régit certaines manifestations de la violence. Cette question cruciale s'est également posée de façon récurrente dans de nombreuses autres situations de conflit armé dans le monde.

La deuxième caractéristique principale des conflits armés de ces dernières années en est la *durée*. À ce propos, il est important de faire remarquer que la majorité des opérations du CICR ont lieu dans des pays où l'institution est présente depuis vingt, trente ou quarante ans, comme en Afghanistan, en Colombie, en République démocratique du Congo, en Israël et dans les territoires occupés, aux Philippines, en Somalie et au Soudan. Ces conflits armés

qui perdurent et qui sont souvent alimentés par des motivations économiques liées à l'accès aux ressources naturelles, oscillent entre différents niveaux d'intensité et d'instabilité, sans solution de paix durable. Comme à Sri Lanka, certains conflits armés se sont terminés par la victoire militaire d'une partie contre l'autre, mais c'est plus souvent l'exception que la règle. Bien peu de conflits armés ont été définitivement réglés par des négociations de paix et dans plusieurs cas, des conflits armés se sont rallumés entre d'anciens ennemis malgré les cessez-le-feu et les accords de paix conclus.

En outre, des désaccords entre États ont conduit à des situations d'occupation prolongée qui relèvent de la Quatrième Convention de Genève et du DIH coutumier, même si très peu de puissances occupantes admettent que le droit relatif à l'occupation s'applique à elles. À moins que des solutions politiques ne soient trouvées pour régler les causes sous-jacentes de ces occupations prolongées, celles-ci continueront d'infliger leur lot de dépossessions, de violences et les souffrances qui en découlent aux populations civiles touchées.

## II. LA NOTION DE CONFLIT ARMÉ ET LES DIFFÉRENTS TYPES DE CONFLITS ARMÉS

Avec la complexité croissante des conflits armés que la section précédente aborde du point de vue de la pratique, ces dernières années ont aussi été marquées par l'émergence de questions de nature juridique sur la notion de conflit armé et les différents types de conflits armés. Des questions se sont posées en particulier sur l'adéquation :

- 1) des critères actuels au regard desquels l'existence d'un conflit armé international est établie ;
- 2) de la classification actuelle des conflits armés, en particulier pour déterminer l'existence d'un conflit armé non international, et
- 3) du DIH applicable, et de son applicabilité dans certains cas.

### 1) Critères pour la détermination d'un conflit armé international

D'après le DIH, un conflit armé international est un conflit qui oppose des États (ou un État à un mouvement national de libération, sous réserve de remplir les conditions requises<sup>1</sup>). Conformément à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, cette définition vaut pour tous les cas de guerre déclarée ou de « tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles<sup>2</sup>. » Comme le dit Jean Pictet dans ses Commentaires aux quatre Conventions : « Tout différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention des membres des forces armées, est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. La durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle<sup>3</sup>. » Depuis l'adoption des Conventions, il y a plusieurs décennies déjà, ni la durée ni l'intensité n'ont en général été considérés comme des éléments constitutifs de l'existence d'un conflit armé international.

Cette approche a récemment été remise en question, certains suggérant qu'il fallait que les hostilités atteignent un certain niveau d'intensité, l'idée étant qu'un critère d'intensité devait être rempli pour que l'emploi de la force entre des États puisse être considéré comme un

---

<sup>1</sup> Protocole additionnel I, art. 1, par. 4, et 96, par. 3.

<sup>2</sup> D'après le DIH, l'occupation d'un belligérant est considéré comme étant un type de conflit armé international. Les problèmes que posent les critères servant à déterminer l'existence d'une situation d'occupation sont présentés plus loin dans le présent rapport.

<sup>3</sup> Commentaire publié sous la direction de Jean Pictet, III Convention de Genève, CICR, 1958, p. 29.

conflit armé international. En vertu de cette approche, un certain nombre d'emplois isolés ou sporadiques de la force armée entre des États qui ont été décrits comme étant des « incursions au-delà de la frontière », des « incidents navals », des « échauffourées » ou autres « provocations armées », ne peuvent pas être considérés comme des conflits armés internationaux à cause de la faible intensité de leur niveau de violence, en conséquence de quoi les États ne les ont pas explicitement désignés comme tels.

On considère ici, complétant l'avis juridique dominant qui dit le contraire, que l'absence d'une condition fixant un seuil d'intensité requis pour pouvoir définir une situation comme étant un conflit armé international devrait être maintenue, car elle contribue à éviter tout désaccord juridique ou politique sur le fait que le seuil ait été atteint ou non dans une situation donnée. Il existe aussi des raisons impérieuses en rapport avec la protection pour ne pas lier l'existence d'un conflit armé international à un niveau donné de violence. Prenons un seul exemple : d'après la Troisième Convention de Genève, si les membres des forces armées d'un État opposé à un autre sont capturés par les forces armées de l'autre État, ces soldats doivent pouvoir bénéficier du statut de prisonniers de guerre, que les deux États soient engagés ou non dans une véritable lutte. Le statut de prisonnier de guerre et le traitement qui doit être réservé à ces personnes sont clairement définis en DIH ; il y est notamment précisé qu'un prisonnier de guerre ne peut pas être poursuivi par l'État qui le détient pour des actes de guerre licites. Il semble assez évident que des militaires capturés ne jouiraient pas d'une protection juridique équivalente au seul regard du droit interne de l'État qui les détient, même complété par le droit international des droits de l'homme.

Le fait qu'un État ne fasse pas explicitement référence, pour des raisons politiques ou autres, à l'existence d'un conflit armé international dans une situation donnée, n'empêche pas que cette classification s'y applique du point de vue juridique. L'application du droit qui régit les conflits armés internationaux a été dissociée de la nécessité d'une déclaration officielle il y a de nombreuses décennies afin d'éviter que des États ne viennent nier la protection conférée par ce droit. Il est admis que ce raisonnement est toujours valable aujourd'hui.

## 2) Types de conflits armés

De nombreuses questions ont été posées dans le cadre des débats juridiques récents et toujours en cours pour savoir si la dichotomie actuelle du DIH – avec la classification des conflits armés en conflits internationaux ou non internationaux – suffit à répondre aux scénarios actuels, ou si de nouveaux types de conflits doivent être définis.

Il convient de rappeler que fondamentalement, ce qui distingue un conflit armé international d'un conflit armé non international, c'est la qualité des parties : dans un conflit armé international, on présuppose qu'il y a emploi de la force entre deux États ou plus<sup>4</sup>, alors que dans le cas d'un conflit armé non international, c'est un État et un groupe armé organisé non étatique (la partie non étatique), ou bien plusieurs de ces groupes entre eux, qui s'affrontent. Dans la pratique, il ne semble pas y avoir aujourd'hui de situation de violence armée entre des parties organisées qui ne serait pas couverte par l'une ou l'autre des deux catégories de conflits susmentionnées. On peut néanmoins observer une prévalence des conflits armés non internationaux, dont la variété a augmenté, comme on le verra plus loin.

---

<sup>4</sup> Avec les exceptions susmentionnées, voir note 1.

À titre de rappel, au moins deux critères factuels sont considérés comme indispensables pour qualifier une situation de violence de conflit armé non international au sens de l'article 3 commun<sup>5</sup> :

- i) les parties concernées doivent faire preuve d'un certain niveau d'organisation, et
- ii) la violence doit atteindre un certain niveau d'intensité.

i) L'article 3 commun fait expressément référence à « chacune des parties au conflit », impliquant de ce fait qu'une condition préalable à son application est l'existence d'au moins deux « parties ». Alors qu'il est plutôt aisé d'établir l'existence d'un État en tant que partie au conflit, il peut être difficile de déterminer si un groupe armé non étatique peut être considéré comme « partie au conflit » aux termes de l'article 3 commun, principalement parce que les faits précis ne sont pas clairs et parfois aussi parce que les gouvernements n'ont pas la volonté politique de reconnaître qu'ils sont parties à un conflit armé non international. Il est néanmoins largement admis qu'une partie non étatique à un conflit armé non international doit être un groupe armé doté d'un certain niveau d'organisation. La jurisprudence internationale a établi des critères indicatifs qui permettent d'évaluer ce niveau d'« organisation ». Il s'agit notamment de l'existence d'une structure de commandement et de règles et mécanismes disciplinaires au sein du groupe armé, de l'existence d'un quartier général, de sa capacité à se procurer, à transporter et à distribuer des armes, de la capacité du groupe à planifier, coordonner et effectuer des opérations militaires, y compris des mouvements de troupes et des opérations logistiques, de sa capacité à négocier et à conclure des accords de cessez-le-feu, de paix, etc. Autrement dit, même si le niveau de violence dans une situation donnée est très élevé (dans le cadre d'une rébellion de masse par exemple), on ne peut parler de conflit armé non international s'il n'y a pas de l'autre côté un groupe armé organisé.

ii) Le deuxième critère généralement utilisé pour déterminer l'existence d'un conflit armé aux termes de l'article 3 commun est l'intensité de la violence. C'est aussi un critère factuel, qui requiert un examen de la situation sur le terrain. D'après la jurisprudence internationale, les facteurs permettant de l'évaluer incluent le nombre, la durée et l'intensité des affrontements, les types d'armes et autres équipements militaires utilisés, le nombre et le calibre des munitions tirées, le nombre de personnes et les différents types de forces participant aux affrontements, le nombre de victimes, l'étendue des destructions matérielles, ainsi que le nombre de civils fuyant les zones de combats. La participation du Conseil de sécurité de l'ONU peut aussi refléter l'intensité d'un conflit. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a considéré que chaque fois qu'une situation de violence armée *prolongée* opposait des autorités gouvernementales à des groupes armés organisés ou de tels groupes entre eux, elle pouvait être qualifiée de conflit armé non international au sens de l'article 3 commun. Les décisions qui ont été prises par après par le Tribunal se sont fondées sur cette définition, le critère de durée (« prolongé ») étant considéré comme inclus dans le critère d'intensité.

Dans ce contexte, il convient de signaler qu'une prise de position du CICR datant de 2008<sup>6</sup> définit le conflit armé non international comme étant « *un affrontement armé prolongé* qui oppose les forces armées gouvernementales aux forces d'un ou de plusieurs groupes armés, ou de tels groupes armés entre eux, et qui se produit sur le territoire d'un État [partie aux Conventions de Genève]. Cet affrontement armé doit atteindre un *niveau minimum*

---

<sup>5</sup> Étant donné que les conflits armés non internationaux couverts par le Protocole II doivent répondre à certaines conditions qui ne figurent pas dans l'article 3 commun et qu'ils ne sont pas réellement communs, ils ne seront pas abordés dans cette section.

<sup>6</sup> « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? » (14-04-2008) disponible à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/fr/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>.

*d'intensité* et les parties impliquées dans le conflit doivent faire preuve d'un *minimum d'organisation*. »

*a) Types de conflits armés non internationaux au sens de l'article 3 commun*

Les conflits armés non internationaux relevant de l'article 3 commun se sont déroulés suivant différents scénarios, surtout au cours de la dernière décennie. On a constaté une tendance marquée à l'augmentation des conflits armés non internationaux présentant un élément extraterritorial, d'où les questions qui se sont posées sur l'adéquation de la classification actuelle des conflits armés. Les paragraphes qui suivent présentent brièvement différents types de conflits armés récents ou en cours, entre des États et des groupes armés organisés non étatiques, ou entre de tels groupes armés, qui peuvent être considérés comme des conflits armés non internationaux. Alors que les cinq premiers types de conflits armés non internationaux mentionnés ne semblent pas être contestés, les deux autres continuent de faire l'objet d'un débat juridique.

Il y a tout d'abord aujourd'hui des conflits armés non internationaux au sens de l'article 3 commun qui sont traditionnels ou « classiques » : des forces armées gouvernementales se battent contre un ou plusieurs groupes armés organisés, sur le territoire d'un seul État. Ces conflits armés relèvent de l'article 3 commun et les règles coutumières de DIH leur sont également applicables.

En deuxième lieu, il y a les conflits armés qui opposent au moins deux groupes armés organisés et qui peuvent être considérés comme une sous-catégorie des conflits armés non internationaux « classiques » quand ils se tiennent sur le territoire d'un seul État. Comme exemple, on cite à la fois des situations dans lesquelles il n'y a pour ainsi dire pas d'autorité à la tête de l'État (c'est le scénario de l'État « en faillite »), ainsi que des situations où on observe en même temps un conflit armé non international entre au moins deux groupes armés organisés et un conflit armé international sur le territoire d'un seul État. Là aussi, l'article 3 commun et le DIH coutumier constituent le régime juridique adéquat pour le conflit armé non international.

Troisièmement, on sait que certains conflits armés non internationaux qui naissent sur le territoire d'un seul État et opposent des forces armées gouvernementales et un ou plusieurs groupes armés organisés, peuvent « déborder » sur le territoire d'États voisins. Laissant de côté les autres problèmes juridiques que pourrait poser l'incursion de forces armées étrangères sur un territoire voisin (violation de souveraineté et réactions possibles des forces armées de l'État voisin qui pourraient donner naissance à un conflit armé international), il est considéré que les relations entre les parties dont le conflit a débordé restent pour le moins régies par l'article 3 commun et le DIH coutumier. Il est en effet considéré que le débordement d'un conflit armé non international sur un territoire voisin ne peut pas avoir comme effet de décharger les parties de leurs obligations au regard du DIH du simple fait qu'une frontière internationale aura été franchie. Le vide juridique que cela entraînerait priverait de protection les civils pouvant être touchés par les affrontements mais aussi les personnes tombant aux mains de l'ennemi.

En quatrième lieu, on a assisté, ces dix dernières années surtout, à l'émergence de conflits qui pourraient être qualifiés de « conflits armés non internationaux multinationaux ». Dans ce type de conflit armé, des forces armées multinationales se battent aux côtés des forces armées d'un État « hôte » (sur son territoire) contre un ou plusieurs groupes armés organisés. Comme le conflit armé n'oppose pas deux États ou plus (les acteurs étatiques étant tous du même côté), le conflit doit être classé comme non international, malgré sa composante internationale, qui parfois peut jouer un rôle important. On peut citer comme exemple actuel de ce type de conflit la situation en Afghanistan, même si à l'origine, il

s'agissait d'un conflit armé international. Le cadre juridique applicable est l'article 3 commun et le DIH coutumier.

En cinquième lieu, il y a une sous-catégorie de conflit armé non international multinational dans lequel des forces des Nations Unies, ou sous l'égide d'une organisation régionale (l'Union africaine par exemple), sont envoyées soutenir un gouvernement « d'accueil » qui est engagé dans des hostilités contre un ou plusieurs groupes armés organisés sur son territoire (voir ci-après section IV. -3). Ce scénario pose un certain nombre de problèmes juridiques, à propos notamment du régime juridique applicable à la conduite des forces armées multinationales, et de l'applicabilité de la Convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies. On estime que lorsque des forces des Nations Unies ou d'une organisation régionale deviennent parties à un conflit armé non international, elles doivent respecter les règles de DIH applicables, à savoir l'article 3 commun et le DIH coutumier, comme on le verra plus en détail ultérieurement.

En sixième lieu, on peut considérer qu'il y a conflit armé non international (« transfrontière ») quand les forces d'un État sont engagées dans des hostilités les opposant à une partie non étatique qui opère depuis le territoire d'un État voisin sans le contrôle ni le soutien de cet État hôte. La guerre de 2006 entre Israël et le Hezbollah a ainsi constitué un véritable défi du point de vue des faits et du droit. Il y a eu tout un éventail d'avis sur la nature juridique de ce conflit, qui peuvent être regroupés en trois grandes positions : 1) c'était un conflit armé international, 2) c'était un conflit armé non international, 3) il y a eu en parallèle et en même temps un conflit entre plusieurs parties : un conflit armé international entre Israël et le Liban et un conflit armé non international entre Israël et le Hezbollah. Si cette double classification a été proposée, c'est pour tenir compte de la réalité sur le terrain ; en effet, les hostilités étaient principalement le fait d'un groupe armé organisé dont les actions ne pouvaient pas être imputées à l'État hôte se battant au-delà de ses frontières contre un autre État. Un tel scénario était difficilement imaginable quand l'article 3 commun a été rédigé, et pourtant cet article constitue, avec le DIH coutumier, le cadre juridique approprié à cette double voie, en complément de l'application du droit des conflits armés internationaux entre les deux États.

Certains considèrent qu'il existe aujourd'hui un septième et dernier type de conflit armé non international, à savoir celui qui oppose dans de nombreux États Al-Qaida, ses membres et ses adhérents aux États-Unis (conflit « transnational »). Il faut rappeler que le CICR ne partage pas l'avis selon lequel il y aurait, ou aurait eu, un conflit de portée mondiale. Depuis les horribles attaques du 11 septembre 2001, le CICR a fait référence à ce qu'il qualifie de « lutte contre le terrorisme » à multiples facettes. Cette lutte comprend un ensemble de mesures antiterroristes qui vont d'actions non violentes (collecte de renseignements, sanctions financières, coopération judiciaire et autres) à l'emploi de la force. Concernant cette dernière option, le CICR a adopté une approche au cas par cas dans son analyse juridique et sa classification des différentes situations de violence qui se sont produites dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Certaines situations ont été considérées comme étant des conflits armés internationaux, alors que d'autres contextes ont été définis comme des conflits armés non internationaux et que certains actes de terrorisme se produisant dans le monde ont été considérés comme en dehors de tout conflit armé. Il ne faudrait pas oublier que les règles de DIH qui régissent l'emploi de la force et la détention pour raisons de sécurité sont moins restrictives que les règles qui s'appliquent en dehors des conflits armés et qui relèvent d'autres régimes juridiques. Comme mentionné dans le rapport du CICR sur « Le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains », soumis à la Conférence internationale de 2007, appliquer le DIH à des situations qui ne relèvent pas du conflit armé est jugé inapproprié et inutile<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Voir le rapport du CICR sur « Le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains », présenté à la XXX<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, octobre 2007, 30IC/07/8.4, p. 8.

*b) Classification des situations de violence issues du crime organisé*

Le crime organisé en tant que tel est un phénomène complexe qui présente de multiples facettes ; il n'est de ce fait pas abordé dans le cadre de ce rapport, qui le mentionne cependant à cause des questions qui continuent de se poser sur sa nature juridique. Aux fins du présent rapport, le crime organisé est compris comme incluant toutes les activités illicites conduites par des organisations criminelles et des gangs de territoire, notamment les activités pour lesquelles elles ont recours à la violence armée<sup>8</sup>. Dans certains cas, la violence armée est le fait de groupes criminels qui s'affrontent dans le but de s'assurer le contrôle de marchés ou de territoires pour poursuivre leurs activités illicites. Dans d'autres cas, elle peut être le résultat d'actions entreprises par des gouvernements afin de supprimer des organisations criminelles ou de regagner le contrôle d'un territoire par les forces militaires ou de police. Dans certains contextes, les deux types d'affrontements armés sont connus pour avoir atteint un niveau élevé d'intensité, du fait de l'emploi d'armement lourd et du grand nombre de victimes. La question qui se pose est de savoir si le crime organisé et les actions engagées pour le combattre peuvent être qualifiés de conflit armé au sens du DIH, et en particulier si les groupes armés participant du crime organisé peuvent être parties à un conflit armé.

Pour répondre à cette question, il faudrait considérer les deux principaux critères susmentionnés qui servent à établir l'existence d'un conflit armé non international, à savoir le niveau d'organisation des forces en présence et l'intensité de la violence. Dans de nombreux contextes, on peut dire que la première condition est remplie. En effet, les groupes criminels ont souvent une structure de commandement, un quartier général, la capacité de se procurer des armes, de planifier des opérations, etc. Concernant le critère relatif à l'intensité de la violence, il est parfois plus difficile à établir dans la pratique si le seuil requis pour un conflit armé non international a été atteint. C'est une condition à analyser au cas par cas à partir d'un ensemble d'indicateurs. Comme éléments à prendre en compte, il y a la nature collective de l'affrontement ou le fait que l'État soit obligé de faire appel à ses forces armées pour combattre le problème. La durée des affrontements armés et leur fréquence, la nature des armes utilisées, les déplacements de population, le contrôle d'un territoire par les groupes armés, le nombre de victimes causées et d'autres éléments similaires peuvent aussi être pris en compte.

D'après certains, au vu des caractéristiques spécifiques des groupes impliqués dans des activités purement criminelles, le crime organisé et les actions engagées pour le combattre ne peuvent pas être inclus dans la catégorie des conflits armés non internationaux. Selon cette approche, les situations dans lesquelles la violence est le fait d'organisations purement criminelles telles que des mafias ou des bandes criminelles organisées ne peuvent pas être considérées comme des conflits armés non internationaux, car seuls des groupes armés organisés ayant des objectifs politiques implicites ou explicites pourraient être légitimement parties à un conflit armé non international. Il convient de signaler que cette position ne s'appuie sur aucune lecture juridique *stricto sensu*. D'après le DIH, la motivation des groupes organisés participant à des violences armées n'est pas un critère servant à déterminer l'existence ou non d'un conflit armé. S'il en était tenu compte, toutes sortes de raisons relevant de la motivation des parties pourraient alors être avancées pour nier l'existence d'un conflit armé. En outre, l'objectif politique est un critère qui, dans de nombreux cas, pourrait être difficile à appliquer ; dans la pratique en effet, les motivations réelles des groupes armés ne sont pas toujours faciles à discerner et par ailleurs il pourrait y avoir désaccord quant à ce qui peut constituer un objectif politique. Enfin, la distinction entre les organisations

---

<sup>8</sup> Il convient de rappeler que tous les actes de violence commis dans le cadre d'un conflit armé non international par un groupe armé organisé non étatique sont régulièrement interdits en droit national, raison pour laquelle il est difficile d'établir une distinction en fonction du caractère illicite des activités.

criminelles et les organisations politiques n'est pas toujours nette ; il n'est pas rare que des organisations se battant pour un objectif politique mènent des activités criminelles parallèles et vice-versa.

Nul besoin de dire que la classification juridique de la violence a d'importantes conséquences dans la pratique car cette classification détermine le cadre juridique applicable, notamment les règles à respecter en cas de recours à la force. Dans une situation qui est considérée comme ayant atteint le niveau d'un conflit armé non international, le DIH régissant la conduite des hostilités s'applique et tant les forces gouvernementales que les organisations criminelles parties au conflit armé non international doivent le respecter. En dessous du niveau d'un conflit armé non international, les autorités du pays doivent respecter les dispositions des droits de l'homme qui régissent les opérations d'application des lois. Les organisations criminelles ne sont pas liées par ces dispositions ; le droit qui leur est applicable est le droit national, notamment pénal. De plus amples informations sur les différences qui existent entre les règles du DIH et celles des droits de l'homme concernant l'emploi de la force sont expliquées dans les sections sur l'interaction entre le DIH et les droits de l'homme.

### **3) Droit applicable**

La question de savoir si le DIH est adapté s'est à certains moments posée, non seulement pour ce qui est de sa capacité à intégrer les nouvelles réalités de la violence armée organisée dans les classifications existantes, mais aussi en ce qui concerne sa capacité à constituer un ensemble suffisant de normes substantielles et son applicabilité à des situations concrètes. La question concerne davantage les conflits armés non internationaux que les conflits armés internationaux.

Il est généralement admis que les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I pour les États qui y sont parties, ainsi que les règles coutumières de DIH, constituent toujours un cadre de référence adéquat pour régir le comportement des États participant à un conflit armé international. Comme indiqué dans le rapport présenté en 2007 par le CICR à la Conférence internationale sur « le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains », les principes et règles de base qui régissent la conduite des hostilités et le traitement des personnes tombées aux mains de l'ennemi (les deux grands domaines couverts par le DIH), continuent d'offrir un équilibre raisonnable et pragmatique entre la nécessité militaire et les exigences d'humanité. Ces règles sont détaillées et elles ont passé l'épreuve du temps ; elles sont en outre largement acceptées comme le montre le fait que tous les pays du monde sont aujourd'hui parties aux Conventions de Genève et que la grande majorité des États sont aussi parties au Protocole additionnel I. Les traités principaux ont continué d'être complétés par de nouvelles codifications du droit, notamment dans le domaine des armes. Bien évidemment, cela ne signifie pas que le droit qui régit les conflits armés internationaux ne peut pas être encore amélioré par un travail de clarification et d'interprétation. Des efforts sont entrepris dans ce sens par des États, des organisations internationales, le CICR, des groupes d'experts et d'autres instances, dont des tribunaux nationaux et internationaux.

Il est bien connu que les règles conventionnelles qui régissent les conflits armés non internationaux sont bien moins nombreuses que celles qui régissent les conflits armés internationaux, et qu'elles ne peuvent pas répondre de façon adéquate à la myriade de questions juridiques et de protection qui se posent dans la pratique. Il a même été suggéré que les conflits armés non internationaux n'étaient pas suffisamment réglementés car l'application de l'article 3 commun est géographiquement limitée au territoire de l'État partie au conflit armé. On estime que cette vision n'est pas correcte ; les dispositions de cet article ont sans aucun doute valeur de droit coutumier et il existe en outre un nombre important de

règles coutumières de DIH qui s'appliquent aux conflits armés non internationaux. L'Étude sur le droit international coutumier que le CICR a terminée en 2005, faisant suite à la demande que lui en avait faite la Conférence internationale dix ans auparavant, a conclu que sur les 161 règles coutumières recensées, 148 s'appliquaient aux conflits armés non internationaux. Ces règles offrent des critères supplémentaires pour déterminer les obligations à la fois des États et des groupes armés organisés non étatiques.

Les règles coutumières de DIH sont extrêmement importantes dans la mesure où elles donnent une orientation juridique aux parties quel que soit le type de conflit armé non international, y compris ceux qui présentent un élément extraterritorial, comme mentionné plus haut. Pour ce qui est du droit coutumier, les principes de base du DIH et les règles qui régissent la conduite des hostilités sont, à quelques exceptions près, essentiellement identiques, indépendamment du type de conflit. Cela vaut également pour les règles qui régissent la plupart des aspects relatifs à la détention, à l'exception des garanties procédurales en cas d'internement dans le cadre d'un conflit armé non international, tel qu'expliqué ci-après. L'avis du CICR sur la façon dont le droit relatif à la détention peut être renforcé fait l'objet d'un autre rapport intitulé « Renforcer la protection juridique des victimes des conflits armés » ; ce document, qui est présenté à la XXXI<sup>e</sup> Conférence internationale, identifie d'autres domaines du droit qui mériteraient aussi d'être développés.

S'il est de toute évidence important de déterminer le droit applicable, il est encore plus important que les États reconnaissent son applicabilité quand les critères factuels requis sont remplis. Dans son rapport de 2007 intitulé « Le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains », le CICR observait une tendance de certains États à étendre l'application du DIH à des situations qui, en fait, n'étaient pas des conflits armés. Il existe aujourd'hui une autre tendance tout aussi préoccupante. Cette tendance est double. D'un côté, certains États rejettent l'applicabilité du DIH à des situations qui pourraient être qualifiées de conflit armé non international au vu des faits, préférant parler d'opérations de « lutte contre le terrorisme », auxquelles s'appliquent d'autres branches du droit. D'un autre côté, il y a des États qui, après avoir reconnu qu'ils étaient engagés dans un conflit armé non international contre un groupe armé non étatique, ont rejeté cette classification et ont, eux aussi, déclaré qu'ils opéraient dorénavant dans un cadre antiterroriste.

Dans ces deux scénarios, il semble que l'on parte du principe qu'en reconnaissant l'existence (ou la poursuite) d'un conflit armé non international, on attribue à la partie non étatique un statut juridique qui la légitime. Il faut bien faire observer que ce n'est nullement soutenu par le DIH puisque l'article 3 commun stipule clairement que l'application de ses dispositions « n'aura pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit [armé non international]<sup>9</sup>. »

L'article 3 commun régit le traitement des personnes aux mains de l'ennemi alors que les règles coutumières de DIH applicables aux conflits armés non internationaux régissent la conduite des hostilités. En niant l'applicabilité du DIH aux conflits armés non internationaux, les États privent les civils, tout comme leur propre personnel pouvant être détenu par une partie non étatique, de la protection offerte par le seul corpus de droit international qui lie expressément les groupes armés non étatiques et permet de les sanctionner au niveau

---

<sup>9</sup> Voir également le Commentaire publié sous la direction de Jean Pictet sur la Quatrième Convention de Genève, article 3, CICR, 1956, p. 50. « Ainsi, le fait d'appliquer l'article 3 ne constitue en lui-même, de la part d'un gouvernement légal, aucune reconnaissance d'un pouvoir quelconque à la partie adverse ; il ne limite en aucune manière son droit de réprimer une rébellion par tous les moyens – usage des armes compris – que sa propre loi lui fournit ; il n'affecte en rien son droit de poursuivre, de juger et de condamner ses adversaires, conformément à sa propre loi, pour leurs crimes. De même, le fait pour le parti adverse, quel qu'il soit et quelque qualification qu'il se donne ou à laquelle il prétende, d'appliquer cet article ne lui confère aucun droit à une protection spéciale, ni aucune immunité. »

international en cas de violation des règles. Comme expliqué ci-après, les groupes armés non étatiques sont généralement considérés comme n'étant pas liés par les droits de l'homme, et le fait qu'ils aient pris les armes contre l'État laisse supposer qu'ils ne sont pas disposés à appliquer dans la pratique le droit national. Mais l'applicabilité du DIH à une situation donnée ne change rien au fait que le droit national continue de s'appliquer aux membres de la partie non étatique, qui peuvent être poursuivis, en vertu de ce droit, s'ils commettent des actes criminels. C'est ce que les rédacteurs de l'article 3 avaient à l'esprit quand ils ont estimé que l'application de ses dispositions n'avait pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit, et c'est ce qui est oublié quand son applicabilité est niée, au détriment des victimes des conflits armés.

### III. L'INTERACTION ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LES DROITS DE L'HOMME

La question de l'interaction entre le DIH et les droits de l'homme est une préoccupation juridique permanente, ne serait-ce que pour les conséquences pratiques qu'elle peut avoir sur la conduite des opérations militaires. Le présent rapport ne se veut en aucune façon un exposé complet de la relation entre ces deux branches du droit international, mais vise plutôt à mettre en évidence quelques points saillants de cette relation.

#### 1) Considérations générales sur cette interaction

Il ne fait aucun doute que le DIH et les droits de l'homme ont en commun certains buts, à savoir protéger la vie, la santé et la dignité humaines. Il est en outre généralement admis que ces deux régimes juridiques sont complémentaires, bien qu'ayant un champ d'application différent. Les droits de l'homme sont réputés s'appliquer en tous temps (et constituent donc la *lex generalis*), alors que le DIH ne s'applique qu'en cas de conflit armé (et constitue donc la *lex specialis*).

Si la signification ou même l'utilité de la doctrine de la *lex specialis* ont été mises en question, on estime néanmoins que cet outil d'interprétation reste indispensable pour déterminer l'interaction entre le DIH et les droits de l'homme. Ces deux branches du droit international sont certes complémentaires en termes généraux, mais la notion de complémentarité n'apporte pas de réponse aux questions juridiques d'interaction parfois complexes qui se posent dans des cas concrets sur le terrain. Les situations de conflit armé ne sauraient être assimilées à un contexte de paix, et certaines règles du DIH et des droits de l'homme donnent des résultats contradictoires lorsqu'elles sont appliquées aux mêmes faits, parce qu'elles reflètent la réalité différente pour laquelle chacune de ces branches du droit a été élaborée en premier lieu. Des exemples de tels cas de figure, ainsi que de cas où l'application du DIH ou des droits de l'homme donne des résultats similaires, seront présentés plus bas.

Il existe cependant, en matière d'interaction entre le DIH et les droits de l'homme, d'importantes différences de caractère général qui méritent d'être mentionnées. La première est que les droits de l'homme ne lient juridiquement que les États, comme le démontre le fait que les traités et autres sources de normes dans le domaine des droits de l'homme ne créent pas d'obligations légales pour les groupes armés non étatiques<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Si les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies appellent parfois une partie non étatique à un conflit armé non international à respecter les droits de l'homme, ces appels ne peuvent avoir pour effet juridique de modifier l'édifice des droits de l'homme, lequel n'impose expressément d'obligations qu'aux États. Il apparaît que la portée juridique exacte de cet aspect des résolutions pertinentes du

Les droits de l'homme régissent expressément la relation entre un État et les personnes qui sont sur son territoire et/ou relèvent de sa juridiction (relation essentiellement « verticale »), et énoncent les obligations des États envers les individus dans un vaste ensemble de situations. Le DIH régissant les conflits armés non internationaux, en revanche, lie expressément aussi bien les États que les groupes armés non étatiques, comme le précise l'article 3 commun, dont les dispositions énumèrent les obligations des « parties » à un conflit armé non international. Le DIH établit une égalité de droits et d'obligations entre le côté étatique et le côté non étatique, et ce pour le bénéfice de toutes les personnes qui sont soumises aux effets de leur conduite (relation essentiellement « horizontale »). Ceci, bien entendu, ne signifie pas que les deux côtés soient égaux au regard de la législation nationale car, comme déjà mentionné, les membres de groupes armés non étatiques restent soumis à cette législation et peuvent être poursuivis pour tout crime qu'ils auraient commis en infraction à ses dispositions.

Mis à part les aspects purement juridiques, il existe des considérations pratiques qui restreignent l'aptitude des groupes armés non étatiques à appliquer les droits de l'homme. La plupart de ces groupes, en effet, n'ont pas la capacité de respecter toute la gamme des obligations de cette branche du droit, parce qu'ils ne peuvent pas assumer les fonctions de type gouvernemental sur lesquelles est fondée la mise en œuvre des règles des droits de l'homme. Dans la plupart des conflits armés non internationaux, la partie non étatique ne dispose pas des structures adéquates pour assurer l'application des normes conventionnelles et non conventionnelles (droit non contraignant) des droits de l'homme. Quoi qu'il en soit, la grande majorité – voire la totalité – des obligations relevant des droits de l'homme dont un groupe armé non étatique ordinaire serait capable de s'acquitter dans la pratique le tient déjà en vertu d'une règle correspondante du DIH. Il convient toutefois de noter une exception à ce qui vient d'être précisé : les cas où un groupe, généralement grâce à un contrôle stable du territoire, est en mesure d'agir comme une autorité étatique et où ses *responsabilités* en matière de droits de l'homme peuvent par conséquent être reconnues de *facto*.

La deuxième différence importante entre le DIH et les droits de l'homme est la portée extraterritoriale respective de ces deux branches du droit.

Il est incontestable que le DIH régissant les conflits armés internationaux est d'application extraterritoriale, étant donné que son objet même est de régler le comportement d'un ou de plusieurs États engagés dans un conflit armé sur le territoire d'un autre État. Le même raisonnement devrait s'appliquer dans les conflits armés non internationaux comportant une dimension extraterritoriale : les parties à ce type de conflits ne peuvent être exonérées des obligations qui leur incombent au titre du DIH lorsqu'un conflit dépasse le territoire d'un seul État, si l'on veut que ce corpus de règles ait un effet protecteur.

Malgré quelques importants points de vue divergents, il est largement accepté que les droits de l'homme sont d'application extraterritoriale – comme l'attestent, notamment, les décisions de tribunaux internationaux et régionaux. L'étendue exacte de cette application, cependant, reste encore à établir. C'est dans le système européen des droits de l'homme que la jurisprudence est la plus développée, mais là aussi elle continue d'évoluer : s'il a été établi que les États du Conseil de l'Europe « transportent » leurs obligations à l'étranger lorsqu'ils mènent des activités de détention, sur la base d'une autorité effective sur les personnes ou sur le territoire concerné, la jurisprudence reste incertaine en ce qui concerne l'application extraterritoriale des règles des droits de l'homme régissant l'usage de la force.

---

Conseil de sécurité demeure mal définie, du fait aussi que les États sont dans l'ensemble peu enclins à reconnaître l'applicabilité des droits de l'homme aux groupes armés non étatiques.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que la question de l'application extraterritoriale des droits de l'homme n'est pertinente que pour les États. La possibilité que les groupes armés non étatiques aient des obligations extraterritoriales en matière de droits de l'homme lorsqu'ils franchissent une frontière internationale n'a pas été évoquée, pour les raisons juridiques et autres indiquées ci-dessus.

La troisième différence majeure entre le DIH et les droits de l'homme tient à la question de la dérogation. Alors que les règles de DIH sont indérogeables, selon les dispositions expresses de certains traités des droits de l'homme, en revanche, les États peuvent déroger aux obligations que leur imposent ces traités si les conditions requises sont remplies.

## **2) L'interaction dans deux contextes spécifiques : la détention et l'usage de la force**

Dans ce rapport, l'interaction spécifique entre le DIH et les droits de l'homme sera examinée brièvement au regard de deux ensembles de normes qui sont d'un intérêt crucial dans les situations de conflit armé – les règles relatives à la détention et à l'usage de la force.

### *a) La détention*

La détention est une conséquence inévitable et licite de tout conflit armé. Elle est réglementée par un grand nombre de dispositions de DIH qui tendent à traduire en termes spécifiques le principe général du traitement humain. Pour simplifier, ces règles peuvent être divisées en quatre groupes :

#### *i) Règles relatives au traitement des détenus (au sens étroit du terme)*

Il s'agit de règles qui visent à protéger l'intégrité et le bien-être physiques et mentaux des personnes privées de liberté pour quelque raison que ce soit. En font partie l'interdiction du meurtre, de la torture<sup>11</sup>, de tout traitement cruel, inhumain ou dégradant, des mutilations, des expériences médicales ou scientifiques ainsi que de toute autre forme de violence portant atteinte à la vie et à la santé. Tous ces actes sont interdits tant par le DIH que par les droits de l'homme.

#### *ii) Règles relatives aux conditions matérielles de détention*

Ces règles visent à ce que les autorités détentrices pourvoient adéquatement aux besoins physiques et psychologiques des détenus, c'est-à-dire à leurs besoins en matière de nourriture, d'hébergement, de santé, d'hygiène, de contact avec le monde extérieur, de pratique religieuse, etc. Le DIH conventionnel et le DIH coutumier prévoient tous deux un ensemble substantiel de normes applicables aux conditions de détention, comme le font également les instruments non contraignants des droits de l'homme. Il a même été possible de dégager un ensemble commun de normes de ces deux corpus de droit.

#### *iii) Règles relatives au droit à un procès équitable*

Les personnes détenues parce qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis un crime ont le droit de bénéficier d'un procès équitable. La liste des divers droits constituant le droit à un

---

<sup>11</sup> Le DIH interdit la torture qu'elle soit commise par une partie étatique ou non étatique à un conflit armé, alors que les droits de l'homme la définissent comme tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont infligées par des agents de l'État ou par des personnes dont les actes peuvent être imputés à l'État. Cependant, dans sa définition de la torture en tant que crime contre l'humanité, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a omis la condition de l'implication de l'État, tout en requérant néanmoins une politique organisationnelle.

procès équitable est presque identique dans le DIH et les droits de l'homme. Contrairement aux dispositions des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Conventions de Genève relatives au procès équitable, il faut reconnaître que l'article 3 commun ne prévoit pas de garanties judiciaires spécifiques, mais il est généralement admis que l'article 75.4 du Protocole additionnel I – qui a été rédigé sur la base des dispositions correspondantes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (PIDCP) – peut être considéré comme reflétant le droit coutumier applicable dans tous les types de conflits armés. Le DIH renforce les dispositions pertinentes des droits de l'homme car il ne permet aucune dérogation au droit à un procès équitable dans les situations de conflit armé.

#### *iv) Règles relatives aux garanties procédurales dans le contexte de l'internement*

Aux fins du présent rapport, l'internement est défini comme la détention non pénale d'une personne au motif que son activité représente une menace grave pour la sécurité de l'autorité détentricer dans un conflit armé. C'est dans le domaine des garanties procédurales relatives à l'internement que des différences apparaissent entre le DIH applicable aux conflits armés internationaux et non internationaux, d'une part, et les règles correspondantes des droits de l'homme, d'autre part, et que, par conséquent, la question de l'interaction entre ces deux branches du droit international se pose.

En dehors des situations de conflit armé, la détention non pénale (c'est-à-dire administrative) est tout à fait exceptionnelle. Dans la plupart des cas, il y a privation de liberté lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir commis un crime. Le PIDCP garantit à chacun le droit à la liberté de sa personne et prévoit que toute personne détenue, pour quelque raison que ce soit, a droit à ce qu'un tribunal statue sur la légalité de sa détention. Ce domaine des droits de l'homme est fondé sur le présupposé que les tribunaux fonctionnent, que le système judiciaire est capable de faire face à n'importe quelle masse d'arrestations à n'importe quel moment, que l'on dispose des avocats nécessaires, que les forces de l'ordre ont la capacité de s'acquitter de leurs fonctions, etc.

Les situations de conflit armé constituent une réalité différente, raison pour laquelle le DIH prévoit des règles différentes.

#### L'internement dans les conflits armés internationaux

Dans un *conflit armé international*, le DIH permet l'internement des prisonniers de guerre et, sous certaines conditions, de civils.

Les prisonniers de guerre sont essentiellement des combattants capturés par la partie adverse dans un conflit armé international. Un combattant ou une combattante est un membre des forces armées d'une partie à un conflit armé international qui a « le droit de participer directement aux hostilités ». Cela signifie qu'il ou elle a le droit d'user de la force contre d'autres personnes participant directement aux hostilités, c'est-à-dire de les prendre pour cible, de les tuer ou de les blesser, et de détruire des objectifs militaires ennemis. Parce qu'une telle activité nuit manifestement à la sécurité de la partie adverse, la III<sup>e</sup> Convention de Genève prévoit qu'un État détenteur « pourra soumettre les prisonniers de guerre à l'internement ». Il ne fait généralement aucun doute que l'État détenteur n'est pas tenu d'assurer l'examen, par un tribunal ou autre instance, de la légalité de l'internement des prisonniers de guerre aussi longtemps que durent les hostilités actives, parce qu'une personne qui a le statut de combattant ennemi constitue *ipso facto* une menace pour la sécurité<sup>12</sup>. L'internement des prisonniers de guerre doit prendre fin et lesdits prisonniers

---

<sup>12</sup> L'examen par un tribunal selon la législation de l'État détenteur peut toutefois être requis pour obtenir la libération d'un prisonnier de guerre qui reste détenu alors que les hostilités actives ont cessé (ce qui constitue une infraction grave au DIH).

doivent être libérés à la fin des hostilités actives, à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une procédure pénale ou ne soient en train de purger une peine.

Aux termes de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, l'internement et la mise en résidence forcée sont les « mesures de contrôle » les plus sévères qui puissent être prises par un État envers des civils dont l'activité est considérée comme représentant une grave menace pour la sécurité. Il ne fait aucun doute que la participation directe de civils aux hostilités entre dans cette catégorie. (Bien que, selon le DIH, seuls les combattants soient expressément autorisés à participer directement aux hostilités, la réalité est qu'il arrive souvent que des civils le fassent aussi, tant dans les conflits armés internationaux que non internationaux<sup>13</sup>.)

Outre la participation directe aux hostilités, les civils peuvent avoir aussi d'autres comportements répondant au critère de représenter une grave menace pour la sécurité d'une puissance détentrice. En termes de procédure, la IV<sup>e</sup> Convention de Genève prévoit qu'un civil interné dans le cadre d'un conflit armé international a le droit de présenter une requête pour que la décision d'internement prise à son égard soit reconsidérée, qu'un tribunal ou un collège administratif doit procéder rapidement à cet examen, et qu'il doit ensuite être procédé automatiquement à un réexamen périodique tous les six mois. L'internement de civils doit cesser dès que les raisons qui l'ont rendu nécessaire n'existent plus. En tout état de cause, il doit cesser « le plus rapidement possible après la fin des hostilités ».

Il est estimé que l'interaction entre les règles du DIH et des droits de l'homme régissant les garanties procédurales en matière d'internement dans un conflit armé international doit être évaluée au regard de la *lex specialis*, c'est-à-dire des dispositions pertinentes du DIH qui ont été conçues précisément à cet effet.

#### L'internement dans les conflits armés non internationaux

L'article 3 commun ne contient pas de règles sur les garanties procédurales concernant les personnes internées dans un contexte de conflit armé non international, et ce bien que l'internement soit pratiqué tant par des États que par des groupes armés non étatiques. Le Protocole additionnel II mentionne expressément l'internement, confirmant ainsi que c'est une forme de privation de liberté inhérente aux conflits armés non internationaux, mais il n'énumère pas non plus les motifs d'internement ni les droits procéduraux des internés. Étant donné le manque de spécificité du DIH et quelques-unes des questions non résolues en matière d'application des droits de l'homme qui seront décrites plus bas, une analyse au cas par cas de l'interaction entre DIH et droits de l'homme s'impose. Seuls certains problèmes juridiques seront mentionnés.

Dans un conflit armé non international classique qui se déroule sur le territoire d'un État et oppose les forces armées gouvernementales à un ou plusieurs groupes armés non étatiques, la législation nationale – sous-tendue par les obligations de l'État en matière de droits de l'homme et de DIH – est le cadre juridique qui régit les garanties procédurales que l'État doit assurer aux membres de ces groupes lorsqu'ils sont détenus. Il convient de noter que, de l'avis de certains, la législation nationale ne peut pas permettre la détention non pénale dans un conflit armé sans déroger au PIDCP, même si l'État en cause prévoit l'examen par un tribunal, conformément à l'article 9.4 du Pacte. Pour d'autres analystes, une dérogation serait nécessaire si l'État suspendait l'*habeas corpus* et ne prévoyait que l'examen de la décision d'internement par un collège administratif dans le cadre d'un conflit armé non international (comme le permettrait le DIH). Selon d'autres points de vue encore,

---

<sup>13</sup> Voir, plus bas, la section consacrée à la participation directe aux hostilités.

on ne peut jamais déroger à l'*habeas corpus* – principe qui, à vrai dire, est approprié en temps de paix mais n'est pas toujours conciliable avec la réalité d'un conflit armé<sup>14</sup>.

Il est encore plus compliqué de déterminer le cadre juridique régissant l'internement dans le contexte de conflits armés non internationaux dans lesquels des États combattent aux côtés des forces d'un État hôte sur le territoire de ce dernier (conflits armés non internationaux « multinationaux »). Le problème qui vient d'être mentionné n'est pas le seul qui se pose : les États membres d'une coalition peuvent ne pas être tous liés par les mêmes traités des droits de l'homme ; la portée extraterritoriale des droits de l'homme demeure imprécise, et la question de savoir si les États intervenants doivent déroger à leurs obligations en matière de droits de l'homme pour détenir des personnes à l'étranger sans examen de leur situation au titre de l'*habeas corpus* n'est pas résolue (dans la pratique, aucun État ne l'a jamais fait).

Au-delà des obligations des États, il convient de rappeler que l'autre partie à un conflit armé non international est constituée d'un ou de plusieurs groupes armés non étatiques organisés. La législation nationale ne les autorise pas à détenir ni interner les membres des forces armées d'un État (ou qui que ce soit d'autre), et les droits de l'homme ne fournissent pas non plus de base juridique sur laquelle fonder la détention par des groupes armés non étatiques. De ce fait, une partie non étatique n'est pas juridiquement tenue de faire bénéficier de l'*habeas corpus* les personnes qu'elle capturerait ou détiendrait/internerait (ce qu'elle ne pourrait pas faire non plus dans la réalité, sauf dans les cas où un groupe, généralement parce qu'il a un contrôle stable du territoire, est en mesure d'agir comme une autorité étatique et où ses *responsabilités* en matière de droits de l'homme peuvent donc être reconnues *de facto*). Ainsi, l'idée selon laquelle il faut recourir aux droits de l'homme lorsqu'une question (telle que les garanties procédurales dans une situation d'internement) n'est pas traitée par le DIH ne tient pas compte des limites juridiques et pratiques de l'applicabilité des droits de l'homme aux parties non étatiques aux conflits armés non internationaux.

Les défis juridiques et pratiques que pose la détention dans les conflits armés non internationaux continuent à faire l'objet d'un débat juridique nourri, notamment sur ce qu'il conviendrait de faire pour aller de l'avant. Pour donner des orientations à ses délégations dans leur dialogue opérationnel avec les États et les groupes armés non étatiques, le CICR a adopté en 2005 une position institutionnelle intitulée « Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement ou la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence ». Ce document, qui est fondé sur le droit et la politique institutionnelle, a été annexé au rapport *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains* présenté par le CICR à la Conférence internationale de 2007. Se pose toujours, cependant, la question de savoir s'il pourrait être nécessaire d'étoffer – en développant le DIH – les règles régissant la détention, notamment celles qui concernent les garanties procédurales dans les situations d'internement lors d'un conflit armé non international. Le CICR estime que ce serait effectivement nécessaire, comme il le précise dans son rapport *Renforcer la protection juridique des victimes des conflits armés*, qui est présenté à la XXXI<sup>e</sup> Conférence internationale.

#### b) Le recours à la force

Parmi les questions qui sont régies à la fois par le DIH et les droits de l'homme, c'est dans celles qui on trait au recours à la force que l'on constate le plus de différences entre les deux branches du droit.

---

<sup>14</sup> C'est le cas en particulier dans un « conflit armé non international multinational ». Voir le paragraphe suivant du texte.

Les règles de DIH relatives à la conduite des hostilités reconnaissent que l'usage de la force létale est inhérent à la guerre. En effet, le but ultime des opérations militaires est de l'emporter sur les forces armées de l'ennemi. Il est donc permis – ou du moins il n'est pas juridiquement interdit – aux parties à un conflit armé d'attaquer les objectifs militaires, y compris le personnel, de la partie adverse. La violence dirigée contre ces objectifs n'est pas interdite en DIH, qu'elle soit infligée par une partie étatique ou non étatique au conflit. Les actes de violence contre des personnes ou des biens civils, en revanche, sont illégaux parce qu'un des principaux buts du DIH est de protéger les civils contre les effets des hostilités. Les règles essentielles régissant la conduite des hostilités ont été élaborées de façon à être en prise sur la réalité des conflits armés. La première est le principe de distinction, selon lequel les parties à un conflit armé doivent en tout temps faire la distinction entre la population civile et les biens civils, d'une part, et les objectifs militaires, d'autre part, et ne diriger leurs opérations que contre ces derniers. Développant ce principe de distinction, le DIH interdit aussi, entre autres, les attaques menées sans discrimination et les attaques disproportionnées (voir ci-dessous), et oblige les parties à suivre une série de règles de précaution dans l'attaque visant à éviter ou à réduire au minimum les dommages causés aux civils et aux biens de caractère civil.

Les droits de l'homme, quant à eux, ont été conçus pour protéger les personnes des abus de pouvoir que pourrait exercer l'État, et ne reposent pas sur la notion de conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé, mais sur celle d'application des lois/de maintien de l'ordre. Les règles régissant le recours à la force dans le maintien de l'ordre donnent essentiellement des directives sur la façon dont l'État doit protéger la vie humaine lorsque ce recours à la force est nécessaire pour prévenir des crimes, procéder ou aider à l'arrestation en toute légalité d'auteurs ou auteurs présumés d'infractions et maintenir l'ordre et la sécurité publics. La considération essentielle, en ce qui concerne l'usage de la force létale au regard des principes de maintien de l'ordre régis par les droits de l'homme, est que l'usage intentionnel de la force létale ne peut intervenir qu'en dernier recours, afin de protéger la vie lorsque les autres moyens restent sans effet ou ne permettent pas d'escompter le résultat désiré (mais ces autres moyens doivent toujours être disponibles). Les normes non contraignantes et la jurisprudence en matière de droits de l'homme ont également précisé clairement qu'un critère de nécessité « stricte » ou « absolue » doit présider à tout recours à la force létale, ce qui signifie que l'usage intentionnel de cette force ne peut pas dépasser ce qui est strictement ou absolument nécessaire pour protéger la vie.

La conception du principe de proportionnalité, dont le respect est d'une importance cruciale dans la conduite des opérations militaires aussi bien que des opérations de maintien de l'ordre, n'est pas la même dans le DIH et les droits de l'homme. Le DIH interdit de lancer des attaques contre des objectifs militaires « dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ». La principale distinction entre les règles pertinentes du DIH et des droits de l'homme est que, en DIH, le principe de proportionnalité vise à limiter les dommages qui pourraient être causés incidemment (dommages « collatéraux ») à des personnes et des biens protégés, tout en reconnaissant qu'une opération peut être effectuée même si de tels dommages risquent d'être causés, pour autant qu'ils ne soient pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. En revanche, en vertu des droits de l'homme, lorsqu'un agent de l'État fait usage de la force contre un individu, le principe de proportionnalité veut que l'on mesure cette force en tenant compte de son effet sur l'individu lui-même, d'où la nécessité d'utiliser le minimum de force nécessaire et de restreindre le recours à la force létale.

Ce bref aperçu permet de conclure que la logique et les critères auxquels obéit le recours à la force létale dans le DIH et les droits de l'homme ne sont pas les mêmes, du fait des

circonstances différentes auxquelles s'appliquent respectivement les règles de ces deux branches du droit. La question essentielle est donc l'interaction de ces normes dans les situations de conflit armé. La réponse est plus claire dans le contexte des conflits armés internationaux que non internationaux, et fait également intervenir la question de la *lex specialis*.

*i) L'interaction dans les conflits armés internationaux*

Dans sa toute première déclaration sur l'application des droits de l'homme dans les situations de conflit armé, l'Avis consultatif de 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour internationale de Justice observe que la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre et que, en principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. Elle ajoute que c'est, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Elle explique enfin que « c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès [...] doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte ». La Cour n'a pas exprimé d'avis différent sur cette question depuis.

Il est établi que le DIH constitue la *lex specialis* régissant l'évaluation de la licéité de l'usage de la force dans un conflit armé international – quand, bien sûr, on recourt à la force létale contre des combattants et d'autres personnes participant directement aux hostilités. Ce corpus de règles a été conçu spécifiquement pour la conduite des hostilités dans ce type de conflit et régit l'usage de la force de façon suffisamment détaillée. Il ne faudrait toutefois pas en déduire qu'il est facile de déterminer s'il convient d'appliquer, dans un conflit armé international, un cadre juridique de conduite des hostilités ou de maintien de l'ordre. Les défis qui se posent à cet égard dans les situations d'occupation, par exemple, sont examinés plus loin dans ce rapport. De même, il existe dans les conflits armés internationaux des situations de violence, telles qu'émeutes ou troubles civils, auxquelles l'application d'un cadre de conduite des hostilités relevant du DIH ne serait manifestement pas appropriée.

*ii) L'interaction dans les conflits armés non internationaux*

L'interaction entre les règles de DIH et les normes des droits de l'homme en matière de recours à la force est moins claire dans un conflit armé non international, et ce pour diverses raisons dont quelques-unes seulement seront brièvement mentionnées ici.

La première de ces raisons est l'existence et l'application du principe de la *lex specialis* dans un conflit armé non international. Si, comme déjà mentionné, le DIH applicable aux conflits armés internationaux prévoit un ensemble de règles sur la conduite des hostilités, l'absence générale de règles conventionnelles correspondantes en ce qui concerne les conflits armés non internationaux a incité certains à prétendre qu'il n'y a pas de *lex specialis* dans les situations de conflit armé non international et que ce sont les droits de l'homme qui comblent cette lacune. Il semble que ce point de vue ne soit pas corroboré par les faits. Comme l'a établi l'Étude sur le droit international humanitaire coutumier publiée par le CICR en 2005, la grande majorité des règles de DIH régissant la conduite des hostilités ont un caractère coutumier et s'appliquent quelle que soit la qualification du conflit. Il existe donc un DIH pertinent.

De nombreux débats juridiques sont encore consacrés à la question de savoir qui peut être pris pour cible selon le DIH, c'est-à-dire comment interpréter la règle selon laquelle les civils sont protégés contre les attaques directes sauf s'ils participent directement aux hostilités et

pendant la durée de cette participation, surtout en ce qui concerne les situations de conflit armé non international. Le CICR a formulé son point de vue sur le sujet en publiant, en 2009, un *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* (voir plus bas). Il convient toutefois de rappeler que le Guide n'examine la participation directe aux hostilités que sous l'angle du DIH, sans préjudice d'autres branches du droit – en particulier les droits de l'homme – qui peuvent être applicables concurremment dans une situation donnée.

La jurisprudence internationale et régionale ne traite pas de façon uniforme la relation entre le DIH et les droits de l'homme, notamment en ce qui concerne la portée de la protection du droit à la vie dans les conflits armés non internationaux. La plupart des affaires concernaient des violations du droit à la vie de civils pour lesquelles l'application du DIH ou des droits de l'homme aurait, pour l'essentiel, donné le même résultat. Les tribunaux n'ont toujours pas tranché la question de l'interaction entre le DIH et les droits de l'homme lorsque des personnes qui participaient directement aux hostilités ont été prises pour cible et tuées.

Vient enfin la question – tout aussi importante – du cadre juridique applicable à l'usage de la force par des groupes armés non étatiques. Ce qui a été indiqué plus haut au sujet de l'applicabilité (ou la non-applicabilité) des droits de l'homme aux groupes armés organisés est également valable dans ce domaine et ne sera donc pas répété.

La conclusion essentielle de ce qui précède est que l'usage de la force létale par des États dans des situations de conflit armé non international exige une analyse de l'interaction entre les règles pertinentes du DIH et des droits de l'homme qui soit fondée sur les faits de l'espèce. Pour les États, le résultat de l'analyse juridique dépendra des traités auxquels ils seront parties, du droit coutumier et, bien entendu, des dispositions pertinentes de leur législation nationale. Il est également évident que dans le contexte des conflits armés non internationaux – comme dans celui des conflits armés internationaux – les forces armées d'un État doivent être formées à faire la distinction entre une situation d'hostilités en lien avec le conflit et une situation de maintien de l'ordre et à passer de l'une à l'autre, et recevoir des règles d'engagement précises en matière de recours à la force. En ce qui concerne les groupes armés non étatiques, il est clair qu'ils sont juridiquement liés par les règles pertinentes du DIH.

Le CICR prévoit d'étudier plus avant les défis que pose l'interface entre les règles du DIH et des droits de l'homme relatives à l'usage de la force dans les situations de conflit armé.

### **3) Prendre des personnes pour cible dans un contexte extraterritorial**

La pratique consistant à prendre des personnes pour cible dans un contexte extraterritorial constitue un thème juridique et politique important depuis quelques années, des questions se posant notamment sur sa légalité. Aux fins du présent rapport, la prise de personnes pour cible dans un contexte extraterritorial signifie l'usage de la force létale contre une personne – ou des personnes – précise(s) par des agents d'un État sur le territoire d'un autre État (l'État « territorial » ou État « hôte »). On ne saurait assez souligner que s'il est difficile de parvenir à des conclusions juridiques et politiques appropriées dans la plupart des cas, cela tient en grande partie à une connaissance insuffisante des circonstances factuelles de ces cas et au fait que les États justifient rarement – voire jamais – leurs actions extraterritoriales à l'avance ni ne rendent compte des opérations après coup.

D'un point de vue juridique, le fait de prendre une personne pour cible dans un contexte extraterritorial exige une analyse de la licéité du recours à la force par un État sur le territoire d'un autre État (au regard du *ius ad bellum*) et une analyse du cadre juridique international régissant la façon dont la force est utilisée (au regard du *ius in bello*, c'est-à-dire du DIH, ou des droits de l'homme, selon les cas). En ce qui concerne le cadre juridique international, la

conclusion dépendra de la question de savoir si les activités de la personne en question i) se déroulent dans le cadre d'un conflit armé en cours ou ii) n'ont aucun rapport avec un conflit armé.

i) Dans une situation de conflit armé, les règles de DIH régissant la conduite des hostilités mentionnées plus haut s'appliquent. Cela signifie que la force létale peut être utilisée contre des combattants, c'est-à-dire des personnes qui ont le droit de participer directement aux hostilités (statut juridique inhérent aux seuls conflits armés internationaux), ainsi que contre d'autres personnes participant directement aux hostilités, y compris des civils le cas échéant. La question de savoir qui est considéré comme une personne civile participant directement aux hostilités – et, par conséquent, non protégée contre les attaques directes aussi longtemps qu'il ou elle participe directement aux hostilités – a été étudiée en détail dans le *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* publié en 2009 par le CICR (voir plus bas). Selon le Guide :

- les membres des forces armées<sup>15</sup>, ou de groupes armés organisés d'une partie au conflit qui assument une fonction de combat continue ne sont pas considérés comme des civils aux fins de la conduite des hostilités et, par conséquent, ne sont pas protégés contre les attaques directes aussi longtemps qu'ils assument leur fonction de combat continue ;

- les personnes qui participent directement aux hostilités de façon simplement spontanée, sporadique ou non organisée sont des civils, et ne peuvent être prises pour cible que pendant la durée de chaque acte spécifique constituant une participation directe.

Il convient de noter que le Guide interprétatif présente le point de vue du CICR sur les limitations applicables à l'emploi de la force lors d'une attaque directe. Aux termes de la recommandation IX, « le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent ». Ceci n'implique pas une obligation « de capturer plutôt que de tuer » dans un conflit armé – obligation qui est une norme du maintien de l'ordre –, mais vise à indiquer aux commandants militaires les principes directeurs qui devront guider leur choix de méthodes et moyens de guerre en fonction de leur évaluation de la situation. Pour rappel, le fait de prendre des personnes pour cible est soumis à d'autres règles importantes du DIH : celle de l'interdiction des attaques menées sans discrimination et des attaques disproportionnées, et l'obligation de prendre les précautions pratiquement possibles dans l'attaque.

La plupart des questions qui se sont posées dans la pratique concernaient la licéité de l'emploi de la force létale contre des personnes dont l'activité est liée à un conflit armé en cours, plus précisément des personnes qui participent directement à un conflit armé non international depuis le territoire d'un État non belligérant. Un État non belligérant est un État qui ne participe pas lui-même à un conflit armé en cours contre un groupe armé non étatique sur son territoire et/ou ne participe pas avec un tel groupe à un conflit armé non international qui se serait propagé depuis le territoire d'un État adjacent.

Des avis juridiques différents ont cours sur la question de savoir s'il est licite de prendre pour cible une personne participant directement aux hostilités depuis le territoire d'un État non belligérant. Selon une théorie, une personne qui participe directement aux hostilités dans le cadre d'un conflit armé non international en cours « transporte » ce conflit avec elle lorsqu'elle va dans un État non belligérant du fait de sa participation directe continue (le critère du lien), et peut donc encore être prise pour cible au regard du DIH. En d'autres termes, pour autant que le critère nécessaire du *ius ad bellum* ait été satisfait, cette

---

<sup>15</sup> Ainsi que les participants à une levée en masse. Voir, plus bas, la section consacrée à la participation directe aux hostilités.

personne peut être prise pour cible au titre des règles du DIH régissant la conduite des hostilités. Ces règles comprennent le principe de proportionnalité, selon lequel les maux infligés aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces maux et dommages, ne sont pas considérés comme illégaux s'ils ne sont pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu de l'attaque.

Selon d'autres points de vue, partagés par le CICR, l'idée selon laquelle une personne « transporte » un conflit armé non international avec elle lorsqu'elle va sur le territoire d'un État non belligérant ne devrait pas être acceptée. Elle aurait pour effet d'étendre potentiellement l'application des règles régissant la conduite des hostilités à de multiples États au gré des déplacements de cette personne à travers le monde aussi longtemps qu'elle participerait directement aux hostilités liées à un conflit armé non international spécifique. Aux problèmes éventuels de *ius ad bellum* qui se poseraient en pareil cas s'en ajouteraient d'autres, par exemple les conséquences que subiraient la population civile ou les biens civils dans l'État ou les États non belligérant(s). La proposition selon laquelle des maux ou des dommages pourraient licitement leur être infligés, selon le principe de DIH de la proportionnalité, parce qu'un individu recherché par un autre État se trouverait parmi eux (résultat d'une approche fondée sur le critère du lien) signifierait en fait la reconnaissance du concept de « champ de bataille mondial ». Il est donc considéré que, le critère nécessaire du *ius ad bellum* étant satisfait, la licéité de l'emploi de la force contre un individu particulier sur le territoire d'un État non belligérant serait évaluée au regard des règles régissant le maintien de l'ordre (voir également ci-dessous).

ii) Il y a eu des cas où les États ont pris pour cible en dehors de leur territoire des individus dont l'activité, d'après des faits de notoriété publique, n'avait rien à voir avec un conflit armé, international ou non international. Abstraction faite des considérations de *jus ad bellum*, il est évident que la licéité d'un tel emploi de la force ne peut être examinée selon un paradigme de conduite des hostilités relevant du DIH, mais doit plutôt l'être au regard de normes des droits de l'homme applicables au maintien de l'ordre. Comme exposé plus haut, l'application d'un cadre de maintien de l'ordre signifie notamment que la force létale ne peut être utilisée que si les autres moyens « restent sans effet ou ne permettent pas d'escompter le résultat désiré », et qu'il faut procéder à la planification et à l'exécution de toute action conformément à deux principes des droits de l'homme : nécessité et proportionnalité.

Une question juridique qui pourrait se poser en pareil cas est l'applicabilité extraterritoriale des droits de l'homme, du fait que l'État faisant usage de la force à l'étranger n'a pas l'autorité effective sur la personne (ou le territoire) requise aux fins d'établir sa compétence au sens du traité des droits de l'homme pertinent. Le droit coutumier des droits de l'homme interdit la privation arbitraire de la vie, et les normes de maintien de l'ordre appartiennent elles aussi au corpus du droit coutumier des droits de l'homme.

Il est important de souligner que l'application des règles de maintien de l'ordre ne dépend pas du type de forces ou d'équipement utilisé dans une opération donnée (de police ou militaire) mais du fait que les droits de l'homme sont le régime juridique applicable en l'absence d'un conflit armé. Les Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu le formulent ainsi : « L'expression "responsable de l'application des lois" englobe tous les représentants de la loi, qu'ils soient désignés ou élus, qui exercent des pouvoirs de police et en particulier des pouvoirs d'arrestation ou de détention. Dans les pays où des pouvoirs de police sont exercés par des autorités militaires, en uniforme ou en civil, ou par des forces de sécurité de l'État, la définition des responsables de l'application de la loi s'étend également aux agents de ces services. »

#### IV. LES QUESTIONS RELATIVES À LA PORTÉE DE LA PROTECTION CONFÉRÉE PAR LE DIH

##### 1) Accès et assistance humanitaires

Les conflits armés, internationaux ou non internationaux, génèrent d'importants besoins d'assistance humanitaire. L'expérience a tristement montré qu'en temps de guerre, les civils sont souvent privés de biens indispensables tels que nourriture, eau et abris, et n'ont pas accès aux soins de santé et à d'autres services essentiels, et ce, pour diverses raisons. Il arrive que leurs biens aient été détruits lors d'opérations de combat et que les zones agricoles ne soient plus cultivables du fait de la présence de mines terrestres ou d'autres restes explosifs de guerre. Des populations entières sont parfois contraintes de fuir et d'abandonner leurs moyens de subsistance habituels. En outre, les infrastructures, économiques ou autres, peuvent être endommagées ou perturbées, ce qui menace pour longtemps la stabilité de régions ou de pays tout entiers.

En vertu du droit international, il incombe en premier lieu aux États de répondre aux besoins fondamentaux des populations civiles qui se trouvent sous leur contrôle. Néanmoins, si les États n'ont pas la capacité ou la volonté de s'acquitter de leurs responsabilités, le DIH dispose que des actions de secours seront entreprises par d'autres acteurs tels que les organisations humanitaires, sous réserve de l'agrément des États concernés<sup>16</sup>. Afin de remplir leur mission, les organisations humanitaires doivent bénéficier d'un accès rapide et sans entrave aux populations touchées. L'accès humanitaire est une condition préalable pour évaluer de façon appropriée les besoins humanitaires en vue de mettre en œuvre et de superviser des opérations de secours, et d'en assurer le suivi comme il convient. Dans la pratique, toutefois, l'accès humanitaire reste un défi majeur pour de nombreuses raisons qui peuvent, dans certains cas, être imbriquées les unes aux autres.

##### *a) Obstacles à l'accès humanitaire*

Les obstacles à l'accès humanitaire sont parfois de nature politique. L'accès aux populations civiles ayant besoin d'assistance peut être refusé aux organisations humanitaires lorsque les opérations de secours sont perçues comme une menace pour la souveraineté même d'un État, ou comme une forme de « légitimation » d'un groupe non étatique en raison du dialogue qui est engagé avec ce dernier à des fins humanitaires, ou encore comme une menace pour la position dominante d'un groupe armé non étatique dans une région spécifique. Dans de tels cas, les autorités compétentes affirment souvent qu'elles ont la capacité de gérer elles-mêmes la situation, sans soutien extérieur.

Il leur arrive aussi de déclarer que les opérations de secours proposées ne satisfont pas aux conditions énoncées dans le DIH, à savoir qu'elles doivent être de nature strictement humanitaire et impartiale, et être menées sans aucune distinction de caractère défavorable. Cette conviction est parfois due au fait que des forces militaires prennent part à des opérations de secours, ce qui brouille la distinction entre acteurs humanitaires et militaires. Si toutefois les parties à un conflit armé considèrent, sans que cela ne se justifie, que les opérations humanitaires sont un moyen de réaliser des objectifs militaires ou politiques, l'accès aux populations en détresse devient plus difficile, voire impossible, et la sécurité des travailleurs humanitaires est gravement compromise.

Dans certains cas, le refus d'accorder un accès humanitaire peut aussi faire partie d'une stratégie militaire. Quand les parties à un conflit armé estiment que les forces adverses reçoivent un soutien des membres de la population civile, il est possible qu'elles cherchent à

---

<sup>16</sup> Les obligations d'une puissance occupante sont examinées plus avant dans cette section.

les priver de biens essentiels, afin d'affaiblir la capacité de leur adversaire de mener des opérations militaires.

Aux obstacles politiques à l'accès humanitaire s'ajoutent souvent des difficultés ou des restrictions administratives, ainsi que des problèmes d'ordre logistique. L'accès des organisations humanitaires est parfois entravé en raison des difficultés qu'elles ont à obtenir des visas pour leur personnel et des autorisations pour importer des secours. Des procédures compliquées et des contrôles répétés peuvent aussi avoir pour effet de retarder l'entrée et la distribution de l'aide humanitaire. En outre, il arrive que des infrastructures essentielles telles que des routes ou des voies ferrées aient été détruites ou endommagées lors d'affrontements, ce qui rend plus difficile l'accès aux populations touchées.

Les problèmes de sécurité figurent aussi parmi les principaux obstacles qui limitent l'accès humanitaire dans la pratique. Il peut être extrêmement difficile pour les acteurs humanitaires d'atteindre les populations vivant dans des zones où des hostilités sont en cours. Lorsque le risque d'incident est jugé important, les opérations de secours doivent être annulées ou interrompues. Dans d'autres cas, des acteurs humanitaires ont été délibérément menacés ou pris pour cible par des acteurs armés, que ce soit à des fins criminelles, pour des raisons politiques, ou les deux à la fois. Il ne fait aucun doute que l'accès est devenu plus problématique ces dernières années, étant donné que de nombreux conflits armés sont aujourd'hui plus fragmentés et complexes, et font intervenir des acteurs multiples, dont des groupes armés semi-organisés et des organisations purement criminelles. Il est donc devenu plus compliqué d'entrer en contact avec tous ceux qui sont susceptibles de perturber les opérations humanitaires et de maintenir un dialogue régulier avec eux sur les questions de sécurité pour prévenir ou éliminer les risques en la matière. En raison de leur vulnérabilité aux attaques, de nombreuses organisations humanitaires ont déjà dû renoncer à mener des opérations ou réduire leurs opérations dans certains contextes spécifiques, ou alors faire appel à des prestataires de services de sécurité.

La complexité des obstacles à l'accès humanitaire et leurs conséquences continuent donc de susciter, à juste titre, une préoccupation croissante au niveau international.

#### *b) Cadre juridique applicable en matière d'accès et d'assistance humanitaires*

Si les difficultés d'accès sont souvent liées à des problèmes politiques, administratifs, logistiques ou de sécurité, elles sont rarement dues à des obstacles de nature purement juridique. Il convient de relever que le fait d'invoquer les dispositions applicables du DIH peut s'avérer utile, dans la pratique, pour obtenir l'accès aux personnes touchées et mener des opérations humanitaires efficaces. Cela implique que les praticiens devraient bien connaître ce cadre juridique et être formés à l'utiliser dans les efforts qu'ils déploient pour faire accepter et respecter leurs activités.

Il est possible de grouper les règles du DIH relatives à l'accès et à l'assistance humanitaires selon qu'elles concernent : a) les conflits armés internationaux, à l'exception du contexte des territoires occupés ; b) les conflits armés non internationaux ; et c) les territoires occupés. Dans tous les cas, le DIH dispose, premièrement, que les opérations de secours peuvent être autorisées – et seront autorisées dans une situation d'occupation – quand la population civile est insuffisamment approvisionnée. Deuxièmement, il définit sous quelles conditions ces opérations doivent être entreprises, tout en établissant d'autres prescriptions destinées à faciliter la fourniture de secours humanitaires aux populations touchées. On peut observer que, sur ces deux points, il serait utile de clarifier certaines règles.

Les règles du DIH applicables à l'accès et à l'assistance humanitaires découlent essentiellement de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, et des Protocoles additionnels de 1977. La

IV<sup>e</sup> Convention de Genève définit les obligations humanitaires des États parties s'agissant de l'évacuation des zones assiégées ou encerclées, et de l'accès à ces zones (article 17), ainsi que l'obligation qui incombe aux parties d'autoriser le libre passage des secours médicaux et de certaines autres marchandises destinées aux groupes de bénéficiaires (article 23). Elle énumère également les droits des étrangers sur le territoire d'une partie au conflit, notamment le droit à recevoir des secours individuels et collectifs (article 38), ainsi que les obligations d'une puissance occupante s'agissant des actions de secours en faveur de la population d'un territoire occupé (articles 59-62). Les dispositions de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève et, en ce qui concerne les conflits armés non internationaux, l'article 3 commun aux Conventions de Genève ont été complétés et renforcés respectivement par le Protocole additionnel I (articles 68-71) et par le Protocole additionnel II (article 18).

En plus du droit conventionnel, certaines obligations se sont aussi cristallisées dans le droit international coutumier. Parmi ces obligations figurent celles relatives au passage rapide et sans encombre des secours humanitaires et à la liberté de mouvement du personnel de secours humanitaire (Étude sur le droit international humanitaire coutumier, règles 55-56). Les règles du droit coutumier accordent également une protection spécifique au personnel et aux biens de secours humanitaire (Étude sur le droit international humanitaire coutumier, règles 31-32).

### *c) Obligation d'entreprendre des opérations de secours*

Il n'est pas clairement spécifié dans quelle mesure les parties à des conflits armés internationaux et non internationaux sont tenues d'accepter le déploiement d'opérations de secours dans les territoires sous leur contrôle. Les dispositions pertinentes des deux Protocoles additionnels établissent que des opérations de secours « seront entreprises » lorsque la population manque de biens indispensables à sa survie, établissant ainsi une obligation juridique claire. Néanmoins, elles stipulent également que cette obligation est soumise à l'agrément de l'État concerné<sup>17</sup>. Il semblerait donc qu'un équilibre doive être trouvé entre deux exigences apparemment contradictoires : a) la nécessité d'entreprendre une action de secours, et b) la nécessité d'obtenir l'agrément de l'État concerné. La question se pose alors de savoir comment trouver cet équilibre dans la pratique.

Une partie de la réponse découle du point de vue généralement admis selon lequel le consentement ne peut être refusé arbitrairement, autrement dit que toute entrave à l'action de secours doit être justifiée par des raisons valables. Dans des situations extrêmes, où un approvisionnement insuffisant entraînerait une famine, on peut avancer qu'il n'y a pas de raison valable qui justifie de refuser une assistance humanitaire. Le DIH, qui s'applique à la fois dans les conflits armés internationaux et non internationaux, interdit strictement d'utiliser la famine comme méthode de guerre contre la population civile. Il est évidemment entendu qu'une opération de secours doit satisfaire aux trois conditions énoncées par le DIH, à savoir qu'elle doit être de nature humanitaire et impartiale, et être menée sans aucune distinction de caractère défavorable.

S'agissant des territoires occupés, il n'y a aucune incertitude juridique quant à la nature de l'obligation qui incombe à la puissance occupante d'autoriser et de faciliter les opérations de secours. La IV<sup>e</sup> Convention de Genève et le Protocole additionnel I établissent explicitement que la puissance occupante doit, dans toute la mesure des moyens dont elle dispose, faire en sorte de fournir à la population civile de la nourriture et du matériel médical, des vêtements, du matériel de couchage, des logements d'urgence et d'autres approvisionnements essentiels à sa survie, ainsi que des objets nécessaires au culte. Si la puissance occupante n'est pas en mesure de s'acquitter de cette obligation, la Convention

---

<sup>17</sup> Il n'y a aucune exigence de consentement dans les situations d'occupation, comme expliqué ci-après.

dispose clairement qu'elle est tenue d'accepter une aide humanitaire en faveur de la population touchée. Cette obligation n'est pas subordonnée à son consentement. Ainsi, dans les territoires occupés, l'obligation d'accepter des opérations de secours revêt un caractère inconditionnel.

*d) Fourniture de secours humanitaires*

Les modalités selon lesquelles les secours humanitaires sont fournis demandent également à être clarifiées, notamment en ce qui concerne les conflits armés non internationaux, car très peu de règles du DIH conventionnel ou coutumier s'y rapportent. S'agissant des conflits armés internationaux, le cadre juridique applicable est plus détaillé. Par exemple, il définit les types de biens pouvant être distribués, établit le droit de prescrire les réglementations techniques, restreint la possibilité de détourner les envois de secours de leur destination et régit la participation du personnel associé aux opérations de secours.

Toutefois, les implications concrètes des droits et obligations des parties à un conflit armé, international ou non international, ne sont pas suffisamment définies. Il serait utile, par exemple, de mieux comprendre la portée et les limites du droit de contrôle que les parties sont habilitées à exercer sur les opérations de secours. Si ce contrôle peut consister à fouiller les envois de secours ou à superviser leur fourniture, il ne doit pas entraver le déploiement rapide d'une action de secours. Dans le même ordre d'idées, il serait opportun de mieux définir les implications concrètes de l'obligation des parties de « faciliter » le passage des secours humanitaires. Tous les acteurs concernés pourraient mettre en commun leurs bonnes pratiques en la matière.

On estime que les questions soulevées plus haut devraient être examinées du point de vue de toutes les parties à un conflit armé, aussi bien étatiques que non étatiques. Selon un principe fondamental du DIH, tous les belligérants sont liés par les mêmes obligations. Par conséquent, les règles relatives à l'accès et à l'assistance humanitaires applicables dans les conflits armés non internationaux devraient être interprétées et appliquées de la même façon par les acteurs étatiques et non étatiques. Il y a toutefois une exception à ce principe. En vertu du Protocole additionnel II, le consentement requis pour entreprendre une action de secours est celui de l'État concerné, non pas celui de l'autre ou des autres parties au conflit.

Les droits et obligations des acteurs fournissant une assistance méritent aussi une analyse plus approfondie. Il conviendrait par exemple d'étudier la mesure dans laquelle les organisations humanitaires ont le droit de se déplacer librement dans le cadre de leurs activités, et le droit corrélatif des parties au conflit armé de restreindre temporairement leurs déplacements en cas de nécessité militaire impérieuse.

Enfin, le rôle des États tiers, y compris ceux sur le territoire desquels transitent les secours, devrait également être examiné. Dans un conflit armé international, le Protocole additionnel I établit que « chaque Haute Partie contractante », c'est-à-dire pas uniquement les parties qui prennent part au conflit, doit autoriser et faciliter le passage rapide et sans encombre de tous les envois, des équipements et du personnel de secours. Aucune obligation similaire n'apparaît dans le droit régissant les conflits armés non internationaux.

L'accès aux populations ayant besoin d'assistance et de protection dans les situations de conflit armé dépend avant tout de la mesure dans laquelle les actions de secours humanitaires et impartiales sont acceptées par ceux qui exercent le contrôle territorial. Les organisations humanitaires doivent être en mesure de communiquer avec toutes les parties impliquées dans les situations de conflit armé, et d'expliquer les raisons et les objectifs à la base de leurs activités de façon cohérente et uniforme. Elles devraient également être en mesure d'expliquer que ces activités se fondent sur le DIH. Si le cadre juridique ne saurait être la seule considération à prendre en compte dans le dialogue, il peut indiscutablement

être utilisé comme un moyen de faciliter le déploiement des opérations humanitaires. Tous les acteurs associés à ces opérations devraient donc le connaître et le diffuser.

## 2) Droit de l'occupation

Comme cela a été mentionné dans le rapport soumis à la XXX<sup>e</sup> Conférence internationale, ces dernières années ont vu une augmentation du nombre d'interventions militaires extraterritoriales. En parallèle aux formes d'occupation plus classiques qui perdurent, certaines de ces interventions ont donné lieu à de nouvelles formes de présence militaire étrangère sur le territoire d'un État, qui sont parfois consensuelles, mais pas dans la majorité des cas. Ces nouvelles formes de présence militaire ont, dans une certaine mesure, recentré l'attention sur le droit de l'occupation. Certaines questions juridiques touchant à ce domaine spécifique du DIH sont présentées ci-après.

### *a) Début et fin de l'occupation*

Pour commencer, il convient de noter que le regain d'attention que suscite le droit de l'occupation au niveau international a essentiellement porté sur les règles de fond de ce domaine du droit, plutôt que sur les questions relatives aux critères déterminant le début et la fin d'une occupation. En d'autres termes, relativement peu d'attention a été accordée aux critères qui définissent un état d'occupation. Ceci est regrettable, car la question de savoir s'il y a ou non occupation est essentielle pour l'application des règles pertinentes du DIH, et il faut y répondre avant de pouvoir se pencher sur toute question de fond du droit de l'occupation.

L'expérience a montré que de nombreux États invoquent l'inapplicabilité du droit de l'occupation, alors même qu'ils maintiennent un contrôle effectif sur un territoire étranger ou une partie de ce territoire, et ce, pour ne pas être considérés comme une puissance occupante. Leurs assertions sont en partie étayées par le fait que les instruments du DIH n'établissent pas de critères clairs pour déterminer à quel moment une occupation débute et à quel moment elle prend fin. Non seulement la définition d'une occupation est floue au regard du DIH, mais d'autres éléments factuels – comme la poursuite des hostilités et/ou l'exercice d'un certain degré d'autorité par les autorités locales ou par les forces étrangères durant et après la période de retrait – peuvent rendre relativement difficile la classification juridique d'une situation donnée.

En outre, des opérations militaires récentes ont mis en évidence la nécessité de définir plus précisément les critères juridiques sur la base desquels un état d'occupation peut être déterminé lorsqu'il fait intervenir des forces multinationales. Les critères déterminant le début et la fin d'une occupation sont-ils les mêmes dans ce cas ? Quelles sont les puissances occupantes lorsqu'une coalition d'États est impliquée ? Tous les pays déployant des troupes peuvent-ils être considérés comme des puissances occupantes au regard du DIH ?

La détermination du cadre juridique applicable en cas d'invasion par des forces étrangères ou de retrait de ces forces est une question étroitement liée à l'applicabilité du droit de l'occupation. On estime qu'il conviendrait de privilégier une interprétation large de l'application de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève durant les phases d'invasion et de retrait, en vue de maximiser la protection que le droit confère à la population civile. La protection exacte accordée, en vertu du droit, aux personnes qui se sont au pouvoir d'un belligérant, mais qui ne se trouvent ni sur le territoire qu'il occupe, ni sur son propre territoire, est une question qui gagnerait à être examinée plus avant dans les phases d'invasion et de retrait.

Il est considéré que les différentes questions susmentionnées posent des problèmes humanitaires importants et mériteraient d'être clarifiées sur le plan juridique.

*b) Les droits et obligations d'une puissance occupante*

Le droit de l'occupation a également été remis en question à maintes reprises au motif qu'il est en décalage avec les situations d'occupation contemporaines. Pour justifier la réticence de certains États à accepter l'applicabilité de ce droit, il a souvent été affirmé que les situations dans lesquelles ils sont ou pourraient être impliqués, diffèrent considérablement du concept classique de l'occupation belligérante. Autrement dit, d'aucuns ont fait valoir que le droit de l'occupation actuellement en vigueur n'est pas en mesure de traiter des spécificités des nouvelles formes d'occupation.

Des situations d'occupation récentes ont suscité, en particulier, de nombreux commentaires juridiques quant au fait que le droit de l'occupation ne permettait pas d'induire des changements radicaux dans les structures juridiques, politiques, institutionnelles et économiques d'un territoire placé sous le contrôle effectif d'une puissance étrangère. D'aucuns ont affirmé que le droit de l'occupation donne trop d'importance au fait de préserver la continuité de la situation sociopolitique dans un territoire occupé. Il a aussi été estimé que la transformation d'un système gouvernemental oppressif ou la reconstruction d'une société qui s'est totalement effondrée seraient non seulement possibles dans une situation d'occupation, mais aussi dans l'intérêt de la communauté internationale et autorisées par la *lex lata*.

Les vastes changements politiques et institutionnels entrepris dans des situations d'occupation récentes ont donc généré une tension entre l'exigence que le droit de l'occupation impose à la puissance occupante de respecter les lois et institutions en place, et la nécessité ressentie de modifier en profondeur le tissu institutionnel, social ou économique dans un territoire occupé. D'aucuns sont d'avis que, pour réduire cette tension, le DIH devrait permettre certains processus de transformation et reconnaître le rôle que la puissance occupante peut jouer pour les favoriser. Ce point de vue soulève néanmoins la question de la validité des limites imposées par le DIH en ce qui concerne les droits et les obligations d'une puissance occupante telles qu'énoncées à l'article 43 du Règlement de La Haye de 1907 et à l'article 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. Compte tenu du fait que le droit de l'occupation ne donne pas expressément « carte blanche » pour procéder aux diverses transformations qu'une puissance occupante pourrait souhaiter, certaines interprétations contemporaines ont eu pour objet d'atteindre ce résultat en octroyant à une puissance occupante une marge de manœuvre toujours plus grande dans l'administration d'un territoire occupé. On estime que les limites imposées à la liberté dont jouit – ou non – une puissance occupante d'opérer des changements dans un territoire occupé doivent être définies plus clairement.

Une occupation prolongée soulève en soi toute une série de questions sur le plan juridique. Même si le DIH envisage la possibilité qu'une occupation puisse perdurer, aucun des instruments du DIH applicables ne limite la durée du contrôle effectif sur un territoire étranger. Néanmoins, les occupations prolongées mettent le DIH à rude épreuve dans la mesure où elles remettent en question le bien-fondé de certains des principes qui sous-tendent le droit de l'occupation, en particulier le caractère provisoire de l'occupation et la nécessité de préserver le *statu quo ante*. Étant donné que ni le Règlement de La Haye de 1907, ni la IV<sup>e</sup> Convention de Genève ne prévoit de dérogation au droit existant dans un tel scénario, nombreux sont ceux qui estiment que l'occupation prolongée doit faire l'objet de dispositions spécifiques pour faire face aux problèmes pratiques qui surgissent dans de tels cas. Selon un autre point de vue, le droit de l'occupation est suffisamment flexible pour faire face aux problèmes humanitaires et juridiques qui se posent en cas d'occupation prolongée.

Outre les questions susmentionnées, il convient de relever que les droits de l'homme peuvent jouer un rôle important pour ce qui est de délimiter les droits et obligations d'une

puissance occupante. Cette branche du droit est largement reconnue comme applicable dans les situations d'occupation et peut, par conséquent, imposer des obligations formelles à une puissance occupante ou servir de base pour modifier la législation locale existante. La Cour internationale de Justice a relevé la pertinence des droits de l'homme dans les situations d'occupation et l'obligation qui incombe à une puissance occupante, en vertu du droit, de tenir compte de cet ensemble de règles à la fois dans sa conduite et dans les politiques qu'elle élabore dans un territoire occupé<sup>18</sup>. Il est donc nécessaire de définir de quelle façon et dans quelle mesure les droits de l'homme s'appliquent dans un territoire occupé, et d'examiner l'interaction entre cette branche du droit et le droit de l'occupation.

*c) Le recours à la force dans un territoire occupé*

La définition du cadre juridique régissant le recours à la force par une puissance occupante est un autre problème soulevé par des situations d'occupation récentes. L'occupation se caractérise souvent par la poursuite ou la reprise des hostilités entre, d'une part, les forces occupantes et, d'autre part, les forces armées du territoire occupé et/ou des groupes armés organisés ayant des liens plus ou moins étroits avec le gouvernement qui a été renversé. Il se peut aussi qu'une puissance occupante recoure à la force dans le cadre son obligation de rétablir et de maintenir l'ordre public dans un territoire occupé. Même si l'article 43 du Règlement de La Haye a toujours été interprété comme une disposition essentielle du droit de l'occupation, sa mise en œuvre pose encore des questions importantes sur le plan juridique et opérationnel, en particulier pour ce qui est de l'usage de la force par une puissance occupante. Comme l'ont montré certaines situations d'occupation, les règles relatives à l'emploi de la force en cas de troubles civils et celles relatives à l'emploi de la force en réponse à une opposition armée (hostilités) ne sont pas toujours clairement départagées.

Bien qu'une puissance occupante soit censée maintenir la sécurité par des dispositifs d'application des lois, des doutes subsistent quant au régime juridique applicable dans les situations où il est difficile de faire la distinction entre troubles civils et hostilités, ou lorsqu'une puissance occupante doit faire face simultanément à ces deux formes de violence dans une partie ou l'ensemble d'un territoire occupé. Le droit de l'occupation est muet sur la séparation ou l'interaction entre les mesures de maintien de l'ordre et l'usage de la force militaire selon un paradigme de conduite des hostilités, suscitant ainsi beaucoup d'incertitude quant à la définition du ou des régimes juridiques régissant l'emploi de la force dans un territoire occupé. Cela laisse inévitablement la porte ouverte à différentes interprétations sur la question de savoir comment la force peut être employée dans un territoire occupé, dans quelles circonstances et en vertu de quelle branche du droit. Enfin, l'incertitude qui subsiste en ce qui concerne le régime juridique applicable peut compromettre la protection accordée à la population occupée. Il apparaît nécessaire de clarifier la façon dont les règles régissant le maintien de l'ordre et celles régissant la conduite des hostilités interagissent dans la pratique, dans le contexte d'une occupation.

*d) Applicabilité du droit de l'occupation aux opérations des Nations Unies*

Outre les différents problèmes soulevés par les situations d'occupation contemporaines, un certain nombre de questions se posent quant à l'applicabilité du droit de l'occupation aux opérations menées sous le commandement et le contrôle des Nations Unies. Dans le cadre du déploiement d'opérations sur le terrain, les Nations Unies peuvent être amenées à assumer des fonctions gouvernementales à la place des autorités territoriales. Dans de tels cas, il est impératif de déterminer si le droit de l'occupation est applicable, ses conditions d'application précises et, s'il est jugé applicable, dans quelle mesure l'occupation par une

---

<sup>18</sup> Arrêt de la Cour internationale de Justice relatif à l'« Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) », 2005.

organisation internationale est soumise aux mêmes restrictions juridiques imposées aux États qui exercent un contrôle effectif sur un territoire étranger.

On peut constater de nombreuses similitudes entre des opérations menées sous les auspices des Nations Unies, comme celles au Kosovo et au Timor-Leste, et une occupation militaire traditionnelle. Par conséquent, dès lors que des opérations menées par les Nations Unies impliquent l'administration internationale d'un territoire – et en particulier lorsque les autorités internationales sont investies de pouvoirs exécutifs et législatifs étendus –, les règles régissant l'occupation semblent pertinentes, même si elles ne s'appliquent que par analogie dans la plupart des cas. Dans de telles situations, le DIH est susceptible de fournir des solutions pratiques à de nombreux problèmes qui surgissent et pourrait orienter les mesures prises par l'administration internationale. Il semble donc nécessaire de définir plus précisément l'applicabilité du DIH aux territoires placés sous administration internationale en tenant compte de la nature et des objectifs spécifiques de telles opérations.

#### *e) Processus d'experts du CICR*

Les différents problèmes juridiques que posent les formes d'occupation contemporaines, qui sont examinés plus haut, ont été au cœur d'un processus exploratoire entrepris par le CICR sur l'occupation et d'autres formes d'administration d'un territoire étranger. Le but de ce processus, qui a débuté en 2007, était d'analyser si et dans quelle mesure les règles du droit de l'occupation sont appropriées pour traiter des problèmes humanitaires et juridiques qu'engendrent les situations d'occupation contemporaines, et s'il pourrait être nécessaire de les renforcer ou de les clarifier. Trois réunions informelles, auxquelles ont participé une trentaine d'experts d'États, d'organisations internationales, des milieux universitaires et d'organisations non gouvernementales, ont été organisées en 2008 et en 2009, en vue d'examiner plus avant les questions juridiques présentées ci-dessus. Ces réunions ont respectivement mis l'accent sur les questions juridiques liées : i) au début et à la fin d'une occupation, ii) à la définition des droits et obligations d'une puissance occupante/la pertinence du droit de l'occupation pour l'administration d'un territoire par les Nations Unies, et iii) à l'usage de la force dans un territoire occupé. Les experts ont participé à titre personnel à ces réunions, qui se sont déroulées selon la « Règle de Chatham House ».

La publication d'un rapport sur les discussions engagées lors de ces réunions d'experts est prévue pour la fin 2011. Ce rapport vise à faire la synthèse des principaux points examinés et des différentes opinions exprimées durant ces réunions. Il ne reflète pas les opinions du CICR sur les sujets traités, mais donne un aperçu des différents points de vue juridiques actuels sur les trois groupes de questions soulevées. Le CICR estime que ce rapport – qui est le résultat final du processus exploratoire – servira à orienter et à alimenter les débats juridiques actuels et futurs sur la nécessité de clarifier certaines des dispositions les plus importantes du droit de l'occupation.

### **3) DIH et forces multinationales**

Au fil des ans, les responsabilités et tâches assignées aux forces multinationales ont dépassé le cadre des activités traditionnelles de surveillance des cessez-le-feu et d'observation des processus de paix fragiles. L'éventail des opérations faisant intervenir des forces multinationales (ci-après « opérations de paix »), qu'elles soient conduites sous les auspices ou sous le commandement et le contrôle des Nations Unies, s'est considérablement élargi, incluant désormais des dimensions nouvelles telles la prévention des conflits, le maintien de la paix, le rétablissement de la paix, l'imposition de la paix et la consolidation de la paix. Le rôle des forces multinationales a évolué, en particulier depuis le conflit en ex-Yougoslavie dans les années 90. Les missions des forces multinationales en Afghanistan, en République démocratique du Congo, en Somalie ou en Libye ne se limitent

pas à veiller au respect des cessez-le-feu ou à surveiller les zones tampons, mais se caractérisent par une participation aux hostilités. Aujourd'hui, les multiples facettes des opérations menées par des forces multinationales et les contextes de plus en plus difficiles et violents dans lesquels elles interviennent – et qui amènent parfois leur personnel à combattre au côté d'une partie au conflit contre une partie adverse – soulignent combien il est important pour la communauté internationale d'établir un cadre juridique cohérent qui couvre toute la complexité des opérations de paix. Dans la mesure où les nouvelles dimensions conférées à ce type d'opérations augmentent la probabilité que les forces multinationales doivent avoir recours à la force, la question de savoir quand et comment le DIH s'applique à leurs actions devient d'autant plus importante. Si l'on peut penser, de prime abord, que tout a été dit à ce sujet, force est de constater qu'un certain nombre de questions juridiques liées aux opérations de paix restent sans réponse et qu'elles méritent d'être examinées de façon plus approfondie compte tenu de leur importance et de leurs conséquences.

#### a) *Applicabilité du DIH aux forces multinationales*

L'une des questions les plus sensibles s'agissant des forces multinationales est la classification juridique de la situation dans laquelle elles interviennent au regard du DIH. Comme l'expérience l'a démontré à différentes reprises, des États et organisations internationales engagés dans des opérations de paix ont été réticents à admettre que le DIH s'appliquait à leurs actions, même si ses critères d'applicabilité étaient remplis.

Longtemps, l'idée même que le DIH puisse s'appliquer aux forces multinationales a été négligée. Il a souvent été estimé que les forces multinationales, en particulier les forces des Nations Unies, ne pouvaient pas être parties à un conflit armé ni, par conséquent, être liées par le DIH. Ce point de vue était étayé par le fait que les forces multinationales interviennent généralement au nom de la communauté internationale dans son ensemble et ne peuvent donc être considérées comme étant une « partie » à un conflit armé ou une « puissance » au sens des Conventions de Genève. D'aucuns ont fait valoir qu'en raison de leur légitimité internationale, les forces multinationales devaient être considérées comme impartiales, objectives et neutres, étant donné que leur seul intérêt, dans un conflit armé donné, était de rétablir ou de maintenir la paix et la sécurité internationales.

On estime que ce point de vue gomme la distinction entre le *ius ad bellum* et le *ius in bello*. L'applicabilité de ce dernier aux forces multinationales, comme à tout autre acteur, dépend des circonstances factuelles qui prévalent sur le terrain et de la mesure dans laquelle les critères juridiques requis sont remplis. La nature d'une situation et, partant, l'applicabilité du DIH doivent être déterminées indépendamment du mandat international conféré aux forces multinationales, entre autres par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, et de la qualification des parties auxquelles elles s'opposent. Le mandat et la légitimité d'une mission confiée à des forces multinationales sont des questions qui relèvent du *ius ad bellum*, et qui ne devraient avoir aucune incidence sur l'applicabilité du DIH aux opérations de paix, comme c'est le cas s'agissant de l'application du DIH dans d'autres situations.

La distinction entre DIH et *ius ad bellum* est également essentielle pour préserver l'objectif du DIH, qui est d'assurer une protection efficace à toutes les victimes des conflits armés. Le fait que le recours à la force soit légitime ou non ne peut pas dispenser un participant de ses obligations en vertu du DIH, ni priver quiconque de la protection prévue par cette branche du droit<sup>19</sup>. Maintenir cette distinction est également important pour observer le principe susmentionné d'égalité des belligérants, qui est au cœur du DIH.

---

<sup>19</sup> Ceci n'est pas l'approche adoptée dans la Convention sur la sécurité des Nations Unies et du personnel associé (1994) et son Protocole facultatif (2005). Ces instruments érigent en crimes des actes (tels que les attaques contre des membres des opérations des Nations Unies ou tout autre

Étant donné que les forces multinationales sont le plus souvent déployées dans des zones de conflit, il devient essentiel de déterminer quand une situation est un conflit armé dans lequel le DIH constituera un cadre juridique supplémentaire régissant une opération spécifique. Le point de vue du CICR, qui a été exprimé à diverses occasions, est que les forces multinationales sont liées par le DIH lorsque ses critères d'applicabilité sont remplis. On estime que les critères utilisés pour déterminer l'existence d'un conflit armé faisant intervenir des forces multinationales ne diffèrent pas de ceux appliqués à des conflits armés plus « classiques », qu'ils soient internationaux ou non. Certains débats juridiques sur l'applicabilité du DIH aux opérations de paix se sont toutefois caractérisés par des tentatives répétées de relever son seuil d'applicabilité. D'aucuns ont affirmé, en particulier, que lorsque des forces multinationales interviennent, le degré d'intensité à partir duquel la violence peut être qualifiée de conflit armé devrait être plus élevé.

*b) Classification des conflits en cas d'opérations multinationales*

Il a souvent été estimé que l'intervention de forces multinationales dans un conflit armé avait nécessairement pour conséquence d'internationaliser ce conflit et entraînait l'application des règles régissant les conflits armés internationaux. Cependant, ce point de vue ne fait pas l'unanimité<sup>20</sup>. Même s'il est tentant de le partager en raison de l'effet protecteur qui en découle, car il implique que les personnes touchées bénéficieraient de la totalité des règles du DIH régissant les conflits armés internationaux, ce point de vue n'est pas cohérent avec la réalité opérationnelle et juridique. Pour ne donner qu'un exemple, rien ne laisse supposer que les États impliqués dans un conflit armé non international seraient disposés à accorder le statut de prisonnier de guerre à des membres de groupes armés organisés non étatiques qu'ils ont capturés, comme l'exige le DIH applicable dans un conflit armé international.

Une controverse persiste quant au champ d'application matériel du DIH dans les opérations de paix. La question de savoir si le cadre juridique de référence devrait être les règles régissant les conflits armés internationaux ou celles applicables aux conflits armés non internationaux reste incertaine. En ce qui concerne les règles régissant la conduite des hostilités, il n'y a probablement aucune différence dans la pratique puisque, comme expliqué ci-dessus, il est généralement admis que la plupart des règles conventionnelles applicables aux conflits armés internationaux sont également applicables aux conflits armés non internationaux en tant que droit coutumier. En revanche, cette question est importante s'agissant, par exemple, du statut des personnes privées de liberté (ou de la base juridique pour les activités du CICR).

Sur cette question, le CICR a opté pour une approche similaire à celle adoptée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt de 1986 relatif à l'affaire « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) ». Cette approche consiste à examiner et à définir, au regard du DIH, chaque relation bilatérale entre belligérants dans une situation donnée. Selon cette approche, lorsque des forces multinationales combattent contre des forces armées étatiques, ce sont les règles du DIH applicables dans les conflits armés internationaux qui constitueront le cadre juridique de référence. Lorsque des forces multinationales affrontent, avec le consentement d'un gouvernement hôte, un groupe armé organisé non étatique (ou plusieurs groupes de ce type), le cadre juridique de référence sera celui établi par les règles du DIH applicables aux conflits armés non internationaux.

---

membre du personnel impliqué dans les hostilités et ayant un rôle de combat) qui ne sont pas interdits par le DIH. On peut faire valoir, par conséquent, qu'ils portent atteinte au principe d'égalité des belligérants en vertu du DIH.

<sup>20</sup> Pour connaître le point de vue du CICR sur cette question, voir la section ci-dessus relative aux types de conflits armés non internationaux.

*c) Déterminer qui est partie à un conflit armé*

L'intervention de forces multinationales dans des conflits armés soulève également une série de questions lorsqu'il s'agit de déterminer qui, parmi les acteurs participant à une opération de paix, devrait être considéré comme une partie au conflit. Faudrait-il partir du principe que seuls les pays déployant des troupes sont parties au conflit au regard du DIH ? Qu'en est-il de l'organisation internationale sous le contrôle et le commandement de laquelle interviennent les forces multinationales ? Comment les États membres d'une organisation internationale qui ne participent pas à l'action militaire devraient-ils être considérés au regard du DIH ? Peut-on présumer que ceux qui participent à une coalition sont des parties au conflit armé, indépendamment des fonctions qu'ils exercent dans les faits au sein de cette coalition ?

Il apparaît que ces différents points, de même que d'autres questions similaires n'ont pas été suffisamment analysés jusqu'ici. Ceci est probablement dû à une réticence à reconnaître que les organisations internationales et/ou les pays déployant des troupes, agissant au nom de la communauté internationale, peuvent eux-mêmes être parties à un conflit armé. Il n'en reste pas moins que ces questions sont importantes et devraient être examinées plus avant.

*d) Détention par des forces multinationales*

Aujourd'hui, les opérations de paix se caractérisent également par la participation fréquente des forces multinationales à la détention de personnes. L'une des principales difficultés dans de telles situations est de veiller à ce que les forces multinationales respectent leurs obligations internationales, en particulier celles qui découlent du DIH, lorsqu'elles prennent en charge des détenus. Ces difficultés sont particulièrement importantes en ce qui concerne les garanties procédurales pour les cas de détention dans les conflits armés non internationaux, et le transfert de détenus à des autorités locales ou à d'autres pays déployant des troupes.

Ces questions, et d'autres encore, sont examinées dans le cadre d'une initiative intergouvernementale sur le traitement des détenus dans les opérations militaires internationales, connue sous le nom de Processus de Copenhague et lancée par le gouvernement danois en 2007. Le Département des opérations de maintien de la paix des Nations Unies étudie également ses directives générales relatives à la détention dans les opérations de paix des Nations Unies. Ces deux initiatives visent à concevoir des règles opérationnelles et juridiques communes pour régir la détention dans les opérations multilatérales. Il s'agit là d'une tâche importante et ardue. En effet, l'un des principaux défis est d'élaborer des normes communes qui tiennent dûment compte des obligations qui incombent aux États en vertu des branches du droit international applicables.

Compte tenu de l'importance des problèmes liés à la détention dans les conflits armés, en particulier les conflits armés non internationaux, le CICR estime, comme mentionné ci-dessus, que ce domaine du DIH devrait être renforcé soit au moyen de dispositions conventionnelles, soit par d'autres mesures. Ce domaine a été intégré au rapport du CICR intitulé « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés », soumis à la XXXI<sup>e</sup> Conférence internationale.

*e) Interopérabilité juridique*

La participation des États et des organisations internationales à des opérations de paix pose des questions non seulement quant au droit applicable, mais aussi quant à son interprétation. Cela tient au fait que les pays déployant des troupes et agissant sur la base de différentes normes juridiques ne sont pas cohérents dans la manière dont ils appliquent et

interprètent le DIH, ce qui influe souvent sur « l'unité d'action » – au sens militaire – visée dans les opérations de paix. La notion d'« interopérabilité juridique » s'est peu à peu imposée comme une manière de gérer les différences juridiques entre les partenaires d'une coalition, en vue de rendre la conduite des opérations multinationales aussi efficace que possible, tout en respectant le droit applicable. Veiller à ce que les opérations de paix soient menées en tenant compte des différents niveaux de ratification des instruments de DIH, et des différentes interprétations de ces traités et du DIH coutumier par les États déployant des troupes pose un problème important dans la pratique.

L'interopérabilité juridique n'est pas toujours facile à mettre en œuvre compte tenu de la complexité du cadre juridique dans les opérations de paix, qui comprend différentes strates, parmi lesquelles : le mandat du Conseil de Sécurité dans une situation donnée ; les obligations imposées par le droit conventionnel et le droit coutumier ; les accords sur le statut des forces ; les protocoles d'accord signés par les membres d'une coalition ; les directives opérationnelles générales ; et les règles d'engagement, pour ne citer que les plus importantes. Les nombreuses sources juridiques qui doivent être prises en considération font qu'il est parfois objectivement difficile pour les partenaires associés à une opération de paix de parvenir à une compréhension commune de leurs obligations respectives, qui est une condition préalable pour réaliser l'interopérabilité juridique et mener une opération multinationale qui ne repose pas sur le plus petit dénominateur juridique commun. Il va sans dire que cette incertitude juridique pourrait, en fin de compte, porter atteinte à la protection accordée aux victimes des conflits armés en vertu du DIH. Aussi le CICR estime-t-il qu'une analyse approfondie est nécessaire pour évaluer plus précisément l'effet de la question de l'interopérabilité juridique sur l'applicabilité et l'application du DIH dans les opérations de paix.

#### *f) Responsabilité pour les faits internationalement illicites*

Enfin, il convient de relever que la complexité inhérente aux opérations de paix soulève la question de savoir qui est juridiquement responsable des faits internationalement illicites commis au cours de telles opérations. Il devient de plus en plus difficile d'apporter une réponse appropriée du point de vue juridique. Pourtant, cette question est importante dans la pratique, comme le montre le nombre croissant de cas portés devant les tribunaux nationaux et internationaux. En outre, elle a une incidence directe sur la question plus générale de la relation entre la responsabilité des États et la responsabilité des organisations internationales.

Il serait nécessaire, par exemple, de clarifier la façon dont l'attribution des faits illicites commis au cours des opérations de paix et la responsabilité qui en résulte sont déterminées. De nombreuses questions à cet égard mériteraient des réponses, parmi lesquelles les suivantes : la responsabilité internationale pour un fait illicite est-elle uniquement imputable à un acteur et, le cas échéant, lequel (l'État pilote, l'État dont les forces armées ont commis la violation, l'organisation internationale sous l'autorité ou le commandement et le contrôle de laquelle les États qui déploient des troupes interviennent) ? Les États et organisations internationales peuvent-ils endosser une responsabilité partagée ? Dans quelles conditions et circonstances ces responsabilités peuvent-elles être établies ? Devrait-on considérer que les opérations de paix représentent une situation dans laquelle les États déployant des troupes ont l'obligation de veiller au respect du DIH au titre de l'article 1 commun aux Conventions de Genève, en prévenant toute conduite contraire au DIH par leurs cobelligérants ?

Tout en menant une réflexion permanente sur ces questions, le CICR prend également part à un processus d'experts lancé en 2009 par le Swedish National Defence College en vue d'apporter des réponses à certaines des questions susmentionnées. Ce processus met en particulier l'accent sur la responsabilité dans les opérations militaires multinationales.

#### 4) Entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP)

##### a) Problèmes humanitaires liés à la présence croissante des EMSP

Au cours de la dernière décennie, une tendance marquée à externaliser des fonctions militaires traditionnelles à des EMSP a été constatée. Les problèmes humanitaires engendrés par la présence croissante des EMSP dans les situations de conflit armé ont été présentés dans un rapport soumis à la Conférence internationale de 2007. La plupart des discussions engagées sur les EMSP continuent de porter essentiellement sur la légitimité de l'externalisation de telles fonctions et sur la question de savoir si le droit des États à transférer leur « monopole de la force » à des acteurs privés devrait faire l'objet de restrictions. Quelles que soient les réponses à ces dilemmes, il est réaliste de supposer que la présence d'EMSP dans les situations de conflit armé continuera de se renforcer à moyen terme. De nombreux États s'emploient actuellement à réduire les effectifs de leurs forces armées, alors que les militaires dépendent toujours plus d'un savoir-faire et de formations techniques externes pour utiliser des systèmes d'armement de plus en plus complexes. En outre, les clients des EMSP ne sont pas que des États ; des organisations internationales, des organisations non gouvernementales et des entreprises transnationales ont également eu recours à leurs services, et on ne peut pas exclure qu'à l'avenir, des forces multinationales ou des groupes d'opposition armés mandatent des EMSP pour combattre pour leur compte.

Outre le fait que le nombre d'EMSP présentes dans les situations de conflit armé est en nette augmentation, leurs activités sont plus étroitement liées aux opérations militaires. Les EMSP interviennent, en autres, dans la protection du personnel et des infrastructures militaires, le conseil aux forces armées et leur formation, l'entretien des systèmes d'armement, et la garde et les interrogatoires de détenus. Ces activités ont amené les EMSP à entretenir des contacts plus étroits avec les personnes protégées par le DIH et exposent davantage leur personnel aux dangers découlant des opérations militaires.

##### b) Initiatives internationales pour la réglementation des EMSP

Face à la présence accrue des EMSP, plusieurs initiatives internationales ont été prises en vue de clarifier, de réaffirmer ou d'élaborer des normes juridiques internationales réglementant leurs activités et, plus particulièrement, de veiller à ce qu'elles respectent les règles de conduite énoncées dans le DIH et les droits de l'homme. Ces initiatives sont décrites brièvement ci-après.

##### i) Le Document de Montreux

En 2005, le département fédéral des Affaires étrangères de la Suisse et le CICR ont lancé une initiative conjointe pour promouvoir le respect du DIH et des droits de l'homme dans le contexte des opérations des EMSP dans les situations de conflit armé. Cette initiative a mis à contribution non seulement des représentants de gouvernements, mais aussi l'expérience et les compétences de représentants de l'industrie, des milieux universitaires et d'organisations non gouvernementales. Elle a donné lieu, en 2008, à l'adoption du *Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés*, par 17 États participants<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Afghanistan, Afrique du Sud, Allemagne, Angola, Australie, Autriche, Canada, Chine, États-Unis d'Amérique, France, Irak, Pologne, Royaume-Uni, Sierra Leone, Suède, Suisse et Ukraine.

Le Document de Montreux réfute l'idée que les activités des prestataires de services privés s'inscrivent dans un vide juridique. Il n'établit pas de nouvelle règle juridique, mais présente et réaffirme les obligations juridiques existantes qui incombent aux États s'agissant des EMSP qu'ils mandatent, qui réalisent des activités sur leur territoire ou qui relèvent de leur juridiction. Il recommande également un ensemble de bonnes pratiques pour la mise en œuvre des obligations juridiques existantes. En avril 2011, 19 autres États avaient déjà exprimé leur soutien au Document de Montreux, portant à 36 le nombre total d'États ayant adopté ce document<sup>22</sup>. Le département fédéral des Affaires étrangères de la Suisse et le CICR ont également publié une brochure accessible au grand public pour présenter et expliquer le Document de Montreux. Le texte a été transmis au Secrétaire général des Nations Unies par le gouvernement suisse en 2008. En tant que document officiel des Nations Unies, il est désormais disponible en anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe.

*ii) Code international de conduite pour les prestataires de services de sécurité privée*

Parallèlement au processus de Montreux, le département fédéral des Affaires étrangères de la Suisse a soutenu une initiative multilatérale visant à élaborer un code de bonne conduite pour l'ensemble du secteur, définissant des principes destinés à permettre aux prestataires de services de sécurité privée de réaliser leurs activités conformément aux règles du DIH et du droit international des droits de l'homme. En novembre 2010, près de 60 prestataires de services de sécurité privée ont adopté à Genève l'*International Code of Conduct for Private Security Service Providers*. Depuis lors, de nombreuses autres entreprises ont apporté leur soutien à ce document.

Le Code énonce un engagement de l'industrie à souscrire à des normes de conduite strictes en ce qui concerne à la fois l'usage de la force et le traitement des détenus et autres personnes qui se trouvent au pouvoir d'EMSP ou sont exposées de toute autre manière à leurs activités. Il était initialement prévu que le Code comprenne deux parties : la première devait décrire les normes de conduite, de gestion et de gouvernance, et la seconde établir un mécanisme international de gouvernance et de supervision chargé de veiller à ce que les entreprises signataires respectent le Code. Au moment de la rédaction du présent document, le Code n'inclut que la première partie (principes relatifs à la conduite du personnel, et engagements relatifs à la gestion et à la gouvernance). Le mécanisme de gouvernance et de supervision, qui devrait être intégré au Code lors d'une conférence d'examen, est en cours d'élaboration par un comité directeur provisoire composé de représentants de trois groupes de parties prenantes (l'industrie, les gouvernements et la société civile).

Le CICR s'est félicité de l'adoption du Code de conduite en tant qu'initiative visant à assurer le respect des règles reconnues du DIH et des droits de l'homme par les EMSP, et contribuant ainsi à améliorer la protection des victimes des conflits armés et d'autres situations de violence de moindre intensité que celle d'un conflit armé. En sa qualité de coparrain du Document de Montreux, le CICR estime qu'il est impératif de rappeler que, même s'il va de soi que les mesures d'autoréglementation prises par les EMSP sont importantes (en particulier si elles prévoient un mécanisme de responsabilisation géré par l'industrie), elles ne dispensent aucunement les États de leur responsabilité première de veiller à ce que les EMSP respectent le DIH dans les situations de conflit armé.

---

<sup>22</sup> Avec la date de communication du soutien : Macédoine (03.02.2009), Équateur (12.02.2009), Albanie (17.02.2009), Pays-Bas (20.02.2009), Bosnie-Herzégovine (09.03.2009), Grèce (13.03.2009), Portugal (27.03.2009), Chili (06.04.2009), Uruguay (22.04.2009), Liechtenstein (27.04.2009), Qatar (30.04.2009), Jordanie (18.05.2009), Espagne (20.05.2009), Italie (15.06.2009), Ouganda (23.07.2009), Chypre (29.09.2009), Géorgie (22.10.2009), Danemark (09.08.2010), Hongrie (01.02.2011).

*iii) Groupe de travail des Nations Unies (projet de convention)*

En juillet 2005, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a constitué un « Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ». Ce Groupe est composé de cinq spécialistes représentant chacune des régions géographiques du monde. En septembre 2010, il a fait rapport au Conseil des droits de l'homme sur les éléments proposés pour une éventuelle convention internationale visant à réglementer les activités des EMSP et à promouvoir le respect des droits de l'homme par ces entreprises. Le même mois, le Conseil des droits de l'homme a adopté une résolution portant création d'un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée « chargé d'examiner la possibilité d'élaborer un cadre réglementaire international relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité privées ». Il est prévu que ce groupe de travail tiende une session de cinq jours chaque année. Sa première réunion a eu lieu en mai 2011.

*c) L'objectif humanitaire*

Le CICR ne participe pas – et ne peut pas participer – aux débats engagés sur la légitimité du recours aux EMSP dans les situations de conflit armé. Son objectif strictement humanitaire est de promouvoir le respect du DIH par les membres du personnel de ces entreprises lorsqu'ils interviennent dans des situations de conflit armé, notamment en leur expliquant les obligations juridiques qui leur incombent et, surtout, en encourageant les États à prendre des mesures pour faire en sorte que ces entreprises et leur personnel se conforment au DIH et répondent de leurs actes. C'est dans ce but que le CICR met l'accent, dans le cadre de ses activités opérationnelles, sur la promotion des obligations juridiques existantes énoncées dans le Document de Montreux. L'institution accueille aussi favorablement les autres initiatives visant à faire en sorte que les EMSP et leur personnel ne commettent aucun acte contraire au DIH et à d'autres branches du droit. Les initiatives susmentionnées peuvent être considérées comme complémentaires et contribuer à renforcer la protection des personnes touchées par les conflits armés et autres situations de violence de moindre intensité que celle d'un conflit armé.

## V. LES MOYENS ET MÉTHODES DE GUERRE

### 1) Nouvelles technologies de guerre

Il ne fait aucun doute que le DIH s'applique aux armes nouvelles et à l'emploi d'innovations technologiques dans la guerre, comme reconnu notamment à l'article 36 du Protocole additionnel I<sup>23</sup>. Cela étant, l'application de règles juridiques préexistantes à une technologie nouvelle soulève la question de savoir si ces règles sont suffisamment claires au vu des caractéristiques spécifiques de cette technologie, et aussi eu égard à son impact probable sur le plan humanitaire. Au cours de ces dernières années, tout un arsenal de nouvelles technologies a fait son apparition sur le champ de bataille moderne. Le cyberspace a créé un nouveau domaine potentiel pour faire la guerre. Les parties aux conflits armés font une utilisation croissante des systèmes d'armement télécommandés, tels que les drones. Les systèmes d'armement automatiques connaissent eux aussi un succès grandissant, et l'on

---

<sup>23</sup> Conformément à l'article 36 du Protocole additionnel I sur l'étude, la mise au point ou l'adoption d'une nouvelle arme ou d'une nouvelle méthode de guerre, les États parties ont l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable.

envisage d'employer certains systèmes autonomes, comme les robots de combat, sur les champs de bataille de demain. Chacune de ces technologies soulève son lot de questions juridiques, dont certaines seront brièvement passées en revue ci-après.

a) *La « guerre informatique » ou « cyberguerre »*

Ces dernières années, on s'est beaucoup intéressé aux problèmes juridiques que pose la possibilité de conduire des hostilités dans le cyberspace et à travers lui. Le cyberspace a ouvert un nouveau champ de bataille potentiel ; ce théâtre de guerre créé par l'homme est venu s'ajouter aux théâtres naturels que sont la terre, la mer et l'espace, tout en étant interconnecté avec chacun d'entre eux. Il s'agit d'un espace virtuel offrant une interconnectivité mondiale qui transcende les frontières. Si cette interconnectivité se révèle très utile en temps de paix, elle implique aussi que tout ce qui est relié à Internet peut être pris pour cible depuis n'importe où dans le monde. Elle signifie aussi qu'une attaque peut avoir des répercussions sur divers autres systèmes, puisque les réseaux informatiques militaires dépendent souvent d'infrastructures commerciales.

Les « cyberopérations » peuvent être décrites au sens large comme des opérations dirigées contre un ordinateur ou un réseau informatique, ou par le biais de ceux-ci, grâce à des flux de données. De telles opérations peuvent poursuivre des objectifs divers, comme infiltrer un système informatique pour collecter, exporter, détruire, altérer ou encrypter des données, ou pour déclencher, détourner ou manipuler de toute autre manière des processus contrôlés par le système informatique infiltré. Toute une série de « cibles » dans le monde réel peuvent ainsi être détruites, altérées ou perturbées, comme les industries, les infrastructures, les télécommunications ou les systèmes financiers. Les effets que peuvent avoir ces opérations suscitent donc de profondes préoccupations humanitaires. Par exemple, en s'infiltrant dans les systèmes informatiques de soutien de la partie adverse, il est possible de manipuler ses systèmes de contrôle du trafic aérien, ses oléoducs et ses centrales nucléaires.

Le fait qu'une activité militaire particulière ne soit pas spécifiquement réglementée ne signifie pas qu'on puisse y recourir sans restriction. Du point de vue du CICR, les moyens et méthodes de guerre faisant appel aux cybertechnologies sont soumis aux règles du DIH, comme cela a été le cas jusqu'ici pour toute nouvelle arme et tout nouveau vecteur d'armes utilisés dans un conflit armé par une partie au conflit ou au nom de celle-ci. Si l'on recourt à une cyberopération dans le cadre d'un conflit armé pour causer des dommages à un ennemi, en manipulant par exemple son système de contrôle du trafic aérien et en provoquant ainsi le crash d'un avion civil, on peut difficilement contester qu'une telle attaque relève de fait d'une méthode de guerre et qu'elle fait l'objet de limitations en vertu du DIH.

Cela dit, concilier l'émergence du cyberspace en tant que nouveau théâtre de guerre avec le cadre juridique régissant les conflits armés est une tâche difficile à plusieurs égards, qui exige une réflexion minutieuse. Voici quelques exemples de questions qui font l'objet de débats.

Premièrement, l'architecture numérique sur laquelle repose le cyberspace garantit l'anonymat et complique ainsi l'attribution de telle ou telle conduite. Dans la plupart des cas, il s'avère par conséquent difficile, sinon impossible, d'identifier l'auteur d'une attaque. Du moment que le DIH se fonde sur l'attribution de responsabilité à des personnes et à des parties à un conflit, cela pose d'importantes difficultés. En effet, s'il est impossible d'identifier l'auteur d'une opération, et donc d'établir le lien entre l'opération et le conflit armé, il est extrêmement difficile de déterminer si le DIH peut s'appliquer à l'opération en question.

Deuxièmement, il ne fait aucun doute qu'il y a conflit armé et que le DIH s'applique lorsque des armes cinétiques traditionnelles sont utilisées en combinaison avec des cyberopérations. Il est en revanche très difficile de déterminer l'applicabilité du DIH lorsque les premiers – ou les seuls – actes « hostiles » sont perpétrés par le biais d'une cyberopération. Peut-on qualifier cela de conflit armé au sens des Conventions de Genève et des autres traités de DIH ? Cela dépend-il du type d'opération – autrement dit, la manipulation ou la destruction de données est-elle suffisante ou faut-il aussi qu'elle entraîne des dommages matériels ? Il semble que seule la pratique future des États permettra d'apporter une réponse précise à ces questions.

Troisièmement, la définition de l'expression « attaque » revêt une importance cruciale s'agissant de l'application des diverses règles du DIH relatives au principe de distinction. Il convient de garder à l'esprit que le Protocole additionnel I et le DIH coutumier donnent une définition précise de cette expression, qui n'est pas identique à celle donnée dans d'autres branches du droit. Au titre de l'article 49 (1) du Protocole additionnel I, l'expression « attaques » désigne des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs. L'expression « actes de violence » évoque la force physique. À la lumière de cette interprétation, qui est aussi celle du CICR, les cyberopérations menées à l'aide de virus, de vers informatiques, etc., qui causent des dommages à des personnes ou à des biens autres que les programmes informatiques ou les données visées, peuvent être qualifiées d'« actes de violence », c'est-à-dire d'attaques au sens du DIH.

On fait parfois valoir que les cyberopérations ne relèvent pas de la définition d'une « attaque » aussi longtemps qu'elles ne causent pas de destruction physique ou lorsque leurs effets sont réversibles. Si ce point de vue implique qu'une attaque contre un bien de caractère civil puisse être considérée comme licite dans de tels cas, il n'a aucun fondement dans le droit existant selon le CICR. Au regard du DIH, les attaques ne peuvent être dirigées que contre des objectifs militaires ; les biens qui ne relèvent pas de cette définition sont considérés comme des biens de caractère civil et ne peuvent pas être attaqués. La définition d'un « objectif militaire » ne dépend pas de la méthode de guerre utilisée et s'applique de la même manière aux moyens cinétiques et non cinétiques. Le fait qu'une cyberopération n'aboutisse pas à la destruction du bien attaqué n'entre pas non plus en ligne de compte. Conformément à l'article 52.2 du Protocole additionnel I, seuls les biens qui apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis, peuvent faire l'objet d'attaques. En faisant référence non seulement à la destruction ou à la capture du bien, mais aussi à sa neutralisation, la définition implique qu'il est indifférent que le bien soit mis hors d'usage par suite de sa destruction ou d'une quelque autre manière.

Quatrièmement, lorsqu'une cyberopération constitue une attaque, le Protocole additionnel I impose : i) l'obligation de ne diriger les attaques que contre des « objectifs militaires » et de ne pas attaquer les civils ou les biens de caractère civil, ii) l'interdiction de mener des attaques sans discrimination, ainsi que des attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes et des dommages civils excessifs, et iii) l'exigence de prendre les précautions nécessaires pour faire en sorte que les deux précédentes règles soient respectées (en particulier l'exigence de réduire au minimum les dommages civils causés incidemment et l'obligation de s'abstenir de lancer une attaque si elle est susceptible de causer de tels dommages qui seraient excessifs par rapport à l'importance de l'objectif militaire à attaquer). On estime que ces règles s'appliquent de la même manière, que l'attaque soit menée au moyen d'armes classiques ou par le biais d'un réseau informatique. Les problèmes que pose l'application de ces règles ne sont donc pas nécessairement propres aux cyberopérations. Cela dit, des questions subsistent.

Comme expliqué plus haut, le DIH interdit les attaques menées sans discrimination. Sur la base de ce que l'on sait aujourd'hui des cyberopérations, elles posent de sérieux défis

s'agissant de garantir le respect de cette règle. La question est de savoir si les cyberopérations peuvent atteindre avec précision l'objectif visé et, même lorsque tel est le cas, s'il est possible de faire en sorte que les infrastructures civiles ne soient pas touchées du fait de l'interconnexion entre les réseaux informatiques civils et militaires. Un exemple classique serait l'introduction d'un virus ou d'une série de virus dans les systèmes informatiques d'un État visé. Même s'il n'était introduit que dans son réseau informatique militaire, un virus suffisamment puissant pourrait se répandre dans les systèmes informatiques civils de l'État en question, voire par-delà ses frontières, et perturber ou détruire les infrastructures reposant sur ces systèmes. Au regard du DIH, de tels virus seraient considérés comme frappant sans discrimination, puisqu'ils ne pourraient pas être dirigés contre un objectif militaire spécifique ; en outre, il serait impossible de limiter les effets de ces moyens ou méthodes de guerre, comme l'exige le DIH.

On peut s'interroger sur la capacité des cyberopérations à respecter l'interdiction non seulement des attaques indiscriminées, mais aussi des attaques disproportionnées. Il s'agit notamment de savoir s'il est pratiquement possible d'anticiper toutes les conséquences directes et indirectes qu'aurait pour la population civile et les biens de caractère civil une attaque dirigée contre une cible militaire légitime.

Pour respecter les principes de distinction et de proportionnalité, certaines précautions doivent être prises dans l'attaque, comme énoncé à l'article 57 du Protocole additionnel I. Il s'agit notamment de l'obligation, pour ceux qui mènent l'attaque, de prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes et les dommages civils qui pourraient être causés incidemment. Du moment que, dans certains cas, les cyberopérations sont susceptibles de provoquer moins de pertes civiles incidentes et moins de dommages civils incidents que les armes classiques, on pourrait faire valoir que, dans ces circonstances, cette règle imposerait à un commandant d'évaluer s'il peut obtenir le même avantage militaire en utilisant des moyens et méthodes de guerre faisant appel aux cybertechnologies, dans la mesure du possible.

En conclusion, malgré le caractère nouveau des cybertechnologies, des limitations d'ordre juridique s'appliquent aux moyens et méthodes de guerre qui reposent sur ces technologies. Bien qu'aucune disposition du DIH ne les interdise expressément, il ne fait aucun doute que les cyberopérations ne peuvent être utilisées dans les conflits armés que dans une mesure et d'une manière qui respectent le droit existant.

Le CICR suit et continuera de suivre de près les évolutions ayant trait à l'utilisation du cyberspace à des fins militaires et d'évaluer leur impact potentiel sur le plan humanitaire, pour faire en sorte que les règles pertinentes du DIH soient respectées.

#### *b) Systèmes d'armement télécommandés*

Une des principales caractéristiques des systèmes d'armement télécommandés est qu'ils permettent aux combattants d'être physiquement éloignés de la zone où se déroulent les opérations de combat. Cette nouvelle technologie, comme d'autres progrès de la technologie militaire, permet d'un côté d'aider les belligérants à diriger leurs attaques contre des objectifs militaires avec davantage de précision et à réduire ainsi les pertes civiles et les dommages aux biens de caractère civil. D'un autre côté, elle augmente les possibilités d'attaquer un adversaire et expose donc la population civile et les biens de caractère civil à un plus grand risque de subir incidemment des dommages. Malgré la distance qui sépare les personnes qui contrôlent ces armes ou systèmes d'armement et le champ de bataille, la technologie exige qu'un opérateur humain active et dirige l'arme en question et qu'il ouvre le feu. La

responsabilité de respecter le DIH, en renonçant par exemple à une attaque si les règles de cette branche du droit ne peuvent pas être respectées, incombe donc clairement à (aux) l'individu(s) concerné(s) et à la partie au conflit armé concernée.

Les drones sont un exemple typique de système d'armement télécommandé. Ils ont grandement amélioré la surveillance aérienne en temps réel, élargissant de ce fait l'arsenal des mesures de précaution pouvant être prises avant une attaque. Les systèmes d'armement télécommandés comportent toutefois également des risques. Des études ont montré que si on déconnecte une personne, en l'éloignant notamment (physiquement ou émotionnellement) d'un adversaire potentiel, il lui sera plus facile de prendre cet adversaire pour cible et de commettre des abus. Parmi les défis posés à une utilisation responsable de ces systèmes, on a également relevé la capacité limitée des opérateurs à traiter d'importantes quantités de données, notamment des données pouvant parfois être contradictoires (surcharge d'informations), et à contrôler plus d'un système de ce type à la fois, ce qui a conduit à s'interroger sur leur capacité à respecter pleinement les règles applicables du DIH dans ces situations.

#### *c) Systèmes d'armement automatisés*

Une arme automatisée, ou un système d'armement automatisé, fonctionne de manière autonome et indépendante ; certaines de ces armes doivent toutefois être initialement déployées ou dirigées par un opérateur humain. Ces systèmes comprennent notamment des mitrailleuses autonomes, des munitions autodirectrices et certaines mines terrestres antivéhicules. Bien que déployés par des humains, ces systèmes vont identifier ou détecter de façon indépendante un type de cible donné, puis tirer ou exploser. Une mitrailleuse autonome, par exemple, fera feu ou non après vérification du mot de passe prononcé par un intrus potentiel. La façon dont ces systèmes pourraient faire la différence entre un civil et un combattant, ou entre un combattant blessé ou hors de combat et un combattant actif, ou gérer des personnes incapables de comprendre ou de répondre à un avertissement verbal du système (car parlant une autre langue), n'est pas claire. De même, une fois tirées, les munitions autodirectrices, programmées pour localiser et atteindre un type de cible militaire précis (p. ex. des tanks), attaqueront ces cibles de manière autonome si elles ont été identifiées par le système. Leur capacité de discrimination – une exigence du DIH – va entièrement dépendre de la qualité et de la diversité des capteurs et de la manière dont le système est programmé. Le problème majeur que posent les systèmes automatisés est leur capacité à véritablement respecter le niveau de discrimination exigé par le DIH. Par ailleurs, on voit mal comment ces armes pourraient évaluer les pertes en vies humaines et les blessures infligées incidemment aux civils ou les dommages causés accidentellement aux biens de caractère civil, et ainsi respecter le principe de proportionnalité.

#### *d) Systèmes d'armement autonomes*

Un système d'armement autonome peut analyser ou adapter son fonctionnement en fonction des changements qui se produisent dans l'environnement dans lequel il est déployé. Un système véritablement autonome serait doté d'une intelligence artificielle capable de mettre en œuvre le DIH. Bien que ces systèmes suscitent un grand intérêt dans les milieux spécialisés et que la recherche dans ce domaine soit largement financée, ils n'ont pas encore été adaptés aux armements. Leur déploiement représenterait une véritable révolution conceptuelle et un changement qualitatif majeur dans la conduite des hostilités. Il soulèverait aussi tout un ensemble de problèmes fondamentaux du point de vue juridique, éthique et social, qui doivent être pris en compte *avant* que ces systèmes soient développés ou déployés.

La mise au point d'un système d'armement véritablement autonome, capable de mettre en œuvre le DIH, représente un défi monumental en termes de programmation, qui pourrait

s'avérer impossible à relever. Développer la capacité de ces systèmes à faire la distinction entre un civil et un combattant, entre un combattant actif et un combattant blessé ou hors de combat, ou entre un combattant et un chasseur, est une tâche éminemment ardue. Il est tout aussi difficile d'imaginer comment des systèmes autonomes pourraient évaluer des avantages militaires ou prendre des décisions en matière de proportionnalité ou de précautions dans l'attaque dans des environnements en constante évolution.

En théorie, un système d'armement autonome pourrait être programmé pour se comporter de façon plus éthique et plus prudente qu'un être humain sur le champ de bataille. Après tout, l'émotion, la perte de collègues et l'intérêt personnel ne sont pas des facteurs problématiques pour un robot, et le degré de respect du DIH par les soldats humains est loin d'être idéal, loin s'en faut. Si rien ne permet encore de penser qu'il sera un jour possible d'utiliser des systèmes d'armement autonomes, leur emploi potentiel soulève néanmoins des questions délicates, telles que : est-ce moralement acceptable de déléguer aux machines des décisions de vie ou de mort ? Si l'utilisation d'un système d'armement autonome devait déboucher sur un crime de guerre, qui serait juridiquement, moralement et politiquement responsable des choix effectués par le système – le programmeur, le fabricant ou le commandant qui a déployé le système ? Si la responsabilité ne peut pas être déterminée comme requis par le DIH, est-il licite ou éthique de déployer ces systèmes ? Ces interrogations laissent penser que le débat sur les aspects juridiques et les autres enjeux de l'utilisation des systèmes d'armement autonomes sera complexe et qu'il faudra examiner attentivement, entre autres choses, les conséquences potentielles de ces armes sur le plan humanitaire.

En conclusion, il va falloir de toute évidence un certain temps avant que des réponses définitives puissent être apportées aux nombreuses questions juridiques et autres que suscitent les progrès technologiques présentés dans cette section. Il convient de souligner que la question fondamentale n'est pas tant de savoir si les nouvelles technologies sont bonnes ou mauvaises en soi, mais plutôt de savoir dans quelles circonstances elles sont employées. De même, les nouvelles technologies ne changent pas le droit existant, mais doivent plutôt s'y conformer, en tenant compte du fait que les normes actuelles ne règlementent pas suffisamment certains défis posés par ces technologies et qu'il faudrait peut-être en élaborer de nouvelles. Pour le CICR, il est important de veiller à ce que ces questions fassent l'objet d'un débat éclairé, d'attirer l'attention sur la nécessité d'évaluer l'impact humanitaire potentiel et les implications en DIH des technologies nouvelles et en voie de développement, et de faire en sorte qu'elles ne soient pas employées prématurément dans des conditions ne permettant pas de garantir le respect du DIH.

## **2) Utilisation d'armes explosives dans des zones densément peuplées**

On sait que les conflits armés qui se déroulent dans des zones fortement peuplées causent des souffrances humaines indicibles. Les civils, en particulier, paient un lourd tribut, que ce soit directement, en termes de pertes en vies humaines, de blessures et de handicaps permanents, ou indirectement, en termes de destruction massive de leurs habitations, moyens de subsistance et infrastructures. De nombreux civils subissent en outre des traumatismes psychologiques à long terme, plus difficiles à quantifier, résultant de l'utilisation d'armes explosives sur de longues durées dans des zones densément peuplées. Même sans données scientifiques à l'appui, on peut dire sans risque de se tromper que les personnes qui vivent dans des zones fortement peuplées risquent davantage d'être touchées par des bombardements aériens, des tirs d'obus, et par l'emploi d'autres armes explosives que ceux qui vivent dans des zones rurales et qui ne sont pas exposés aux effets directs de ces armes dans des espaces bâtis et urbains.

Dans une déclaration faite en 2009, le président du CICR a rappelé en ces termes les conséquences humanitaires et autres des opérations militaires menées dans des zones fortement peuplées :

*« Ce qui change, ce n'est pas seulement les types d'armes disponibles, mais aussi les environnements dans lesquels celles-ci sont utilisées. Le débat a été suscité notamment par le nombre croissant d'opérations militaires menées dans des zones urbaines densément peuplées, en utilisant la force explosive d'armes lourdes, ce qui peut avoir des conséquences dévastatrices pour la population civile. [...] Mais plusieurs questions cruciales subsistent au sujet de la conduite des hostilités. Les règles applicables du DIH sont-elles suffisantes pour déterminer dans quelles circonstances la force explosive des armes lourdes peut être utilisée dans des zones densément peuplées, par exemple ? Faut-il exiger des normes plus sévères pour vérifier les cibles et leurs environs ou pour avertir la population civile ? Peut-être le droit doit-il encore être développé, mais dans ce cas, comment pourra-t-on vérifier ou imposer son application ? »*

#### *Limitations juridiques à l'utilisation d'armes explosives dans des zones fortement peuplées*

Il existe de nombreux types d'armes explosives, allant des grenades aux bombes aériennes de plusieurs centaines de kilos. Un certain nombre d'instruments juridiques donnent une définition des « engins explosifs », mais ces définitions sont souvent taillées sur mesure pour les besoins du traité en question. On retrouve cependant un élément récurrent dans toutes les définitions des armes explosives : ces dernières doivent être activées par la détonation d'une substance hautement explosive créant un effet de souffle et de fragmentation.

L'utilisation d'armes explosives dans des zones densément habitées expose la population civile et les infrastructures civiles à des risques accrus – et même extrêmes – de subir, incidemment ou de manière indiscriminée, des pertes en vie humaines, des blessures ou des destructions. Leur emploi n'est pas interdit pour autant par le DIH en tant que tel. L'admissibilité de l'emploi de ces armes doit donc être déterminée au cas par cas, en tenant compte des règles du DIH interdisant les attaques indiscriminées ou disproportionnées, et imposant de prendre toutes les précautions pratiquement possibles dans l'attaque<sup>24</sup>.

Pour les besoins de la présente analyse, il convient en particulier de rappeler que les attaques sans discrimination sont celles qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire spécifique, qui utilisent des moyens et méthodes de combat ne pouvant pas être dirigés contre un objectif militaire spécifique ou qui utilisent des moyens et méthodes ne pouvant pas être limités comme le prescrit le DIH. « Les attaques par bombardement, quels que soient les méthodes ou moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou toute autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil » sont expressément interdites car considérées comme un type d'attaque sans discrimination. Sont également interdites les attaques qui violeraient le principe de proportionnalité du DIH, c'est-à-dire les « attaque[s] dont on peut attendre qu'elle[s] cause[nt] incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ».

---

<sup>24</sup> Dans ce contexte, il convient de rappeler que le fait que les combattants soient mêlés à la population civile est une des caractéristiques des conflits qui se déroulent dans des zones fortement peuplées, ce qui signifie que la partie attaquée a également l'obligation de prendre (dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible) des précautions pour protéger les civils et les biens de caractère civil contre les effets des attaques, comme prévu par le DIH.

Il convient de noter que l'interdiction des attaques frappant sans discrimination avait pour intention de « tenir compte de ce que des moyens ou des méthodes de combat que l'on peut utiliser parfaitement légitimement dans certaines situations peuvent, en d'autres circonstances, avoir des effets allant à l'encontre de certaines limitations prévues dans le [premier] Protocole [additionnel], auquel cas leur utilisation dans ces circonstances impliquerait une attaque sans discrimination<sup>25</sup> ».

L'utilisation de certaines armes dans une zone fortement peuplée est sans aucun doute une circonstance permettant de qualifier cet emploi d'indiscriminé. Certes, le concept d'armes explosives englobe une vaste palette d'armes avec des rayons d'impact variables, de sorte que toutes les armes explosives ne peuvent pas être considérées par définition comme frappant sans discrimination lorsqu'elles sont utilisées dans des zones densément habitées. Si le qualificatif d'« explosive » indique la manière spécifique dont une arme touche sa cible, le critère décisif s'agissant de sa licéité au regard de l'interdiction de mener des attaques sans discrimination réside dans sa capacité, compte tenu de son rayon d'impact et de la densité de la population civile et des infrastructures civiles dans la zone environnante, à faire la distinction entre l'objectif militaire visé et les civils et les biens de caractère civil, et à limiter ses effets comme exigé par le DIH.

De même, tout au long de la planification et de la conduite d'opérations militaires impliquant l'emploi d'armes explosives dans des zones fortement peuplées, il convient de respecter scrupuleusement l'obligation générale imposée aux belligérants de prendre toutes les précautions pratiquement possibles en vue d'épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. En particulier, toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises pour vérifier que les objectifs à attaquer sont des objectifs militaires et choisir des moyens et méthodes d'attaque permettant d'éviter, et en tout cas réduire au minimum, les dommages causés incidemment. Cela signifie aussi qu'une attaque doit être annulée ou suspendue lorsque l'on peut s'attendre à ce qu'elle viole les principes de distinction et de proportionnalité.

En conclusion, compte tenu de la forte probabilité qu'elles aient des effets indiscriminés, et malgré l'absence de toute interdiction juridique expresse portant sur certains types d'armes spécifiques, le CICR considère que l'emploi d'armes explosives ayant un large rayon d'impact devrait être évité dans les zones fortement peuplées.

### 3) Participation directe aux hostilités

Comme mentionné dans les rapports présentés aux XXVIII<sup>e</sup> et XXX<sup>e</sup> Conférences internationales, l'environnement opérationnel des conflits armés contemporains est en train de changer. Il se caractérise entre autres par un glissement des opérations militaires vers les centres de population civile, par une participation plus active que jamais des civils aux actions militaires (aussi bien du côté des États que des groupes armés organisés) et par des difficultés pratiques croissantes à distinguer les civils des combattants. À la lumière de ces considérations, le CICR a travaillé de 2003 à 2008 avec un groupe international composé d'une cinquantaine d'experts juridiques – participant à titre personnel – sur un projet visant à clarifier la notion de « participation directe aux hostilités » en DIH. Après avoir examiné attentivement les discussions menées avec les experts et effectué de nouvelles recherches et analyses en interne, le CICR a publié un document final intitulé *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, qui exprime exclusivement les opinions du CICR.

---

<sup>25</sup> Conférence diplomatique (1974-77), Actes XV, p. 283, par. 55, CDDH/215/Rev.1, Annexe.

Le but premier du Guide interprétatif est d'améliorer la protection de la population civile en clarifiant la distinction en DIH entre les civils et les combattants, mais aussi entre les civils qui participent et ceux qui ne participent pas directement aux hostilités. Le Guide interprétatif n'a pas vocation de modifier les règles contraignantes du DIH, mais plutôt de présenter les recommandations du CICR sur la manière dont les règles du DIH relatives à la notion de participation directe aux hostilités devraient être interprétées dans les conflits armés contemporains. Il n'est pas conçu pour être appliqué sur le terrain en tant que tel, mais pour être mis en œuvre par le biais des commandants militaires et autres responsables de la conduite d'opérations militaires. Le document a été publié en juin 2009, conjointement au compte rendu des travaux des réunions d'experts. Il a été traduit en français, en espagnol, en chinois et en arabe. Le CICR a également entamé un dialogue proactif avec les milieux militaires, gouvernementaux, non gouvernementaux, humanitaires et universitaires afin d'expliquer et promouvoir cet outil.

Ci-après figure un bref résumé des principales questions posées dans le Guide interprétatif et des réponses apportées.

*(i) Qui est considéré comme un civil aux fins du principe de distinction ?*

La réponse à cette question définit quelles sont les personnes protégées contre les attaques directes, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Aux fins de la conduite des hostilités, il est important d'établir une distinction entre les membres de forces armées ou de groupes armés organisés (dont la fonction continue est de conduire les hostilités au nom d'une partie à un conflit armé) et les civils (qui ne participent pas directement aux hostilités, ou qui y participent de manière purement spontanée, sporadique ou non organisée).

*Dans les conflits armés internationaux*, toutes les personnes qui ne sont ni des membres des forces armées d'une partie au conflit ni des participants à une levée en masse ont droit à la protection contre les attaques directes, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Les membres de forces armées irrégulières (milices, corps de volontaires, etc.) dont la conduite relève d'une partie étatique à un conflit armé sont considérés comme appartenant aux forces armées de cette partie. Ils ne sont pas considérés comme des civils aux fins de la conduite des hostilités, même s'ils ne remplissent pas les critères exigés par le DIH permettant de prétendre au privilège du combattant et au statut de prisonnier de guerre<sup>26</sup>.

*Dans les conflits armés non internationaux*, toutes les personnes qui ne sont pas des membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés d'une partie au conflit sont des personnes civiles, et elles ont donc droit à la protection contre les attaques directes, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.

Dans les conflits armés non internationaux, les groupes armés organisés constituent les forces armées d'une partie non étatique au conflit et ne se composent que de personnes ayant pour fonction continue de participer directement aux hostilités. Le critère décisif pour déterminer l'appartenance individuelle à un groupe armé organisé consiste à savoir si une personne assume, pour le groupe, une fonction continue impliquant sa participation directe aux hostilités (« fonction de combat continue »). Cette fonction de combat continue n'implique pas *de jure* le droit de prétendre au privilège du combattant, qui de toute façon n'existe pas dans les conflits armés non internationaux. Elle établit plutôt une distinction entre, d'une part, les membres des forces combattantes organisées d'une partie non étatique

---

<sup>26</sup> L'appartenance à des forces armées irrégulières appartenant à une partie au conflit doit être déterminée à l'aide des mêmes critères fonctionnels que ceux qui s'appliquent aux groupes armés organisés dans les conflits armés non internationaux.

et, d'autre part, les civils qui participent directement aux hostilités d'une manière purement spontanée, sporadique ou non organisée, ou qui assument des fonctions exclusivement non combattantes, par exemple de caractère politique ou administratif.

Les actes de violence armée n'atteignant pas le degré d'intensité et d'organisation requis pour être qualifiés de conflit armé relèvent du maintien de l'ordre et sont donc régis par les normes internationales et le droit interne applicables aux opérations de maintien de l'ordre. C'est le cas même lorsque les actes de violence se produisent pendant un conflit armé, international ou non international, s'ils sont sans lien avec ce dernier.

*(ii) Quelle conduite constitue une participation directe aux hostilités ?*

La réponse à cette question permet de déterminer la conduite individuelle qui entraîne la suspension de la protection contre les attaques directes dont bénéficient les civils. La notion de participation directe aux hostilités se réfère à des actes spécifiques commis par des individus dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé. Elle doit être interprétée de la même manière dans les situations de conflits armés internationaux et non internationaux.

Pour constituer une participation directe aux hostilités, un acte spécifique doit remplir les critères cumulatifs suivants :

1. L'acte doit être susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé, ou alors l'acte doit être de nature à causer des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes (*seuil de nuisance*), et
2. il doit exister une relation directe de causalité entre l'acte et les effets nuisibles susceptibles de résulter de cet acte ou d'une opération militaire coordonnée dont cet acte fait partie intégrante (*causation directe*), et
3. l'acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie au conflit et au détriment d'une autre (*lien de belligérance*).

Appliqués conjointement, les trois critères requis – *seuil de nuisance*, *causation directe* et *lien de belligérance* – permettent d'établir une distinction fiable entre, d'une part, les activités constituant une participation directe aux hostilités et, d'autre part, les activités qui, bien qu'elles se produisent dans le contexte d'un conflit armé, n'entrent pas dans le cadre de la conduite des hostilités et, par conséquent, n'entraînent pas la perte de protection contre les attaques directes.

En outre, les mesures préparatoires à l'exécution d'un acte spécifique de participation directe aux hostilités, de même que le déploiement vers son lieu d'exécution et le retour de ce lieu, font partie intégrante de cet acte.

*(iii) Quelles modalités régissent la perte de protection contre les attaques directes ?*

La réponse à cette question porte sur les éléments suivants : a) la durée de la perte de protection contre les attaques directes, b) les mesures de précaution à prendre et les présomptions devant prévaloir en cas de doute, c) les règles et principes régissant l'usage de la force contre des cibles militaires légitimes, et d) les conséquences de la restauration de la protection contre les attaques directes.

a) En ce qui concerne la portée temporelle de la perte de protection, les civils cessent d'être protégés contre les attaques directes pendant la durée de chaque acte spécifique constituant une participation directe aux hostilités, tandis que les membres de groupes armés organisés

appartenant à une partie non étatique à un conflit armé cessent d'être des civils (voir le point (i) ci-dessus) et perdent le bénéfice de la protection contre les attaques directes aussi longtemps qu'ils assument leur fonction de combat continue.

b) Dans la pratique, la participation directe des civils aux hostilités est susceptible de provoquer beaucoup de confusion et d'incertitude au moment de mettre en œuvre le principe de distinction. Afin d'éviter que des civils ayant droit à une protection contre les attaques directes soient pris pour cibles de façon erronée ou arbitraire, il est donc particulièrement important de prendre toutes les précautions pratiquement possibles au moment de déterminer si une personne est un civil et, le cas échéant, si cette personne participe directement aux hostilités. En cas de doute, la personne en question doit être présumée protégée contre les attaques directes.

c) La perte de la protection contre les attaques directes, qu'elle soit due à une participation directe aux hostilités (civils) ou à une fonction de combat continue (membres de groupes armés organisés), ne signifie pas qu'aucune autre limitation d'ordre juridique n'est applicable. L'un des principes fondamentaux du DIH conventionnel et coutumier stipule que « [l]es belligérants n'ont pas un droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi ». Même les attaques directes contre des cibles militaires légitimes font l'objet de limitations d'ordre juridique, fondées soit sur des dispositions spécifiques du DIH, soit sur les principes qui sous-tendent le DIH dans son ensemble, soit encore sur les dispositions d'autres branches applicables du droit international.

Ainsi, outre les limitations imposées par le DIH sur certains moyens et méthodes de guerre spécifiques, et sous réserve de restrictions additionnelles pouvant résulter d'autres branches applicables du droit international, le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent.

d) Enfin, comme déjà mentionné plus haut, le DIH ni n'interdit, ni n'encourage la participation directe des civils aux hostilités. Quand les civils cessent de participer directement aux hostilités, ou quand les membres de groupes armés organisés appartenant à une partie non étatique à un conflit armé cessent d'assumer leur fonction de combat continue, ils bénéficient à nouveau de la pleine protection accordée aux civils contre les attaques directes, mais ne sont pas exemptés de poursuites pour des violations du droit interne ou du droit international qu'ils pourraient avoir commises.

Il convient de noter que, depuis sa publication, certains aspects du Guide interprétatif ont donné lieu à des débats juridiques dans les milieux gouvernementaux et universitaires et au sein des ONG. Une question qui a par exemple suscité des controverses concerne le concept de « fonction de combat continue », tel que décrit plus haut. Si d'aucuns considèrent que ce concept a été défini de manière trop étroite, d'autres au contraire pensent qu'il l'a été de manière trop large. On retrouve le même éventail d'opinions en ce qui concerne le point de vue du CICR sur le fait que les civils participant directement aux hostilités de façon sporadique ou non organisée ne peuvent faire l'objet d'attaques que pendant la durée de chaque acte spécifique constituant une participation directe. Tandis que certains pensent que cette approche est inacceptable du moment qu'elle reconnaît l'existence de l'effet « porte tournante » (*revolving door*) de la protection accordée aux personnes qui participent sporadiquement aux hostilités, d'autres estiment qu'elle devrait être appliquée à tout civil participant directement aux hostilités, c'est-à-dire même à ceux qui le font de façon organisée. La position énoncée dans la recommandation IX du Guide interprétatif, selon laquelle « le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent », a

également suscité des avis divergents. La principale critique porte sur le fait que le droit existant ne prévoit pas l'introduction d'un élément de nécessité dans le processus de prise pour cible des personnes participant directement aux hostilités. On a fait valoir que le DIH autorise les attaques contre les personnes participant directement aux hostilités, indépendamment du fait que, dans de telles circonstances, des moyens autres que l'usage de la force létale puissent être suffisants pour atteindre le résultat opérationnel souhaité.

Le CICR a attentivement examiné chacune de ces critiques ainsi que d'autres dans le cadre du processus d'élaboration du texte final du Guide interprétatif qui, de son point de vue, constitue un ensemble rigoureusement équilibré de considérations juridiques et opérationnelles. L'institution suit de près les réactions que suscite le Guide interprétatif et les différents points de vue exprimés en relation avec certaines des recommandations formulées ; il est prêt à engager de nouvelles consultations afin de clarifier certains aspects spécifiques du Guide et à expliquer les interconnexions qui existent entre eux.

#### **4) Traité sur le commerce des armes**

Chaque année, des centaines de milliers de civils sont déplacés, blessés ou tués du fait notamment de la disponibilité insuffisamment réglementée et de l'emploi abusif des armes classiques. Il est si facile de se procurer des armes dans bien des régions du monde, et la violence armée y est si répandue, que les civils sont menacés par les mêmes dangers en période d'après-conflit que pendant un conflit armé.

C'est à la XXVI<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, en 1995, que les États parties aux Conventions de Genève se sont pour la première fois déclarés préoccupés par le développement rapide du commerce de l'armement et par la prolifération non réglementée des armes. La Conférence internationale a alors chargé le CICR de réaliser une étude sur les conséquences de la disponibilité des armes pour les civils dans les conflits armés et sur ses implications en matière de DIH. Il est ressorti de l'étude que la disponibilité généralisée des armes facilitait les violations du DIH et avait des conséquences néfastes tant pour les civils que pour les opérations d'assistance humanitaire pendant et après les conflits armés. Aussi longtemps qu'il sera trop facile de se procurer une arme, le risque de violations graves du DIH augmentera et la fourniture de l'aide humanitaire sera compromise.

Depuis la publication de son étude en 1999, le CICR appelle à une réglementation plus stricte des transferts internationaux d'armes et de munitions et à une évaluation de la mesure dans laquelle le destinataire est susceptible de respecter le DIH, comme moyen d'atténuer les souffrances causées par une disponibilité des armes insuffisamment réglementée.

##### *a) Élaboration du traité sur le commerce des armes*

Depuis 2006, l'Assemblée générale des Nations Unies a maintes fois reconnu que l'absence de normes internationales communes régissant le transfert des armes classiques favorisait les conflits armés, les déplacements de populations, la criminalité et le terrorisme, lesquels mettaient à leur tour en péril la paix, la réconciliation, la sécurité, la stabilité et l'avènement d'un développement socioéconomique durable. En janvier 2010, l'Assemblée générale a décidé de convoquer en 2012 la Conférence des Nations Unies pour un traité sur le commerce des armes, en vue d'élaborer un instrument juridiquement contraignant « établissant les normes internationales communes les plus strictes possibles pour le transfert des armes classiques ».

Pour que le traité sur le commerce des armes soit véritablement efficace, son champ d'application et ses critères relatifs aux transferts doivent être cohérents avec l'objet du traité,

qui est de prévenir les problèmes découlant du commerce non réglementé des armes classiques. Comme l'a expliqué le président du Comité préparatoire dans sa conclusion d'une réunion tenue en mars 2011, l'un des « Buts et objectifs » du traité est de :

*« Contribuer à la paix, à la sécurité et à la stabilité régionales et internationales, en prévenant les transferts internationaux d'armes classiques qui contribuent aux phénomènes suivants ou les favorisent : les souffrances humaines, les violations graves du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, les violations des sanctions, embargos sur les armes et autres obligations internationales imposés par le Conseil de sécurité des Nations Unies, les conflits armés, les déplacements de populations, la criminalité organisée et les actes de terrorisme, mettant ainsi en péril la paix, la réconciliation, la sécurité, la stabilité et l'avènement d'un développement socioéconomique durable [...] »* [traduction CICR].

À ce jour, les positions des États vont d'une lecture exhaustive du champ d'application, réglementant le commerce de toutes les armes classiques, à une lecture plus restreinte se limitant aux sept catégories d'armes définies dans le Registre des armes classiques des Nations Unies. D'autres États souhaitent un champ d'application se situant entre ces deux approches : les sept catégories du Registre des armes classiques des Nations Unies plus les armes légères et de petit calibre, ou alors les sept catégories du Registre des Nations Unies plus les armes légères et de petit calibre ainsi que leurs munitions, ou enfin toutes les armes classiques mais pas leurs munitions. Le projet de texte du 14 juillet 2011, élaboré par le président du Comité préparatoire du traité sur le commerce des armes, répertorie un large éventail de catégories d'armes, de munitions, de composants, de technologies et d'équipements. Pour ce qui est des transactions couvertes par le projet de texte, elles comprennent l'importation, l'exportation, le transfert, le courtage et la production sous licence étrangère des éléments concernés, ainsi que les transferts de technologies.

Les États ont également discuté des critères régissant les transferts d'armes, c'est-à-dire des normes que les États devraient appliquer pour déterminer si autoriser ou non un transfert d'armes. Les critères les plus couramment proposés pour un traité sur le commerce des armes portent sur l'existence d'obligations internationales interdisant expressément les transferts, comme les embargos sur les armes imposés par le Conseil de sécurité des Nations Unies, et sur le risque d'une utilisation finale que les États veulent prévenir. Ce dernier type de critère viserait à faire en sorte que les armes transférées ne servent pas à commettre ou à favoriser des violations du droit international.

#### *b) Critères fondés sur le DIH pour les transferts d'armes*

Le CICR soutient l'élaboration d'un traité sur le commerce des armes complet et juridiquement contraignant, qui établisse des normes internationales communes pour un transfert responsable de toutes les armes classiques et de leurs munitions. Avec la négociation et la mise en œuvre ultérieure d'un tel traité, on disposera d'un moyen décisif de réduire le coût humain de la disponibilité généralisée et insuffisamment réglementée des armes classiques.

Aux termes des Conventions de Genève et du droit coutumier, les États sont tenus de faire respecter le DIH. Cette obligation leur impose de tout mettre en œuvre pour que les armes et les munitions qu'ils transfèrent ne se retrouvent pas dans les mains de personnes susceptibles de les utiliser en violation du DIH. Dans l'Agenda pour l'action humanitaire adopté à la XXVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge de 2003 (résolution 1) et à la XXX<sup>e</sup> Conférence internationale de 2007 (résolution 3), il est souligné que, compte tenu de l'obligation qui incombe aux États de respecter et de faire respecter le DIH, des mesures strictes de contrôle de la disponibilité des armes et munitions s'imposent afin que lesdites armes et munitions ne se retrouvent pas dans les mains de

personnes dont on peut craindre qu'elles ne les utilisent en violation du DIH.

Du point de vue du CICR, le traité sur le commerce des armes devrait refléter l'obligation des États de faire respecter le DIH, en exigeant d'eux a) qu'ils évaluent la probabilité que des violations graves du DIH soient commises à l'aide des armes transférées, et b) qu'ils n'autorisent pas les transferts lorsqu'il y a un risque manifeste que les armes soient utilisées pour commettre de telles violations. Si le traité sur le commerce des armes devait autoriser des mesures moins strictes qu'un refus lorsqu'il y a un risque manifeste que des violations graves du DIH soient commises à l'aide des armes transférées, cela compromettrait sérieusement son objectif humanitaire.

Les différences au niveau des obligations incombant aux États au regard du DIH ne devraient pas poser de problème particulier s'agissant de déterminer les critères de DIH à évaluer avant de décider de transférer des armes. Les États qui transfèrent des armes devraient évaluer le risque que des violations « graves » soient commises. Il s'agit de violations sur lesquelles les États ont déjà l'obligation d'enquêter lorsqu'elles sont commises par leurs ressortissants ou sur leur territoire national, ou lorsqu'elles relèvent d'une juridiction universelle en vertu des dispositions relatives aux infractions graves contenues dans les Conventions de Genève de 1949 (articles 50, 51, 130, 147 des Conventions I, II, III et IV, respectivement) et du Protocole additionnel I de 1977 (articles 11 et 85). En droit coutumier, les violations graves du DIH sont considérées comme des crimes de guerre, lesquels sont définis à l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Si tous les États ne sont pas parties au Statut de Rome, la liste des crimes de guerre figurant à l'article 8 sert de référence utile pour les actes que les États considèrent généralement comme des violations graves du droit international coutumier.

Des directives sur la manière d'évaluer systématiquement et objectivement le risque que des violations graves soient commises peuvent s'avérer de précieux outils pour l'application des critères fondés sur le DIH. En 2007, le CICR a publié un *Guide pratique* sur l'application des critères de DIH aux décisions en matière de transferts d'armes. Il présente un ensemble d'indicateurs pouvant servir pour l'évaluation du risque, indique des sources d'information pertinentes et fournit une liste des infractions graves et des crimes de guerre.

### *c) Champ d'application : armes et activités*

Si l'un des objectifs du traité sur le commerce des armes est de prévenir les transferts internationaux d'armes classiques qui contribuent aux souffrances humaines ou les favorisent, il est difficile d'imaginer une arme classique ou un type de transfert qui n'exigerait pas de réglementation. Aussi le CICR estime-t-il que toutes les armes classiques et leurs munitions devraient être couvertes par le champ d'application du traité.

S'il entend remplir véritablement son objectif humanitaire, il est également important que le traité couvre les transferts de munitions. Sans celles-ci, les stocks d'armes classiques ne peuvent pas être utilisés. De plus les réserves de munitions doivent être constamment renouvelées. Conformément au Rapport du Secrétaire général des Nations Unies d'avril 2011 sur les armes légères, « [l]es groupes d'experts chargés de contrôler le respect des embargos sur les armes imposés par le Conseil de sécurité ont constaté une corrélation entre la popularité de certains types d'armes auprès des groupes armés et la disponibilité des munitions correspondantes [...]. À l'inverse, des rapports ont montré que le manque de munitions avait dans certains cas amené les combattants à régler leurs différends par des voies pacifiques. Empêcher les réapprovisionnements dans les situations à haut risque pour les populations civiles devrait être une priorité ». En outre, des recherches ont montré que la grande majorité des États qui réglementent les transferts d'armes font de même pour les transferts de munitions, ce qui démontre que réglementer ces transferts est aussi réalisable que souhaitable.

Le traité devrait couvrir tous les types de transferts au sens des instruments internationaux en vigueur. Celui-ci ne sera véritablement complet et utile que s'il s'applique à des activités telles que le transit, le transbordement, le prêt et la location, ainsi que le courtage et les activités qui lui sont étroitement associées.

En conclusion, l'un des principaux objectifs du traité sur le commerce des armes doit être de réduire le coût humain de la disponibilité des armes en définissant des normes claires pour un transfert responsable des armes classiques et de leurs munitions. Les États, les Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et la société civile ont tous un rôle à jouer avant les négociations du traité sur le commerce des armes en 2012 en ce qu'il leur appartient de sensibiliser l'opinion publique au coût humain des transferts d'armes insuffisamment réglementés et d'encourager les États à adopter un traité complet et fort. La mise en œuvre d'un traité efficace sur le commerce des armes pourrait apporter une contribution essentielle à la réduction des souffrances humaines évitables pendant et après les conflits armés.

## **VI. L'AMALGAME ENTRE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET CADRE JURIDIQUE APPLICABLE AU TERRORISME**

Alors que conflits armés et actes de terrorisme sont des formes de violence différentes régies par des corpus de droit différents, un amalgame constant dans le public fait qu'on en est arrivé à les considérer comme presque synonymes. Le CICR a exposé son point de vue sur la classification juridique de ce qui a été appelé la « guerre contre le terrorisme » et sur le statut juridique des personnes détenues dans des rapports sur « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains » préparés pour la Conférence internationale de 2003 puis celle de 2007. Ce chapitre présente une brève description des raisons juridiques, politiques et pratiques pour lesquelles il ne paraît pas judicieux de faire un amalgame entre conflits armés et terrorisme ou entre les régimes juridiques qui régissent respectivement ces formes de violence.

### **1) Effets juridiques et politiques**

Il existe plusieurs distinctions importantes entre les cadres juridiques applicables aux conflits armés et au terrorisme, fondées essentiellement sur la réalité différente que régit chacun de ces cadres. La principale est que, en termes juridiques, un conflit armé est une situation dans laquelle certains actes de violence sont autorisés (licites) et d'autres sont interdits (illicites), alors que *tout* acte de violence désigné comme « terroriste » est toujours illicite. Comme déjà mentionné, le but ultime des opérations militaires est de l'emporter sur les forces armées de l'ennemi. C'est pourquoi il est permis – ou, du moins, il n'est pas interdit – aux parties d'attaquer les objectifs militaires de la partie adverse. La violence dirigée contre ces objectifs n'est pas interdite en DIH, qu'elle soit infligée par une partie étatique ou non étatique au conflit. Les actes de violence contre des personnes ou des biens civils, en revanche, sont illicites parce qu'un des principaux buts du DIH est de protéger la population et les biens civils contre les effets des hostilités. Ainsi, le DIH réglemente aussi bien des actes de violence licites que des actes de violence illicites, et c'est la seule branche du droit international qui ait ce double objet.

Il n'existe pas de dichotomie similaire dans les règles internationales régissant les actes de terrorisme. La caractéristique fondamentale de tout acte juridiquement qualifié de « terroriste » par le droit international ou la législation nationale est qu'il est toujours

criminalisé : aucun acte de violence juridiquement désigné comme « terroriste » n'est, ou ne peut être, exempt de poursuites pénales. Le code actuel des infractions terroristes comprend 13 conventions dites « sectorielles » adoptées au niveau international et qui définissent des actes de terrorisme spécifiques. Il existe aussi un projet de Convention globale sur le terrorisme international qui est en négociation aux Nations Unies depuis plus de dix ans<sup>27</sup>. Les instruments actuellement en vigueur définissent près de cinquante infractions, dont une dizaine de crimes contre l'aviation civile, seize contre la navigation maritime ou les plates-formes continentales, une douzaine contre les personnes, sept impliquant l'emploi, la possession ou la menace d'emploi de « bombes » ou de matières nucléaires, et deux concernant le financement du terrorisme.

Les régimes juridiques régissant les conflits armés et le terrorisme diffèrent aussi en ce que seul le DIH est fondé sur la notion d'égalité des droits et des obligations des parties à un conflit armé (pour mémoire, l'égalité des droits et des obligations selon le DIH ne signifie pas que la législation nationale prévoit la même égalité entre les parties à un conflit armé non international). Ainsi, c'est en toute égalité qu'il est interdit à chaque partie à un conflit armé de lancer des attaques directes contre des civils ennemis, mais qu'il ne lui est pas interdit de lancer des attaques contre les objectifs militaires de l'adversaire. À l'évidence, le même principe ne s'applique pas aux actes de terrorisme.

Une raison cruciale de ne pas faire d'amalgame juridique entre conflits armés et actes de terrorisme est que le cadre juridique régissant les conflits armés interdit déjà la plupart des actes qui seraient qualifiés de « terroristes » s'ils étaient commis en temps de paix. Le DIH i) interdit, en tant que crimes de guerre, les actes spécifiques de terrorisme perpétrés dans le cadre d'un conflit armé, et ii) interdit également, en tant que crimes de guerre, divers autres actes qui seraient généralement considérés comme « terroristes » s'ils étaient commis en dehors d'un conflit armé.

i) Le « terrorisme » est expressément interdit par l'article 33 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève ainsi que par l'article 4.2.d) du Protocole additionnel II. Dans le premier cas, l'interdiction vise à protéger les civils qui se trouvent *au pouvoir d'un adversaire* dans un conflit armé international. Dans le second cas, l'interdiction vise à protéger les personnes ne participant pas – ou ne participant plus – directement aux hostilités qui se trouvent également au pouvoir d'un adversaire, mais dans un conflit armé non international. L'emplacement et la portée des deux dispositions indique clairement que le but est d'empêcher qu'une partie à un conflit armé puisse terroriser les civils qui sont sous son contrôle, notamment en leur infligeant des punitions collectives.

En outre, les articles 51.2 du Protocole additionnel I et 13.2 du Protocole additionnel II interdisent spécifiquement les actes de terrorisme *dans la conduite des hostilités*, en prévoyant que « [s]ont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile ». Le TPIY a statué, dans l'arrêt *Galic* de 2006, que cette interdiction est non seulement contraignante à titre de règle de droit conventionnel, mais a également un caractère coutumier.

ii) Élément peut-être plus important encore que le fait que le DIH interdise certains actes de terrorisme, la plupart de ses règles « courantes » sur la conduite des hostilités interdisent des actes qui seraient considérés comme « terroristes » s'ils étaient commis en dehors d'un contexte de conflit armé.

---

<sup>27</sup> La relation entre la définition des actes considérés comme terroristes selon le projet de Convention globale et les actes commis dans le cadre d'un conflit armé est l'un des points de désaccord qui retardent la conclusion des négociations. Le CICR juge important que la clause d'exclusion concernée n'affaiblisse pas le DIH.

Comme déjà indiqué, le principe de distinction est la pierre angulaire de toutes les autres règles de DIH régissant la conduite des hostilités. Aux fins de démontrer pourquoi il ne faut pas estomper la démarcation entre les régimes juridiques régissant les conflits armés et le terrorisme, il convient de rappeler que, en vertu du principe de distinction, le DIH des conflits armés internationaux comme celui des conflits armés non internationaux interdisent absolument les attaques directes et délibérées contre des civils. Cette interdiction – dont l'interdiction de la terrorisation examinée plus haut est une expression spécifique – est également une norme de DIH coutumier, et sa violation constitue un crime de guerre.

Outre les attaques directes et délibérées, le DIH interdit les attaques menées sans discrimination et les attaques disproportionnées, dont les définitions ont déjà été examinées dans d'autres sections de ce rapport.

Comme les personnes civiles, les biens de caractère civil (définis en DIH comme « tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires ») ne peuvent pas être la cible d'attaques directes et délibérées. En cas de doute quant à la question de savoir si un bien normalement destiné à un usage civil – tel qu'une maison ou une école – est utilisé pour apporter une contribution effective à l'action militaire, devenant ainsi un objectif militaire, la présomption doit être qu'il ne l'est pas.

Si, comme cela a été mentionné plus haut, le DIH régit (et interdit) les actes de violence contre les personnes civiles et les biens de caractère civil dans un conflit armé, il permet en revanche, ou du moins n'interdit pas, les attaques contre des combattants ou des objectifs militaires. Ces actes constituent l'essence même d'un conflit armé et, en tant que tels, ne devraient pas être juridiquement définis comme « terroristes » dans une autre branche du droit international. Les définir ainsi impliquerait que ce sont des actes prohibés qui doivent être érigés en crimes dans cet autre cadre juridique international. Et ceci serait en contradiction avec la réglementation dichotomique des actes de violence qui est une caractéristique fondamentale du DIH.

Il est important de noter que les règles relatives à la conduite des hostilités qui interdisent les attaques contre des personnes civiles ou des biens civils, comme indiqué plus haut, s'appliquent également dans les conflits armés non internationaux. Il existe toutefois une différence juridique capitale entre les conflits armés internationaux et non internationaux. En DIH, il n'y a pas de statut de « combattant » ou de « prisonnier de guerre » dans un conflit armé non international. La législation nationale des États interdit et criminalise la violence perpétrée par des personnes privées ou des groupes, y compris tous les actes de violence qui seraient commis au cours d'un conflit armé. Une partie non étatique n'a donc aucunement le droit, selon la législation nationale, de prendre les armes et de s'engager dans des hostilités contre les forces armées d'un adversaire gouvernemental (l'essence du statut de combattant), non plus qu'il ne peut s'attendre à ce que l'immunité de poursuites lui soit accordée pour des attaques contre des objectifs militaires (l'essence du privilège du combattant). En d'autres termes, dans le cadre d'un conflit armé non international, tous les actes de violence perpétrés par un groupe armé non étatique organisé sont communément interdits et généralement punis sévèrement par la législation nationale, qu'ils soient ou non licites au regard du DIH.

L'interaction entre le DIH et les droits de l'homme dans un conflit armé non international mène ainsi à une situation dans laquelle les membres de groupes armés non étatiques risqueront probablement des peines sévères selon la législation nationale même pour des actes de violence qui ne sont pas interdits par le DIH (par exemple les attaques contre des objectifs militaires). Cette contradiction intrinsèque entre les deux cadres juridiques explique en partie pourquoi les groupes armés non étatiques font souvent peu de cas des règles de DIH, notamment de celles qui interdisent les attaques contre des personnes et des biens civils. Ils n'ont aucune motivation juridique précise à respecter le DIH puisque, s'ils sont

capturés par le gouvernement, ils encourent une peine aussi sévère s'ils ont combattu conformément aux lois et coutumes de la guerre – et respecté les personnes civiles et les biens de caractère civil – que s'ils ont violé les règles.

Les rédacteurs des traités de DIH avaient tout à fait conscience du problème, et incorporèrent dans le Protocole additionnel II certaines dispositions visant à remédier au déséquilibre qui se crée entre les belligérants d'un conflit armé non international du fait de la législation domestique. L'article 6.5 du Protocole précise: « À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues. »

Ceci est également une règle de droit coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux, grâce à la pratique de plusieurs États qui accordèrent des amnisties après de tels conflits, que ce soit au moyen d'accords spéciaux, d'une loi ou d'autres mesures. Le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies, ainsi que d'autres organes des Nations Unies et organes régionaux, ont également encouragé ou accueilli favorablement les amnisties accordées par des États à la fin de conflits armés. Pour rappel, les amnisties auxquelles il est fait référence ne portaient pas sur des crimes de guerre (ou d'autres crimes au regard du droit international tels que le génocide et les crimes contre l'humanité) qui auraient pu être commis dans le cadre de conflits armés non internationaux, car ce serait contraire à l'obligation qui incombe aux États d'enquêter sur de tels actes et d'en poursuivre les auteurs.

L'interface entre droit international et législation nationale engendre ainsi une situation juridique asymétrique qui est défavorable au respect du DIH par les groupes armés non étatiques. Il est permis de penser que le fait d'ajouter une strate supplémentaire d'incrimination, c'est-à-dire de désigner comme « terroristes » des actes commis dans le cadre d'un conflit armé qui ne sont pas interdits par le DIH, réduit encore plus les chances d'obtenir que ces règles soient respectées. Comme cela a été expliqué plus haut, la législation nationale interdit les attaques contre des objectifs militaires par des acteurs non étatiques. Il devient très difficile, sur le plan juridique (et politique), d'accorder des amnisties ou tout autre moyen de reconnaître le comportement de groupes qui se sont efforcés de combattre dans le respect des lois de la guerre une fois que les actes de ces groupes sont qualifiés de « terroristes ». En ce qui concerne les attaques contre des civils et des biens de caractère civil, elles sont déjà interdites aussi bien par le DIH (crimes de guerre) que par la législation nationale. On ne voit donc pas bien quel avantage juridique il y aurait à leur ajouter la qualification d'actes « terroristes », étant donné les interdictions suffisantes déjà prévues dans les deux cadres juridiques existants.

Si cette appellation de « terroristes » résulte de décisions stratégiques ou politiques visant à discréditer des adversaires non étatiques en les qualifiant ainsi, cela risque de faire obstacle ultérieurement aux négociations de paix ou à la réconciliation nationale indispensables pour mettre fin à un conflit et assurer la paix.

Il ressort de ce qui précède que, dans le contexte d'un conflit armé, l'expression « acte terroriste » ne devrait être utilisée que pour qualifier les quelques actes spécifiquement désignés en tant que tels dans les traités de DIH. Elle ne devrait pas être appliquée à des actes qui sont licites ou ne sont pas interdits au regard du DIH. S'il y a un chevauchement entre le DIH et la législation nationale s'agissant de l'interdiction des attaques contre la population civile et les biens de caractère civil, il apparaît que, dans l'ensemble, il y a plus d'inconvénients que d'avantages à qualifier en outre ces actes de « terroristes » lorsqu'ils sont commis dans des situations de conflit armé (que ce soit selon le cadre juridique international pertinent ou la législation nationale). Ainsi, à l'exception de quelques actes de terrorisme spécifiques susceptibles de se produire dans un conflit armé, il

apparaît que l'expression « acte terroriste » devrait être réservée à des actes de violence commis en dehors d'un conflit armé.

## 2) Effets pratiques

La désignation de « terroriste » appliquée à un groupe armé non étatique partie à un conflit armé non international signifie que ce groupe sera vraisemblablement inscrit sur les listes d'organisations terroristes prosrites qui sont tenue par les Nations Unies, des organisations régionales et des États. Dans la pratique, cette situation peut avoir des répercussions catastrophiques sur l'action des organisations humanitaires, notamment, qui mènent des activités d'assistance, de protection et autres dans des zones de guerre. Elle est susceptible de donner un statut de criminels à divers acteurs humanitaires et à leur personnel, et de créer des obstacles au financement de l'action humanitaire.

La voie juridique par laquelle ces effets peuvent être produits est l'ensemble de lois et de politiques, adoptées aussi bien au niveau international que national, visant à supprimer le financement du terrorisme. La résolution 1373 du Conseil de Sécurité, datée de 2001, illustre les risques que présente pour l'action humanitaire la criminalisation sans réserve de toutes les formes d'« appui » ou de « services » apportés à des terroristes. La résolution exige des États notamment ce qui suit :

*« Interdire à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes [...] [impliquées dans] des actes de terrorisme [ou] d'entités [...] contrôlées [...] par elles [...] [et également de s'abstenir] d'apporter quelque forme d'appui que ce soit, actif ou passif, aux entités ou personnes impliquées dans des actes de terrorisme [...] ».*

En mettant en œuvre des dispositions internationales à l'échelon national, certains gouvernements ont érigé en crime le fait de fournir un « appui », des « services » et/ou une « assistance » aux entités ou personnes impliquées dans des actes de terrorisme, et de « s'associer délibérément avec » de telles entités ou personnes. La nature et la portée exactes des crimes varient selon les États. Si certains les délimitent strictement de façon à ce que l'action humanitaire en soit exclue, d'autres ne le font pas. Dans l'ensemble, les dispositions pertinentes sont formulées en des termes assez généraux et peuvent, de ce fait, être interprétées comme incluant toute activité humanitaire qui implique des contacts avec des « personnes ou entités associées au terrorisme ».

L'interdiction, dans la législation pénale, d'actes non précisés d'« appui matériel », de « services » et d'« assistance » à des organisations terroristes ou d'« association » avec de telles organisations pourrait ainsi, dans la pratique, aboutir à la criminalisation des activités essentielles des organisations humanitaires et de leur personnel, activités qui visent à répondre aux besoins des victimes de conflits armés et de situations de violence inférieures au seuil du conflit armé. Au nombre de ces activités figureraient notamment : les visites et l'assistance matérielle à des détenus soupçonnés d'appartenir à une organisation terroriste ou condamnés pour ce chef d'accusation ; le fait de faciliter les visites familiales à ces détenus ; la formation aux premiers secours ; les séminaires de chirurgie de guerre ; la diffusion du DIH auprès des membres de groupes d'opposition armés figurant sur des listes de terroristes ; l'assistance nécessaire pour pourvoir aux besoins essentiels de la population civile dans des régions contrôlées par des groupes armés associés au terrorisme ; et les vastes programmes d'assistance en faveur des déplacés internes, où il peut se trouver des personnes associées au terrorisme parmi les bénéficiaires.

En outre, une criminalisation fondée sur des définitions larges de l'expression « appui ou services » au terrorisme risque d'avoir pour effet que des gouvernements donateurs incorporent des conditions ou des restrictions « anti-terroristes » dans les accords de financement qu'ils concluent. Ce type de clauses de financement peut empêcher la fourniture de services humanitaires tels que ceux qui sont mentionnés ci-dessus, et serait donc *de facto* contraire aux mandats et/ou missions des organisations humanitaires.

Le risque de criminalisation de l'action humanitaire préoccupe le CICR pour les raisons susmentionnées, mais également pour d'autres raisons particulières au mandat et à la mission spécifiques de l'institution.

Fondamentalement, on peut dire que l'éventuelle criminalisation de relations à but humanitaire avec des groupes armés organisés qualifiés d'« organisations terroristes » reflète une non-acceptation de la notion d'action humanitaire neutre et indépendante que le CICR s'efforce de promouvoir dans ses opérations sur le terrain.

En termes juridiques, cette criminalisation serait incompatible avec la lettre et l'esprit du DIH, lequel, dans l'article 3 commun, autorise expressément le CICR à offrir ses services aux parties à un conflit armé non international. Comme cela a déjà été expliqué, celles-ci comprennent également la partie non étatique. Le CICR a l'autorisation et doit, dans la pratique, avoir la liberté d'offrir ses services en faveur de la population civile et d'autres personnes touchées par un conflit armé qui se trouvent au pouvoir – ou dans une zone sous le contrôle – de la partie non étatique. Des dispositions de la législation nationale libellées en termes généraux, ou interprétées au sens large, interdisant les « services » ou l'« appui » au terrorisme pourraient s'avérer un obstacle majeur qui empêcherait le CICR de s'acquitter de son mandat au titre du DIH dans des contextes où des groupes armés parties à un conflit armé non international seraient qualifiés d'« organisations terroristes ». Quant à l'accomplissement du mandat conféré au CICR par les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui prévoient que l'institution peut aussi offrir ses services humanitaires dans des situations de violence autres que les conflits armés, il risquerait lui aussi d'être sérieusement compromis dans des contextes où ces services supposeraient des contacts avec des personnes ou entités associées au « terrorisme ».

On peut aussi faire valoir qu'une criminalisation de l'action humanitaire empêcherait le respect des Principes fondamentaux du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui lient le CICR et les autres composantes du Mouvement.

Le principe de neutralité signifie que le Mouvement « s'abstient de prendre part aux hostilités et, en tout temps, aux controverses d'ordre politique, racial, religieux et idéologique ». Le CICR ou le Mouvement ne pourraient pas respecter ce principe ou être perçus comme le respectant si, en vertu d'une législation ou d'autres mesures anti-terroristes, ils étaient tenus de réserver leurs activités aux personnes d'un seul camp dans un conflit armé ou une autre situation de violence. Les visites du CICR à des lieux de détention dans le monde entier, qui sont prescrites ou permises dans les instruments universellement ratifiés que sont les Conventions de Genève, illustrent une contradiction fondamentale entre l'interdiction de tout « service » ou « appui » énoncée par la législation anti-terroriste et l'application du principe de neutralité sur le terrain. L'institution s'efforce de visiter toutes les personnes détenues dans le cadre d'un conflit armé, à quelque camp qu'elles appartiennent, afin de s'assurer qu'elles sont traitées avec humanité et que leurs autres droits sont également respectés. Ce rôle, qui est largement soutenu par les États, est au cœur du travail du CICR dans le domaine de la détention, mais pourrait cependant être remis en question si les mesures anti-terroristes ne prévoient pas d'exception pour les activités humanitaires.

En vertu du principe d'impartialité, le CICR et les autres composantes du Mouvement ne peuvent faire « aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale et

d'appartenance politique ». Ils sont tenus de « secourir les individus à la mesure de leur souffrance et [de] subvenir par priorité aux détreesses les plus urgentes ». Le libellé très général de la législation anti-terroriste pourrait rendre difficile pour le CICR et les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, par exemple, d'apporter une assistance médicale aux victimes d'un conflit armé et d'autres situations de violence dans le respect du principe d'impartialité. Une interprétation stricte de ce libellé pourrait signifier que les services médicaux aux personnes mises hors de combat par une blessure ou une maladie, ainsi qu'à d'autres personnes sous le contrôle d'une partie non étatique qualifiée de « terroriste », pourraient être interdits en tant qu'appui ou services au « terrorisme ». C'est là un résultat qui mettrait en question l'idée même qui présida à la création du CICR – puis des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge – il y a plus de 150 ans.

En conclusion, il paraît indispensable que les États aient davantage conscience de la nécessité d'harmoniser leurs politiques et leurs obligations juridiques dans les domaines respectifs de l'action humanitaire et de la lutte contre le terrorisme, afin de pouvoir dûment atteindre les objectifs visés dans l'un comme dans l'autre. Il est suggéré à cette fin :

- Que les mesures internationales et nationales adoptées par les gouvernements en vue d'une répression pénale des actes de terrorisme soient conçues de telle façon qu'elles ne fassent pas obstacle à l'action humanitaire. En particulier, la législation créant les crimes d'« appui matériel », de « services » et d'« assistance » à des personnes ou entités impliquées dans le terrorisme ou d'« association » avec de telles personnes ou entités devrait exclure de leur portée les activités qui sont exclusivement de caractère humanitaire et impartial et sont menées sans aucune discrimination.
- S'agissant plus particulièrement du CICR, qu'il soit reconnu que l'action humanitaire auprès de groupes armés non étatiques est une tâche prévue et attendue de lui en vertu de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, qui lui permet d'offrir ses services aux parties à un conflit armé non international. La criminalisation de l'action humanitaire serait donc contraire à la lettre et à l'esprit des Conventions de Genève, c'est-à-dire qu'une formulation large interdisant « services » et « appui » au terrorisme pourrait mettre le CICR dans l'impossibilité de s'acquitter de son mandat conventionnel (et statutaire) dans des contextes où les groupes armés parties à un conflit armé non international seraient qualifiés d'« organisations terroristes ».