



CICR

La participation directe aux hostilités en droit international humanitaire

**Rapport préparé par le Comité International de la Croix-Rouge
Genève, septembre 2003**

Compte-rendu sommaire

La participation directe aux hostilités en droit international humanitaire

Introduction

Le 2 juin 2003, le Comité International de la Croix-Rouge a organisé, conjointement avec l'Institut TMC Asser, un séminaire informel d'experts d'une journée intitulé "La participation directe aux hostilités en droit international humanitaire". Cette réunion, tenue à l'Institut TMC Asser à la Haye, a rassemblé près de 50 experts militaires et en DIH venant de toutes sortes de contextes géographiques et professionnels, ainsi que des représentants du CICR et de l'Institut TMC Asser (l'ordre du jour du séminaire est joint au présent compte-rendu).

Avant la réunion, les participants avaient reçu un document de travail approfondi offrant une vue d'ensemble des questions juridiques en suspens liées à la participation directe aux hostilités en DIH, et exposant les diverses positions actuellement adoptées par la doctrine ou la pratique des Etats sur chacun des sujets à l'ordre du jour.¹ Afin de faciliter la réflexion avant la réunion - conçue comme une séance de remue-méninges - ce document de travail incluait également une liste préliminaire de questions pour chaque sujet. Outre ces questions ponctuelles, les participants ont également été explicitement invités à exprimer leur avis sur trois questions générales:

1. Serait-il utile et nécessaire de clarifier la notion de "participation directe aux hostilités" en droit international humanitaire?
2. Si oui, quel type de clarification serait le plus utile, à savoir une définition juridique générale ou bien une autre approche?
3. De quelle manière le travail de clarification du concept de "participation directe", si on le jugeait utile et nécessaire, devrait-il progresser?

Le présent rapport a pour but de présenter un résumé des débats et des résultats du séminaire informel d'experts. Pour des raisons de clarté, il reprendra l'ordre du déroulement de la réunion et présentera: I) une vue d'ensemble du droit applicable, II) les défis actuels posés par la notion de "participation directe aux hostilités", III) les conséquences juridiques d'une "participation directe", et IV) les futures étapes.

¹ Le document de travail, rédigé par Jean-François Quéguiner à titre personnel, n'exprime pas et n'envisage pas d'exprimer la position institutionnelle du Comité International de la Croix-Rouge ou de l'Institut TMC Asser sur les divers sujets abordés.

I. Vue d'ensemble du droit applicable

La première séance de la réunion fut centrée sur le droit applicable à la "participation directe" aux hostilités. Les participants ont souligné que la détermination du statut des civils participant directement aux hostilités ainsi que des normes régissant leur protection était une préoccupation constante traversant toute l'histoire de la codification du droit international humanitaire. Ils ont jugé important de ne pas perdre de vue la signification initiale de cette notion, ni ses racines historiques, afin de garantir une approche cohérente; par conséquent, ils ont relevé que les débats ne devaient pas se limiter aux termes utilisés uniquement dans les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève, mais devaient également inclure l'évolution historique des dispositions des traités pertinents ainsi que l'évolution du droit coutumier sur ce point.

Sur la base de cette perspective historique, les participants ont considéré la différence qu'il pouvait y avoir, le cas échéant, entre les notions de participation "active" et "directe" aux hostilités. Bien que l'expression "participation active aux hostilités" utilisée à l'article 3 commun aux Conventions de Genève se soit transformée en "participation directe aux hostilités" dans le texte des Protocoles additionnels de 1977, le Commentaire du Protocole additionnel I (confirmé par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda) considère ces deux formulations juridiques comme synonymes.² Le Comité préparatoire pour la création d'une Cour Pénale Internationale, d'un autre côté, semble considérer ces deux notions comme distinctes, du moins dans le contexte spécifique du recrutement des enfants. Le Comité préparatoire affirmait en effet: *"Les termes 'using' et 'participate' ont été adoptés pour couvrir tant la participation directe aux combats que la participation active aux activités militaires liées aux combats"*.

Certains participants au séminaire ont été d'avis que la dichotomie entre participation "active" et "directe" pourrait servir de base pour distinguer entre deux groupes de civils: ceux qui contribuent de plus en plus aux opérations de soutien militaire, et les civils "purs", tels que les enfants, qui doivent être protégés en toutes circonstances et être totalement dissociés de toute activité liée aux opérations militaires. Les civils appartenant au premier groupe pourraient être considérés comme participant activement aux hostilités et donc être soumis au régime juridique spécifique prévu par les Protocoles additionnels, tel que la perte de protection générale contre les attaques. Cette proposition n'a pas recueilli une approbation unanime. Certains participants ont estimé qu'une distinction entre ces deux catégories serait difficile à mettre en œuvre dans une situation de conflit armé. En outre, ils ont déclaré que le fait de traiter certains civils comme étant plus "civils" que d'autres pourrait finir par saper la protection générale accordée aux civils en tant que tels.³

La discussion a ensuite abordé l'identification des actes spécifiques susceptibles de relever de la notion de "participation directe" aux hostilités. L'accord a été général pour dire que les civils qui attaquent ou tentent de capturer des membres des forces armées ennemies ou leurs armes, équipements ou positions, ou qui posent des mines ou sabotent des lignes de communication militaire devraient être considérés comme participant directement aux hostilités. Dans le même ordre d'idées, aucune opposition n'a été exprimée à l'encontre de la thèse selon laquelle la collecte d'informations à des fins militaires constituerait également, dans certaines circonstances, une participation directe aux hostilités. De même, aucune objection n'a été avancée contre la proposition selon laquelle les civils travaillant dans des dépôts et des cantines distribuant de la nourriture et des vêtements aux forces armées ou dans des usines produisant des plateformes d'armes ne

² TPIR, *Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu*, Dossier n° ICTR-96-4-T, Décision du 2 septembre 1998, § 629.

³ Pour des raisons de commodité, le présent document n'utilisera que le terme de participation "directe" aux hostilités, plutôt que le terme de participation "active". Ce choix a été opéré pour des raisons purement pratiques et ne doit pas être interprété comme préjugant d'aucune des positions exprimées.

devraient, en principe, pas être considérés comme participant directement aux hostilités. D'autres exemples ont été cités.

En revanche, des discussions intenses ont eu lieu sur la qualification d'un certain nombre de situations ambiguës, telles que celle d'un civil conduisant un camion de munitions dans une zone de combats. Cet exemple a été cité tout au long des débats parce qu'il était jugé symptomatique des questions nombreuses et complexes générées par la notion de "participation directe" aux hostilités. Tout en convenant que le camion lui-même était de toute évidence un objectif militaire, les participants ne se sont cependant pas entendus sur la licéité d'une attaque qui viserait directement le chauffeur. Certains ont estimé que ce dernier ne pouvait pas être directement pris pour cible et que la légalité d'une attaque quelconque contre le camion, si elle blessait le chauffeur civil, devait être considérée selon le principe de proportionnalité. D'autres ont estimé que le chauffeur civil avait perdu le bénéfice de la protection contre les attaques pour la période pendant laquelle il participait ainsi aux hostilités et qu'il pouvait être pris pour cible en l'absence de tout autre moyen de stopper la livraison de munitions. Un expert a été d'avis que le chauffeur avait définitivement perdu sa protection générale contre toute attaque et pouvait donc être licitement pris pour cible, même à son domicile.

D'autres situations ambiguës ont également été débattues. Certains experts ont relevé que la possession d'armes ne pouvait pas constituer une "participation directe aux hostilités" en tant que telle, du fait que le droit international humanitaire permet à certaines catégories de non combattants de porter des armes (par ex. le personnel appartenant à des unités et établissements sanitaires). D'autres ont souligné que le port d'une arme pouvait malgré tout être pertinent dans certaines circonstances, comme le démontre l'interprétation de la notion "d'intention hostile" dans les règles d'engagement de plusieurs forces armées.

Pour ne citer quelques-unes des autres situations peu claires également mentionnées, il a été noté que le bombardement de stations de radio ou de télévision – impliquant que ces sites ont une certaine valeur stratégique – aboutit à la question troublante de savoir si le rôle et/ou les activités des journalistes dans le cours des hostilités pourraient, dans certaines circonstances, être considérés comme une "participation directe aux hostilités". Dans le même ordre d'idées, le statut des autorités politiques a été jugé comme pouvant être problématique, vu qu'il s'agit ordinairement de civils (sauf s'ils sont également membres des forces armées), mais que certaines de leurs activités pourraient être considérées comme contribuant directement ou indirectement aux hostilités. Un autre exemple cité a été celui du statut d'un bouclier humain "volontaire". Les participants ont conclu qu'un plus ample travail restait à faire pour déterminer la qualification juridique exacte du chauffeur de camion susmentionné, ainsi que celle des autres individus impliqués dans des situations ambiguës.

De l'avis des participants, le futur travail de clarification de la notion de participation directe aux hostilités devrait viser à formuler une définition générale de la participation directe, accompagnée par une liste non exhaustive d'exemples. Bien qu'une écrasante majorité de participants ait soutenu l'idée de l'établissement d'une liste non exhaustive, la plupart ont également clairement estimé qu'un tel exercice ne devait pas être une fin en soi. Toute liste éventuelle devrait être utilisée pour identifier des critères pouvant être appliqués sur le champ de bataille ainsi qu'à titre d'illustration de la définition générale.

En vue de compiler une telle liste, il a été suggéré que la première étape consiste à identifier les actes jugés non ambigus aux deux extrémités du spectre de la participation (actes constituant une participation directe d'une part, et actes ne tombant de toute évidence pas dans le cadre de cette notion d'autre part), et à déduire de cette liste des critères abstraits sur la base desquels un acte pourrait être classé comme relevant de l'une ou de

l'autre catégorie. Ensuite, il a été suggéré que la définition générale soit alors précisée en y confrontant des cas ambigus.

Quelle que soit la méthode choisie en dernière analyse pour clarifier la notion de "participation directe", le contenu des débats a fait ressortir trois critères fondamentaux considérés par les experts comme essentiels à tout travail futur. Selon la quasi-totalité des participants, un processus de clarification devrait:

- (a) veiller au respect des règles fondamentales du droit international humanitaire, en particulier du principe général de distinction, qui ne doit être sapé en aucune circonstance;
- (b) tenir compte des aspects pratiques relatifs à la mise en œuvre de la notion de participation directe, y compris les moyens disponibles pour déterminer si un civil participe directement aux hostilités;
- (c) s'assurer que toute définition éventuelle soit compatible, entre autres, avec les règles du droit pénal international, afin de garantir son applicabilité à tous les régimes juridiques pertinents.

Tout en acceptant qu'une définition de la participation directe aux conflits armés internationaux aurait une fonction importante pour déterminer la participation directe à des conflits armés non internationaux, certains experts ont néanmoins relevé que la définition de cette notion ne devrait pas nécessairement être identique dans les deux contextes. Ils ont souligné l'importance particulière du droit national, ainsi que des droits de l'homme, dans les conflits armés non internationaux.

II. Défis actuels: le droit correspond-il à la réalité?

La deuxième session a été consacrée à la notion de "participation directe aux hostilités" dans le contexte des conflits armés contemporains. Les participants ont convenu que l'évolution récente des théories stratégiques et de la pratique militaire avaient clairement eu un impact sur la signification de la "participation directe". Ils ont relevé, par exemple, que la disparition progressive du champ de bataille au sens traditionnel du terme par suite de nouvelles méthodes de conduite de la guerre rendait inopérantes les définitions fondées sur la proximité géographique d'une personne par rapport à une zone de combat. Cette évolution a également été illustrée par le fait que certains pays s'appuient de plus en plus sur des moyens de combat technologiquement avancés entraînant souvent une guerre asymétrique.

Un expert a expliqué de quelle manière un certain nombre de facteurs – notamment la dépendance des armées modernes envers la technologie, combinée à une réduction des budgets militaires et à la rentabilité relative des entreprises privées – avait amené certains pays à sous-traiter une partie de leurs activités militaires. Bien souvent, les contrats de vente d'armes, par exemple, ne sont plus limités à la simple acquisition d'une arme mais incluent, même au cours d'un conflit armé, la maintenance et le fonctionnement du système par les employés civils du vendeur. Ce genre d'accords soulève des questions légitimes sur le statut des employés en question.

Alors que les civils ont toujours soutenu les forces armées sous une forme ou sous une autre, de nouveaux développements ont placé les employés civils de ces forces armées à des postes vitaux pour le succès des opérations de combat. Le chauffeur de camion civil mentionné dans la première session a donc été remplacé, dans les discussions ultérieures, par l'expert informatique civil situé dans un endroit éloigné et participant à une opération militaire intégrée, par exemple, en compilant et en interprétant des données informatiques, y

compris aux fins de vérifier la nature militaire d'une cible potentielle. Cet exemple, et d'autres, ont provoqué de nombreuses observations et fait apparaître une divergence de vues manifeste. Comme dans la première session, la discussion a tourné autour de la signification relative donnée aux notions de combattant et de civil:

- Un groupe de participants a tenté de créer des sous-catégories pour les différents types de civils pouvant être considérés comme des cibles légitimes. Certains ont suggéré que l'appartenance à une structure militaire pouvait, par exemple, être une raison suffisante pour justifier d'être pris pour une cible légitime d'attaques. D'autres, en revanche, ont jugé insuffisant ce critère "organique" et ont relevé que cette approche aboutirait à des aberrations, telles que le fait de traiter les résidents d'un collège militaire comme des cibles légitimes. Bien que la notion de "quasi-combattant" ait été unanimement rejetée, une approche "fonctionnelle", dépendant du type d'activité entreprise par le civil, a été proposée, mais pour finir par être - elle aussi - réfutée en raison de son manque de commodité pratique. Certains participants ont estimé qu'il s'avérerait difficile de distinguer entre un employé des systèmes d'armement et un cuisinier nourrissant les forces armées si l'un comme l'autre portent l'uniforme.
- Une deuxième école de pensée s'est opposée à la création de sous-catégories de civils susceptibles d'être pris pour cibles. Répétant les doutes émis lors de la première session quant à la création d'une dichotomie entre civils, il a été affirmé que l'établissement de groupes intermédiaires aurait une incidence négative sur la mise en œuvre du principe de distinction. Notant le danger à appliquer les mêmes critères à un fournisseur de systèmes d'armement civil et au cas déjà mentionné du chauffeur de camion civil, les participants ont souligné que des discussions similaires avaient déjà eu lieu lors des négociations du Protocole additionnel I et que ce débat avait été tranché en recourant à la notion définie de "forces armées". C'est pourquoi ils concluaient qu'il n'était pas nécessaire de créer de nouvelles catégories juridiques. Un expert a néanmoins fait observer que le fait de se fonder uniquement sur la notion de (membre des) forces armées ne résoudrait pas tous les problèmes, puisque ce concept embrasse de nombreuses sous-catégories juridiques et, de plus, n'est pertinent que dans le contexte des conflits armés internationaux.
- Enfin, certains experts ont été d'avis que la notion de civils qui accompagnent les forces armées sans en être membres – visée à l'article 4(A) § 4 de la troisième Convention de Genève – pourrait éventuellement apporter une solution à cette question difficile.

Dans ce contexte, la notion d'attaque contre les réseaux informatiques (Computer Network Attack, CNA) – définie à titre provisoire comme des opérations visant à perturber, bloquer, dégrader ou détruire des informations résidant dans des ordinateurs et des réseaux informatiques, ou ces ordinateurs et réseaux eux-mêmes⁴ - a été brièvement discutée. Aucune objection n'a été soulevée à l'encontre de l'idée qu'une CNA pourrait équivaloir à une attaque armée même si elle n'impliquait pas le recours à la force cinétique. Il a été souligné que le facteur déterminant était les conséquences réelles ou potentielles d'une attaque et non les moyens ou les méthodes utilisés.

Aucune opposition n'a été enregistrée non plus à l'encontre de l'hypothèse selon laquelle une CNA relèverait du DIH si elle s'inscrivait dans le cadre d'un conflit "classique" ou d'une cyber-guerre où les blessures, les dommages ou les destructions étaient intentionnels

⁴ Pour une définition de la CNA et les références pertinentes, voir SCHMITT, M., "La guerre par le biais des réseaux de communication: les attaques contre les réseaux informatiques et le *ius in bello*", RIRC, juin 2002, vol. 84 (846), p. 367 (et note 5).

ou prévisibles et atteignaient un niveau d'intensité suffisant pour être qualifiés d'"attaque". Enfin, relevant que la plupart des opérateurs d'ordinateurs sont des civils, les participants ont souligné que la question cruciale demeurait le statut de l'individu procédant à une CNA. La thèse selon laquelle une tentative de neutraliser un réseau ennemi par le biais d'une CNA pouvait être considérée comme une "participation directe aux hostilités" n'a pas été contestée.

Une autre remise en question actuelle de la notion de "participation directe aux hostilités" brièvement mentionnée lors du séminaire découle de la lutte contre le terrorisme. Le débat s'est concentré sur le point de savoir si le recours à la force contre des acteurs non-étatiques de nature transnationale pouvait être qualifié de conflit armé (international ou non international). Un participant a affirmé que bien que les opérations entreprises par des acteurs non étatiques (par exemple le 11 septembre 2001) pouvaient être considérées comme des attaques armées, elles ne pouvaient pas être qualifiées de conflit armé. Ce participant a relevé que les traités de droit international humanitaire existants ne régissent pas la relation entre les Etats et les acteurs transnationaux non étatiques, et a ajouté que les règles régissant l'emploi de la force dans le contexte du maintien de l'ordre peuvent s'appliquer, mais ne conviennent pas toujours au cas d'espèce.

Selon le même expert, les lacunes dans la réglementation juridique en matière de "guerre contre le terrorisme" pourraient éventuellement être comblées par référence au droit de légitime défense, insuffisamment développé. Cette proposition a été contrée par l'idée que la légitime défense est un concept du *jus ad bellum* et non un critère pertinent pour la conduite des hostilités. Au final, les quelques interventions du séminaire qui ont fait explicitement référence à la lutte contre le terrorisme ont essentiellement repris les principales lignes du débat qui ont émergé en la matière depuis le 11 septembre 2001.

La distinction entre participation directe aux hostilités et légitime défense individuelle a également été soulevée lors du débat. Tous les experts qui sont intervenus sur ce sujet ont souligné qu'un civil individuel utilisant une force proportionnée pour répondre à une attaque illicite et imminente dirigée contre lui ou contre ses biens ne devait pas être considéré comme participant directement aux hostilités.

III. Conséquences juridiques de la participation directe aux hostilités

La troisième session fut dévolue à l'analyse des conséquences juridiques de la participation directe aux hostilités en mettant en particulier l'accent sur trois questions: 1) la perte de la protection générale contre les attaques, 2) le régime juridique applicable en cas de capture et 3) l'absence de protection contre des poursuites.

1) Perte de la protection générale contre les attaques (ciblage)

Compte tenu du fait que les combattants ont le droit de participer directement aux hostilités et, de ce fait, ne jouissent pas d'une protection générale contre les attaques, la question a été posée de savoir s'il serait licite de diriger une attaque contre des membres individuels des forces armées pendant qu'ils sont en congés, en vacances ou en missions sans rapport avec le conflit armé. Les experts ont plutôt été d'avis que, puisque les membres des forces armées ont le droit de prendre les armes à tout moment, ils peuvent par conséquent être pris pour cibles dans toutes les circonstances citées plus haut, y compris pendant leur sommeil. En revanche, certains participants ont nuancé cette affirmation en rappelant que le principe du "moindre mal" interdit les attaques contre les personnes si des alternatives moins létales sont disponibles.

Toutefois, la situation a été considérée comme plus complexe en ce qui concerne les civils – portant l'étiquette générique de "combattants illégaux" ou "belligérants non privilégiés" – qui prennent directement part aux hostilités. Selon les articles 51 § 3 du Protocole additionnel I et 13 § 3 du Protocole additionnel II, ces civils perdent leur protection générale contre les attaques, mais uniquement "pendant la durée" de leur participation directe. La manière de déterminer la durée de la participation directe a suscité un débat considérable lors du séminaire. A cet égard, certains participants ont souligné que les phases de planification d'une opération militaire devaient être incluses dans la définition d'une attaque armée. Cependant, la majorité des participants s'est concentrée sur les questions découlant de l'interprétation dite "de la porte tambour", selon laquelle les civils peuvent récupérer l'avantage de la protection contre les attaques dès qu'ils ont posé leurs armes.

Certains experts ont déclaré que la notion de combattant devait recevoir une définition suffisamment large pour inclure les civils participant aux hostilités afin d'éviter la possibilité qu'un individu puisse passer des opérations de combat au statut de civil selon les activités qu'il déploie à un moment donné. Ils ont estimé que ces individus devaient être qualifiés de combattants, "légaux" ou "illégaux" et pouvaient donc toujours être les cibles légitimes d'une attaque. Cette position a été vivement contestée par d'autres qui ont souligné qu'une telle interprétation saperait la protection accordée aux civils par le principe de distinction. Ils ont ajouté que cette interprétation ne pouvait pas être défendue en invoquant la nécessité militaire, du fait que les individus peuvent être neutralisés – par exemple en étant arrêtés – dès le moment où ils ont déposé leurs armes.

Le débat a également couvert l'approche dite "de l'appartenance" aux groupes armés, qui a suscité des positions très divergentes parmi les participants. De manière générale, ceux-ci ont reconnu que même dans les conflits armés internationaux, les personnes qui ne sont pas membres des forces armées au sens de l'article 43 du Protocole additionnel I peuvent malgré tout appartenir à un groupe armé recourant régulièrement à la force militaire. La question a donc été posée de savoir si l'appartenance à un groupe participant directement aux hostilités pouvait être considérée comme un critère suffisant pour perdre la protection générale contre les attaques. Selon bon nombre d'experts, une telle approche ne pourrait se justifier ni sur la base d'une interprétation textuelle des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I, ni sur une analyse de l'histoire législative des dispositions pertinentes.

La situation est moins nette dans le contexte d'un conflit armé non international. En l'absence d'une définition des termes de "combattant" ou de "forces armées", certains experts ont souligné qu'il était possible d'invoquer des arguments juridiques supplémentaires ainsi que des justifications pratiques pour maintenir une approche collective dans ce contexte. Ils ont suggéré par exemple que l'appartenance à une organisation militaire pourrait entraîner la perte de la protection générale contre les attaques tant que l'organisation fonctionne comme une unité militaire. Quelques experts ne soutenant pas l'approche de l'appartenance ont suggéré qu'une alternative pourrait consister à se fonder sur la notion de "conspiracy" (association de malfaiteurs) selon le *common law*. Cette idée n'a pas été creusée; un expert s'est contenté de relever que cette notion pourrait avoir une portée extrêmement vaste.⁵

⁵ La notion de "conspiracy" peut être définie comme "une combinaison ou association entre deux ou plusieurs personnes formée aux fins de commettre, par leurs efforts conjoints, un acte illicite ou criminel, ou un acte licite en soi, mais devenant illicite s'il est effectué par l'action concertée des auteurs, ou aux fins d'utiliser des moyens criminels ou illicites pour commettre un acte non illicite en soi"; cf. *BLACK'S Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul, sixième édition, 1990, p. 309. Sur la base de la jurisprudence adoptée par les tribunaux des Etats-Unis, le dictionnaire ajoute (p. 310) que "une 'conspiracy' peut être prolongée; des acteurs peuvent la quitter, et d'autres s'y joindre; les détails de l'opération peuvent changer d'un moment à l'autre; les membres ne doivent pas nécessairement se connaître ni connaître le rôle joué par les autres; chaque membre n'a

Les experts ont convenu que les combattants pouvaient entreprendre des attaques licites impliquant le recours à la force militaire dans le contexte d'un conflit armé et que dans d'autres situations – y compris les tensions internes et les troubles intérieurs – les règles traditionnelles du maintien de l'ordre régissaient le recours à la force létale, y compris celle utilisée pour la légitime défense individuelle. En revanche, certains participants ont mis en lumière que les normes régissant le recours à la force dans les situations d'occupation différaient de celles applicables aux situations de violence interne. Ils ont relevé que le moment précis où le niveau des hostilités est susceptible de déclencher l'application des règles sur la conduite des hostilités dans une situation d'occupation était flou et que, au moins selon l'esprit de la quatrième Convention de Genève, les puissances occupantes étaient en général censées assurer la sécurité par le biais de mesures relevant du maintien de l'ordre (arrestation, internement et jugement pour crimes). A cet égard, un expert s'est demandé si de nouvelles règles étaient nécessaires, puisque le droit de l'occupation avait été rédigé pour des périodes transitoires alors que la pratique a démontré que de telles situations pouvaient durer des décennies.

2) Régime juridique applicable en cas de capture

Le régime juridique applicable à la capture et à la détention de civils ayant directement participé aux hostilités a soulevé quelques questions difficiles, notamment concernant le champ d'application de la quatrième Convention de Genève. Certains experts – se fondant notamment sur les *travaux préparatoires* de la quatrième Convention et sur une interprétation littérale des articles 50 § 1 et 45 § 3 du Protocole additionnel I – ont estimé que les personnes qui ne relèvent pas du champ d'application de la troisième Convention de Genève étaient nécessairement protégées par la quatrième Convention (sous réserve que la condition de nationalité visée à l'article 4 de la IV^{ème} CG soit satisfaite). Selon eux, l'engagement éventuel des civils dans des actes de violence (en tant que saboteurs, par exemple) est implicitement reconnu par certaines dispositions de la quatrième Convention de Genève, y compris les articles 5 et 68. D'autres, en revanche, ont contesté cette interprétation en affirmant que les civils participant directement aux hostilités constituaient *de facto* une catégorie "intermédiaire" qui n'était couverte par aucune des deux Conventions susmentionnées.

Mais même ceux qui ont récusé l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève aux civils participant directement aux hostilités ont reconnu qu'aucun individu ne pouvait être laissé sans protection. Un accord général s'est formé sur le fait que l'article 75 du Protocole additionnel I, au minimum, couvre les individus capturés dans le contexte d'un conflit armé international. En outre, bon nombre d'experts ont été d'avis que toute personne, capturée dans un conflit armé international ou non international ou dans toute autre situation, est protégée par les droits indérogeables des droits de l'homme. A cet égard, il a été noté que si la règle de la *lex specialis* pouvait être interprétée comme réglant l'interaction entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire dans le contexte de la conduite des hostilités, tel n'était pas le cas pour le droit applicable à la protection des individus tombés aux mains de l'ennemi.

La question de la relation entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire a également été mentionnée dans le contexte spécifique de l'internement de civils. Aucun des experts n'a contesté le fait que l'internement pouvait être l'une des conséquences juridiques et pratiques de la participation directe de civils aux hostilités. De même, aucun n'a contesté qu'une telle mesure ne pouvait être prise que si elle était rendue

pas besoin de connaître tous les détails du plan ou des opérations; il doit cependant connaître le but de l'association et accepter de faire partie d'un plan visant à atteindre ce but".

absolument nécessaire par la sécurité de l'Etat et que si cette sécurité ne pouvait pas être garantie par l'application de moyens moins rigoureux.

Toutefois, la discussion n'a pas vraiment porté sur la nature des activités qui seraient considérées comme préjudiciables à la sécurité intérieure ou extérieure d'un Etat au point de justifier une privation de liberté, mais plutôt sur l'étendue des droits en cas d'internement. Certains participants ont suggéré que les dispositions de l'article 5 de la quatrième Convention de Genève ne pouvaient plus être lues aujourd'hui comme s'il n'y avait eu aucune évolution des droits de l'homme depuis l'adoption des quatre Conventions il y a plus de 50 ans. Conséquemment, il a été noté que le droit de *habeas corpus*⁶ restait pleinement applicable au cours de la détention et de l'internement, tout comme le droit de chaque interné à avoir accès à un avocat, à sa famille et au personnel médical dès les premiers jours suivant l'internement.

Certains experts ont également souligné l'existence d'une présomption de statut de prisonnier de guerre en cas de doute quant au statut d'une personne ayant pris part aux hostilités lors d'un conflit armé international. Ils ont ajouté que la décision sur cette question ne devait pas dépendre des affirmations du pouvoir exécutif, mais être prise par un tribunal compétent au sens de l'article 5 de la troisième Convention de Genève.

3) Absence de protection générale contre les poursuites

En droit international humanitaire, les combattants dans les conflits armés internationaux ne peuvent pas subir de conséquences pénales pour avoir directement participé aux hostilités – ou pour des actes de guerre licites qu'ils ont pu commettre au cours d'une telle participation – et bénéficient du statut de prisonnier de guerre en cas de capture. Les participants au séminaire ont convenu que le fait pour un civil de lutter pour son pays ne constituait pas en soi une violation du droit international humanitaire, mais que l'absence de statut de combattant ou de prisonnier de guerre impliquait que ce civil n'était pas protégé contre des poursuites au titre des lois nationales pertinentes. Personne n'a contesté que la participation directe aux hostilités de la part d'un civil ne pouvait pas être considérée comme un crime de guerre.⁷

Certains experts ont ajouté que les poursuites pour un acte d'hostilité mené par un civil ne bénéficiant pas du statut de combattant ou de prisonnier de guerre devaient être clairement ancrées dans le droit national, comme l'exige le principe de légalité auquel il est impossible de déroger et que l'on trouve dans plusieurs traités sur les droits de l'homme ainsi qu'en droit international humanitaire. Même ceux qui ont remis en cause le caractère indérogable de ce droit ont malgré tout reconnu qu'un civil capturé après une participation directe aux hostilités jouissait des garanties judiciaires fondamentales accordées notamment par le droit international coutumier.

Enfin, certains experts ont rappelé que bien que les civils participant directement aux hostilités puissent être poursuivis en droit national, qu'ils aient ou non respecté les lois régissant les conflits armés, une pratique consistant à amnistier les individus ayant pris les

⁶ Le droit du *habeas corpus* en général est défini comme "*une diversité d'ordonnances (...) ayant pour objet de faire comparaître une partie devant un tribunal ou un juge*". Dans l'usage courant, ainsi que dans le contexte spécifique mentionné plus haut, ces termes sont utilisés comme désignant le *habeas corpus ad subjiciendum* défini comme "*une ordonnance adressé à la personne qui en détient une autre et lui enjoignant de faire comparaître un prisonnier ou un détenu*". Le but de cette ordonnance est de contrôler la légalité de la détention ou de l'emprisonnement et non pas de savoir si la personne détenue est coupable ou innocente. Pour la définition, cf. *BLACK'S Law Dictionary, ibid.*, p. 709.

⁷ Le terme de "crime de guerre" – parfois utilisé en droit national dans un sens générique pour qualifier toute violation du droit international humanitaire – est limité ici à sa signification moderne, à savoir une violation grave du droit international humanitaire aboutissant à l'application possible du principe de la compétence universelle.

armes est apparue, notamment par le biais de traités de paix.⁸ Ils ont suggéré que l'octroi d'une amnistie aussi large que possible à la fin des hostilités actives pourrait servir de mesure efficace incitant les civils ayant directement participé aux hostilités à respecter et à faire respecter le droit international humanitaire. Dans le même sens, un expert a également proposé *de lege ferenda* que les parties à un conflit armé s'abstiennent de prononcer des peines capitales contre des civils ayant directement participé aux hostilités, à condition qu'ils aient respecté les normes fondamentales du droit international humanitaire.

IV. L'avenir de la notion de "participation directe aux hostilités": une clarification serait-elle utile?

La quatrième session a été consacrée à un débat sur la nécessité ou la faisabilité de se lancer dans un processus de clarification de la notion de "participation directe aux hostilités" et, si un accord était trouvé sur ce point, sur la manière dont les travaux devraient se poursuivre.

La position générale a été que la notion de "participation directe aux hostilités" ne se prêtait pas à une nouvelle codification normative mais que de plus amples recherches visant à délimiter plus précisément le contenu de cette notion et ses conséquences juridiques seraient extrêmement utiles. Les experts ont unanimement soutenu la nécessité d'une réunion de suivi et ont donné des idées sur la marche à suivre. Certains ont suggéré que le CICR s'engage dans l'élaboration d'un droit mou (*soft law*) alors que d'autres ont proposé que le processus de clarification soit entrepris par le biais d'une conférence électronique. En bref, les experts se sont manifestement prononcés en faveur de la clarification de la notion de "participation directe aux hostilités".

Le CICR a saisi l'occasion de cette réunion d'experts pour présenter brièvement certaines de ses propres réflexions sur les éléments d'une définition juridique générale de la notion de "participation directe aux hostilités". Le but était d'obtenir immédiatement des premières réactions des experts susceptibles d'aider la Division juridique du CICR à poursuivre et à affiner ses propres réflexions internes sur cette question. Malgré la réticence de certains experts à commenter une définition qu'ils n'avaient pas eu le temps d'étudier à fond, d'autres ont communiqué quelques premières observations fort utiles

Conclusion

Bien que sans doute trop courte au vu de la multiplicité et de la complexité des questions soulevées, cette réunion d'une journée a permis une première réflexion informelle sur la notion de "participation directe aux hostilités". La diversité des avis exprimés a confirmé l'idée qu'il n'existait pas d'interprétation unanime de ce concept juridique et qu'un grand travail restait à faire.

En réponse aux trois questions prépondérantes posées par le CICR en début de réunion, les participants ont fait preuve d'une quasi-unanimité. Ils ont estimé clairement, comme expliqué plus haut, que la notion de "participation directe aux hostilités" exigeait une plus grande clarification. Le processus de clarification pourrait être facilité par la compilation d'une liste non exhaustive d'actes jugés manifestement couverts par cette notion de "participation directe" ou au contraire qui n'en relèvent pas. Une telle liste devrait

⁸ A cet égard, notons que l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II stipule que: "A 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".

s'accompagner d'une définition juridique générale. Le CICR a été considéré comme l'organisation devant logiquement diriger ce processus et a été chargé de trouver la meilleure manière de poursuivre le travail ambitieux et important qu'il avait amorcé en coopération avec l'Institut TMC Asser. Vu les résultats encourageants de la réunion, le CICR envisage de poursuivre les consultations d'experts, y compris en organisant en 2004 une réunion de suivi rassemblant des spécialistes en droit international humanitaire.



La 'participation directe aux hostilités' en droit international humanitaire

Programme de la réunion

08h45 - 09h00

Accueil et inscription

09h00 – 09h15

Introduction par:

Avril Mc Donald, responsable de la section DIH/ICL, T.M.C. Asser Institute
Jean-Philippe Lavoyer, chef de la Division juridique, CICR

PARTIE I (09h15 – 12h40)

La notion de 'participation directe aux hostilités' en DIH

Président: Jean-Philippe Lavoyer, chef de la Division juridique, CICR

Première session: Vue d'ensemble du droit applicable

Reposant sur les Conventions de Genève de 1949 – où elle a été utilisée pour la première fois – la notion de 'participation directe aux hostilités' réapparaît souvent dans les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions. Toutefois, ces traités n'offrent aucune définition de ce concept juridique. Le but de cette session sera d'examiner la signification des termes 'hostilités' et 'participation directe' et d'identifier, sur la base d'exemples concrets, leurs différences de contenu dans le contexte des conflits armés internationaux et non internationaux. La discussion portera également sur le point de savoir s'il est faisable ou utile de fixer des critères pour définir la 'participation directe aux hostilités' et, en cas de réponse positive, sur l'identification de ces critères (types d'activités, durée?). La session abordera également des questions telles que: la notion de 'participation directe aux hostilités' est-elle uniquement applicable aux individus ou peut-elle aussi s'appliquer aux groupes armés? Si une catégorie de civils qui contribuent à l'effort militaire mais ne participent pas directement aux hostilités est dégagée, la session examinera alors également les normes qui sont applicables à ce groupe donné.

9h15 - 9h35 Communication

Horst Fischer, Directeur académique de l'Institut de droit international de la paix et des conflits armés, Université de la Ruhr, Allemagne; Professeur de DIH, Université de Leiden, Pays-Bas

9h35 - 9h45 Commentateur

Charles Garraway, Colonel, ALS 2, Direction des services juridiques de l'armée de terre, Royaume-Uni

9h45 - 10h45 Discussion

10h45 - 11h00 Pause-café

Deuxième session: Défis actuels: le droit correspond-il à la réalité?

Les conflits contemporains posent des défis particuliers eu égard à la notion de 'participation directe aux hostilités'. Citons comme exemples l'imbrication croissante des groupes armés avec la population civile, l'absence d'identification de ceux qui participent 'directement aux hostilités', et les questions liées aux mesures qui pourraient être prises pour garantir la protection de ceux qui ne participent pas directement aux hostilités. Une question supplémentaire est de savoir comment distinguer une opération de police d'une opération militaire et quelles règles régissent le recours à la force dans ces situations respectives. Un autre défi actuel tient à ce que l'on appelle la 'privatisation' des forces armées et à la manière dont les règles s'appliquent aux employés d'entreprises privées travaillant en sous-traitance. La deuxième session se concentrera, entre autres, sur ces points de tension actuels dans la mise en œuvre de la notion de 'participation directe aux hostilités', ainsi que sur des solutions possibles.

11h00 – 11h20 Communication

Michael Schmitt, Professeur de droit international, Centre européen George C. Marshall d'études sur la sécurité, Allemagne

11h20 - 11h30 Commentateur

Hans-Peter Gasser, ancien conseiller juridique, CICR

11h30 - 12h40 Discussion

12h40 - 14h00 Déjeuner

PARTIE II (14h00 – 17h30)
Les conséquences de la participation directe aux hostilités

Présidence: Maria Nybondas, chercheur, T.M.C. Asser Institute

Troisième session: Les conséquences juridiques de la participation directe aux hostilités

Les civils participant directement aux hostilités sont traditionnellement considérés comme ayant renoncé à leur protection générale contre les attaques, et deviennent ainsi des cibles légitimes d'attaques pendant la durée de leur participation, tant à des conflits armés internationaux que non internationaux. Dans les conflits armés internationaux, quelle est l'ampleur de la protection dont jouissent les individus qui participent directement aux hostilités et qui tombent au pouvoir de l'ennemi? Quelle est l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève et du premier Protocole additionnel dans de tels cas? Quel est le champ d'application de l'article 5 de la quatrième Convention de Genève? Les individus qui ont participé aux hostilités peuvent-ils toujours être l'objet de poursuites pénales? Enfin, dans les conflits armés non internationaux, comment l'absence du statut de combattant affecte-t-elle le traitement et la protection des personnes qui ont directement participé aux hostilités et sont tombés au pouvoir de l'ennemi? Quelles sont les normes applicables? Les individus qui ont participé aux hostilités sont-ils toujours l'objet de poursuites pénales? Les questions posées ci-dessus ont-elles besoin d'être analysées sous un angle différent? La troisième session de la réunion d'experts sera consacrée à examiner ces questions et d'autres problématiques.

14h00 - 14h20 Communication

Louise Doswald-Beck, Secrétaire générale, Commission internationale de juristes

14h20 - 14h30 Commentateur

William K. Lietzau, Assistant extraordinaire auprès du General Counsel, Ministère de la Défense des États-Unis

14h30 - 15h45 Discussion

15h45 - 16h15 Pause-café

Quatrième Session: L'avenir de la notion de participation directe aux hostilités: faut-il étoffer le droit?

Le but de la dernière session sera de résumer les débats et de déterminer, le cas échéant, quelles autres mesures doivent être engagées pour clarifier la notion de 'participation directe aux hostilités'.

16h15 - 16h30 Résumé des débats

Avril Mc Donald, chef de la section DIH /ICL, T.M.C. Asser Institute

16h30 - 16h45 Futures étapes

Jelena Pejic, Conseillère juridique, CICR

16h45 - 17h30 Discussion