

GUIDE INTERPRÉTATIF SUR LA NOTION DE

PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS

EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Nils Melzer, conseiller juridique, CICR



CICR

MISSION

Organisation impartiale, neutre et indépendante, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a la mission exclusivement humanitaire de protéger la vie et la dignité des victimes de conflits armés et d'autres situations de violence, et de leur porter assistance. Le CICR s'efforce également de prévenir la souffrance par la promotion et le renforcement du droit et des principes humanitaires universels. Créé en 1863, le CICR est à l'origine des Conventions de Genève et du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, dont il dirige et coordonne les activités internationales dans les conflits armés et les autres situations de violence.



CICR

Comité international de la Croix-Rouge
19, avenue de la Paix
1202 Genève, Suisse
T +41 22 734 60 01 F +41 22 733 20 57
E-mail: shop@icrc.org www.icrc.org
© CICR, octobre 2010

GUIDE INTERPRÉTATIF SUR LA NOTION DE

PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS

EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Nils Melzer, conseiller juridique, CICR

Traduit de l'anglais

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	6
REMERCIEMENTS	10
INTRODUCTION	11
1. But et nature du <i>Guide interprétatif</i>	11
2. La question de la participation des civils aux hostilités	13
3. Questions juridiques essentielles	14
I ^{re} PARTIE: RECOMMANDATIONS DU CICR	17
II ^e PARTIE: RECOMMANDATIONS ET COMMENTAIRE	21
A. LE CONCEPT DE CIVIL	22
I. LE CONCEPT DE CIVIL DANS LES CONFLITS ARMÉS INTERNATIONAUX	22
1. Exclusion mutuelle des concepts de civil, de forces armées et de levée en masse	22
2. Forces armées	23
3. Levée en masse	27
4. Conclusion	28
II. LE CONCEPT DE CIVIL DANS LES CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX	29
1. Exclusion mutuelle des concepts de civil, de forces armées et de groupes armés organisés	29
2. Forces armées d'un État	32
3. Groupes armés organisés	33
4. Conclusion	38
III. SOUS-TRAITANTS PRIVÉS ET EMPLOYÉS CIVILS	39
1. Difficultés particulières relatives aux sous-traitants privés et aux employés civils	39
2. Conflits armés internationaux	40
3. Conflits armés non internationaux	41
4. Conclusion	42

B. LE CONCEPT DE PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS	43
IV. LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS EN TANT QU'ACTE SPÉCIFIQUE	45
1. Éléments constitutifs de la notion de participation directe aux hostilités	45
2. Limitation à des actes spécifiques	46
3. Conclusion	47
V. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS	48
1. Seuil de nuisance	49
2. Causation directe	53
3. Lien de belligérance	60
4. Conclusion	67
VI. DÉBUT ET FIN DE LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS	68
1. Mesures préparatoires	68
2. Déploiement et retour du combat	70
3. Conclusion	71
 C. MODALITÉS RÉGISSANT LA PERTE DE PROTECTION	 72
VII. PORTÉE TEMPORELLE DE LA PERTE DE PROTECTION	73
1. Civils	73
2. Membres de groupes armés organisés	74
3. Conclusion	75
VIII. PRÉCAUTIONS ET PRÉSUMPTIONS DANS LES SITUATIONS DE DOUTE	77
1. Exigence relative aux précautions possibles	77
2. Présomption de la protection accordée aux civils	78
3. Conclusion	79
IX. LIMITATIONS À L'EMPLOI DE LA FORCE LORS D'UNE ATTAQUE DIRECTE	80
1. Interdictions et limitations énoncées dans des dispositions spécifiques du DIH	80
2. Les principes de nécessité militaire et d'humanité	81
3. Conclusion	85
X. CONSÉQUENCES DE LA RESTAURATION DE LA PROTECTION ACCORDÉE AUX CIVILS	86
1. Absence d'immunité contre les poursuites en vertu de la législation nationale	86
2. Obligation de respecter le DIH	87
3. Conclusion	88

AVANT-PROPOS

La protection des civils constitue l'un des buts premiers du droit international humanitaire. Les règles régissant la conduite des hostilités permettent à la population civile dans son ensemble, et à chaque civil en particulier, de bénéficier d'une protection générale contre les effets des hostilités. Le droit impose donc aux parties à un conflit armé la double obligation d'établir en tout temps une distinction entre la population civile et les combattants, et de ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires. De plus, les civils ne doivent pas faire l'objet d'attaques délibérées. Dans le même esprit, le droit humanitaire stipule que les civils tombés en mains ennemies doivent être traités avec humanité. Nombre de dispositions du droit humanitaire – notamment les règles interdisant toute forme d'atteinte portée à la vie, ainsi que la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants – sont l'expression de ce principe supérieur commun.

Aussi étrange que cela puisse paraître aujourd'hui, la protection complète des civils n'a pas toujours constitué un aspect prioritaire du droit international humanitaire. De fait, la naissance de cette branche du droit (ou, tout au moins, de ses règles conventionnelles) remonte à une époque où les populations civiles étaient largement épargnées par les effets directs des hostilités, et où les engagements militaires étaient le fait des seuls combattants. En 1864, au moment de l'adoption de la Première Convention de Genève, les armées qui s'affrontaient sur les champs de bataille étaient placées de part et d'autre d'une ligne de front clairement délimitée. Ce sont les souffrances des soldats qu'il fallait alors tenter de soulager: par dizaines de milliers, ils gisaient souvent sur le sol, blessés ou agonisants, après un combat. Ce n'est que plus tard qu'est apparue la nécessité de prévoir la protection des civils, quand les innovations technologiques apportées au matériel d'armement ont commencé à infliger massivement des souffrances et des pertes aux populations civiles en temps de guerre.

Peu à peu, et notamment au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le droit s'est trouvé contraint de réglementer les conséquences d'un phénomène toujours plus fréquent, à savoir la participation directe des civils aux hostilités. Deux types de situations offrent des exemples emblématiques de

cette évolution. Il y eut tout d'abord les guerres de libération nationale. Les forces gouvernementales se trouvaient face à des unités armées «irrégulières» qui combattaient pour la liberté des populations colonisées. En 1977, le Protocole additionnel I a reconnu que de telles guerres pouvaient, dans certaines circonstances, être considérées comme ayant un caractère international. Un deuxième type de situation est ensuite apparu, et demeure aujourd'hui encore très préoccupant. Il s'agit des conflits armés non internationaux dans lesquels s'affrontent – pour des motifs d'ordre politique, économique, ou autre – soit des forces gouvernementales et des groupes armés organisés non étatiques, soit de tels groupes entre eux. Dans ce type de conflits, des segments entiers de la population civile sont de fait transformés en forces combattantes. Les civils sont aussi les principales victimes de ces situations, qui causent des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions d'une ampleur inouïe.

Face à la tendance qui se dégagait – celle d'une participation accrue des civils aux hostilités –, le droit international humanitaire a formulé une nouvelle règle de base. Telle qu'elle est énoncée dans les Protocoles I et II additionnels aux Conventions de Genève, cette règle stipule que les civils bénéficient de la protection contre les attaques directes «à moins qu'ils ne participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation». Le but même du présent *Guide interprétatif* est d'explicitier la signification de la notion de participation directe aux hostilités. Lors de l'examen de cette notion, le CICR a dû tenter de répondre aux interrogations soulevées de longue date par les modalités de son application pratique (par exemple, un même individu peut-il être, le jour, un agriculteur que le droit protège et, la nuit, un combattant qui peut être pris pour cible?). Le CICR a dû également prendre en considération certaines tendances apparues plus récemment et soulignant davantage encore la nécessité d'une clarification. L'une de ces tendances réside dans le fait que, manifestement, les hostilités sont conduites de plus en plus souvent dans les centres habités par la population civile, incluant des cas de guerre urbaine; le résultat est un entremêlement sans précédent entre les civils et les acteurs armés. Une autre tendance réside dans le fait que des fonctions traditionnellement assumées par des militaires sont

désormais confiées à toute une gamme de personnels civils tels que des sous-traitants privés ou des employés civils du gouvernement; il est donc toujours plus difficile d'établir une distinction entre les personnes qui bénéficient d'une protection contre les attaques directes et les autres. Une troisième tendance, particulièrement inquiétante, réside dans le fait que des personnes participant directement aux hostilités – qu'il s'agisse de civils ou de membres de forces armées ou de groupes armés – ne prennent pas les mesures nécessaires pour se distinguer de la population civile.

Afin de renforcer la mise en œuvre du principe de distinction, le *Guide interprétatif* offre une lecture juridique de la notion de «participation directe aux hostilités». Pour que la règle interdisant de diriger des attaques contre des civils soit pleinement respectée, il importe que les forces des parties engagées dans un conflit armé – international ou non international – se distinguent des civils; il importe tout autant que les civils qui ne participent jamais directement aux hostilités se distinguent des autres civils qui, eux, y participent, mais uniquement à titre individuel et de manière sporadique ou non organisée. Le présent document vise à faciliter l'établissement de ces distinctions en donnant des indications sur la manière d'interpréter le droit international humanitaire relatif à la notion de participation directe aux hostilités. Pour ce faire, il examine trois questions clés: Qui est considéré comme un civil aux fins du principe de distinction? Quelle conduite constitue une participation directe aux hostilités? Enfin, quelles modalités régissent la perte de la protection contre les attaques directes?

Répondre à ces trois questions – et formuler les interprétations qui en découlent et qui sont présentées dans le *Guide interprétatif* – exige d'aborder l'une des problématiques les plus complexes du droit international humanitaire, encore non résolue à ce jour. Deux motifs ont incité le CICR à lancer une réflexion sur la notion de participation directe aux hostilités. Le premier tient à la nécessité de renforcer la protection des civils dans la pratique, pour des raisons humanitaires. Le second tient au mandat que lui a confié la communauté internationale: œuvrer en vue d'une meilleure compréhension et d'une application fidèle du droit international humanitaire. Dans ce contexte, trois éléments méritent d'être relevés. D'une part, le *Guide interprétatif* exprime exclusivement les opinions du CICR. Certes, le droit international humanitaire relatif à la notion de participation directe aux hostilités a été examiné pendant plusieurs années avec le concours d'un groupe d'éminents juristes, à qui le CICR tient à exprimer sa gratitude.

Néanmoins, les positions énoncées sont celles du seul CICR. D'autre part, bien qu'il reflète le point de vue de l'institution, le *Guide interprétatif* n'est pas – et ne peut pas être – un texte juridiquement contraignant. Le droit contraignant ne peut découler que d'accords interétatiques (traités) ou de la pratique des États, suivie en raison d'un sentiment d'obligation juridique relative à une problématique donnée (coutume). Enfin, le Guide n'a pas vocation de modifier le droit. Il se borne à proposer, dans le cadre des paramètres juridiques existants, une interprétation de la notion de participation directe aux hostilités.

Le présent texte interprète la notion de participation directe aux hostilités exclusivement aux fins de la conduite des hostilités. Cela signifie que l'objet du Guide est de répondre à la question de savoir quand, et pour combien de temps, une personne est considérée comme ayant perdu la protection contre les attaques directes. Les conséquences de la participation directe aux hostilités pour cette personne, après que celle-ci soit tombée aux mains de l'adversaire, ne sont pas abordées ici. En effet, ce sont d'autres règles du droit international humanitaire qui sont alors applicables, le principe du traitement humain, déjà évoqué, figurant au tout premier plan.

Il semble malheureusement peu probable que la tendance actuelle à une participation accrue des civils aux hostilités s'atténue au fil du temps. Aujourd'hui plus que jamais, il est de la plus haute importance que toutes les mesures possibles soient mises en œuvre pour éviter que la population civile se trouve prise pour cible de manière erronée ou arbitraire. Il importe donc, notamment, de formuler des conseils avisés quant à la manière dont le principe de distinction est à mettre en œuvre dans les circonstances éprouvantes et complexes caractérisant les conflits armés contemporains. En présentant ce *Guide interprétatif*, le CICR espère apporter sa contribution aux efforts visant à permettre aux personnes ne participant pas directement aux hostilités de bénéficier de la protection humanitaire que leur octroie le droit international humanitaire.

Jakob Kellenberger

Président du Comité international de la Croix-Rouge

REMERCIEMENTS

Le présent *Guide interprétatif* – publication institutionnelle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) – est l’aboutissement d’un processus de consultations d’experts conduit par le CICR de 2003 à 2008.

La conceptualisation, la rédaction et la publication du *Guide interprétatif* n’auraient pas été possibles sans l’engagement et les contributions de beaucoup de personnes, trop nombreuses pour être toutes remerciées ici. Notre gratitude personnelle va tout d’abord à M. Nils Melzer, conseiller juridique au CICR, qui a assumé la responsabilité du processus de consultations d’experts depuis 2004. Il est l’auteur de ce *Guide interprétatif* ainsi que de la plupart des documents de travail et des procès-verbaux de réunions élaborés dans ce cadre. Nous souhaitons également exprimer notre plus cordiale gratitude aux experts, qui ont tous participé aux réunions à titre personnel. Sans leur engagement, leur compétence et leur expérience, ce processus de clarification n’aurait jamais pu aboutir. Enfin, nous voudrions remercier sincèrement tous nos collègues du CICR qui, par leurs commentaires, ont contribué à la rédaction du *Guide interprétatif*, qui ont apporté un concours appréciable à l’organisation et au suivi des réunions d’experts, ou qui ont aidé à la publication du présent ouvrage.

Comité international de la Croix-Rouge
Février 2009

INTRODUCTION

1. BUT ET NATURE DU *GUIDE INTERPRÉTATIF*

Le but du présent document est de formuler des recommandations en vue de l'interprétation des dispositions du droit international humanitaire (DIH) relatives à la notion de participation directe aux hostilités. **Ni les dix recommandations présentées dans le *Guide interprétatif* ni le commentaire qui les accompagne ne visent donc à modifier les règles contraignantes du DIH conventionnel ou coutumier; il s'agit de la position officielle du CICR quant à la manière dont le DIH existant devrait être interprété à la lumière des circonstances qui caractérisent les conflits armés modernes.**

Le *Guide interprétatif* s'appuie sur une variété de sources. Ce sont, en tout premier lieu, les règles et les principes du DIH conventionnel et coutumier ainsi que les travaux préparatoires des traités, la jurisprudence internationale, les manuels militaires et les ouvrages standard de la doctrine juridique. En outre, une abondance de documents sont issus du processus de consultations d'experts, lancé conjointement par le CICR et l'Institut TMC Asser afin de clarifier la notion de participation directe aux hostilités au regard du DIH¹. Cinq réunions informelles d'experts ont eu lieu de 2003 à 2008, à La Haye et à Genève. Chaque réunion a rassemblé entre 40 et 50 experts juridiques issus des milieux universitaires, militaires, gouvernementaux et non gouvernementaux, tous invités à titre personnel².

Les débats des réunions d'experts ont largement contribué au *Guide interprétatif* qui, toutefois, ne reflète pas nécessairement l'opinion unanime ou majoritaire des experts. Le but est de proposer une solution équilibrée et pratique, tenant compte de la grande variété des questions en jeu tout en visant à favoriser une interprétation claire et cohérente du droit, en conformité avec les buts et les principes du DIH. **La responsabilité ultime du *Guide interprétatif* est assumée par le CICR, en sa qualité d'organisation humanitaire neutre et indépendante, à qui la communauté internationale des États a donné le mandat de promouvoir le DIH et de travailler à une meilleure compréhension de ses dispositions**³. Certes, une interprétation juridiquement contraignante du DIH ne peut être formulée que par un

1 L'intégralité des travaux des réunions d'experts, ainsi que la liste des documents pertinents, a été publiée (en anglais) sur le site Internet du CICR (www.icrc.org).

2 Pour davantage d'informations sur les réunions d'experts, voir le document intitulé «Overview of ICRC/TMC Asser Expert Process (2003-2008)».

3 Voir, par ex., l'article 5, par. 2, alinéas c) et g), des Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

organe judiciaire compétent ou, collectivement, par les États eux-mêmes. Néanmoins, le *Guide interprétatif* repose sur une analyse juridique approfondie et sur une pesée rigoureuse des intérêts humanitaires et militaires. Le CICR espère donc que les recommandations formulées auront un caractère tout aussi persuasif pour les États que pour les acteurs non étatiques, les praticiens et les milieux académiques.

Le *Guide interprétatif* consiste en dix recommandations, dont chacune résume la position du CICR sur l'interprétation du DIH concernant une question juridique particulière et s'accompagne d'un commentaire explicatif. Tout au long du texte, en particulier lorsque des divergences d'opinion majeures ont persisté, des notes de bas de page renvoient aux passages pertinents des procès-verbaux des réunions d'experts et des documents de travail dans lesquels les débats ont été enregistrés. **Les différentes sections et recommandations présentées dans le *Guide interprétatif* sont étroitement liées entre elles et ne peuvent être correctement comprises que si elles sont considérées comme formant un tout.** De la même manière, les exemples cités tout au long du document ne sont pas des déclarations absolues sur la qualification juridique d'une situation ou d'une conduite particulières; il convient au contraire de les lire de bonne foi, en les replaçant dans le contexte précis auquel ils se rattachent et en les mettant au regard des règles et des principes du DIH généralement reconnus. Uniquement destinés à illustrer les principes devant servir de base aux distinctions appropriées, ces exemples ne sauraient remplacer une évaluation attentive des circonstances concrètes qui prévalent à un moment et dans un lieu donnés.

Il convient enfin de souligner que le *Guide interprétatif* **examine la notion de participation directe aux hostilités uniquement aux fins de la conduite des hostilités.** Les conclusions présentées ne sont pas destinées à servir de base à l'interprétation des dispositions du DIH relatives au statut, aux droits et aux protections des personnes qui se situent en dehors de la conduite des hostilités (personnes privées de leur liberté, par exemple). Par ailleurs, bien que le *Guide interprétatif* fasse exclusivement référence au DIH, **les conclusions sont présentées sans préjudice d'une analyse des questions liées à la participation directe aux hostilités au regard d'autres branches applicables du droit international, comme le droit des droits de l'homme ou le droit régissant l'usage de la force entre les États (*jus ad bellum*).**

2. LA QUESTION DE LA PARTICIPATION DES CIVILS AUX HOSTILITÉS

Le but premier du DIH est de protéger les victimes des conflits armés et de régler la conduite des hostilités en établissant un équilibre entre nécessité militaire et humanité. Au cœur du DIH se trouve le principe de distinction entre, d'une part, les forces armées qui conduisent les hostilités au nom des parties à un conflit armé et, d'autre part, les civils qui sont présumés ne pas participer directement aux hostilités et, de ce fait, ont droit à une protection contre les dangers résultant des opérations militaires. De tout temps, la population civile a contribué à l'effort de guerre général engagé par les parties à un conflit armé, que ce soit en produisant et en fournissant des armes, des équipements, des vivres et des abris, ou en apportant son soutien sur les plans économique, administratif et politique. Toutefois, ces activités étaient le plus souvent conduites loin du champ de bataille et, généralement, seule une petite minorité de civils se trouvait impliquée dans la conduite des opérations militaires.

Cette configuration a radicalement changé au cours des dernières décennies. Les combats se rapprochent toujours plus des zones d'habitation de la population civile, entraînant un entremêlement croissant des civils et des acteurs armés. Les civils sont ainsi amenés à s'impliquer davantage dans des activités étroitement liées aux opérations militaires. Plus récemment encore, l'externalisation accrue de fonctions traditionnellement dévolues aux militaires a précipité dans la réalité des conflits armés modernes de nombreux sous-traitants privés, membres du personnel civil affecté au renseignement et autres fonctionnaires civils. En outre, les opérations militaires atteignent souvent un niveau de complexité sans précédent, exigeant la coordination d'une grande variété de moyens interdépendants (humains et techniques), mobilisés dans des lieux différents.

Tous ces aspects de la guerre moderne ont créé de la confusion et de l'incertitude, et il devient de plus en plus difficile de faire la distinction entre les cibles militaires légitimes et les personnes protégées contre les attaques directes. Ces difficultés s'aggravent encore quand les acteurs armés ne font rien pour se distinguer clairement de la population civile (par exemple, durant des opérations militaires clandestines ou lorsque les mêmes personnes sont «fermiers le jour et combattants la nuit»). Ainsi, les civils courent un risque accru d'être victimes de tirs erronés ou arbitraires, tandis que les militaires – dans l'incapacité d'identifier correctement leur adversaire – sont davantage exposés aux attaques lancées par des individus qu'ils ne parviennent pas à distinguer de la population civile.

3. QUESTIONS JURIDIQUES ESSENTIELLES

Ce phénomène souligne à quel point il est important d'établir une distinction non seulement entre les civils et les membres des forces armées, mais aussi entre les civils qui ne participent pas directement aux hostilités et ceux qui y participent. Au regard du DIH, la notion de participation directe aux hostilités se réfère à une conduite qui, si elle est le fait de civils, suspend leur protection contre les dangers résultant des opérations militaires⁴. Plus particulièrement, pendant la durée de leur participation directe aux hostilités, les personnes civiles peuvent faire l'objet d'attaques directes, de la même manière que si elles étaient des combattants. Découlant de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, la notion de participation directe – ou de participation active – aux hostilités figure dans de nombreuses dispositions du DIH. Pourtant, malgré les lourdes conséquences qui en résultent sur le plan juridique, ni les Conventions de Genève ni leurs Protocoles additionnels ne précisent quelle conduite constitue une « participation directe aux hostilités ». Cette situation appelle à tenter de répondre aux trois questions suivantes qui se posent au regard du DIH applicable dans les conflits armés, internationaux et non internationaux.

- *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 participation⁵.

- *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 civils⁶.

4 Pour les besoins du présent *Guide interprétatif*, les expressions « participation directe aux hostilités », « prenant une part directe aux hostilités » et « participant directement aux hostilités » sont considérées comme synonymes et sont donc utilisées indifféremment.

5 Le statut, les droits et les protections dont bénéficient les personnes en dehors de la conduite des hostilités ne dépendent pas de leur qualité de civils, mais du champ d'application précis, personnel, des dispositions conférant ce statut, ces droits et ces protections (voir, par ex., les articles 4 CG III, 4 CG IV, 3 CG I-IV, 75 PA I et 4-6 PA II).

6 Pour des raisons de commodité, quand il s'agit d'examiner les conséquences de la participation directe des civils aux hostilités, le *Guide interprétatif* fait généralement référence à la perte de la protection contre les « attaques directes ». Sauf mention contraire, cette terminologie inclut également la suspension de la protection des civils contre d'autres « dangers résultant des opérations militaires » (articles 51 [1] et [3] PA I et 13 [1] et [3] PA II). Cela signifie, par exemple, que les civils participant directement aux hostilités peuvent non seulement faire eux-mêmes l'objet d'attaques directes, mais aussi qu'ils n'ont pas à être pris en compte dans l'évaluation de la proportionnalité lors d'attaques lancées contre des objectifs militaires se trouvant à proximité.

- *Quelles modalités régissent la perte de la protection contre les attaques directes?*

La réponse à cette question précise la durée de la perte de protection contre les attaques directes, les mesures de précaution à prendre et les présomptions devant prévaloir en cas de doute, les règles et les principes régissant l'emploi de la force contre des cibles militaires légitimes et, enfin, les conséquences de la restauration de la protection contre les attaques directes.

I^{re} partie:

RECOMMANDATIONS DU CICR

relatives à l'interprétation du
droit international humanitaire

à propos de la notion de participation directe
aux hostilités

I. LE CONCEPT DE CIVIL DANS LES CONFLITS ARMÉS INTERNATIONAUX

Aux fins du principe de distinction 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 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.

II. LE CONCEPT DE CIVIL DANS LES CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX

Aux fins du principe de distinction 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 («fonction de combat continue»).

III. SOUS-TRAITANTS PRIVÉS ET EMPLOYÉS CIVILS

Les sous-traitants privés et les employés d'une partie à un conflit armé qui sont des civils au regard du DIH (voir les recommandations I et II, ci-dessus) ont droit à une protection contre les attaques directes, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Toutefois, du fait de leurs activités ou du lieu où elles se trouvent, ces personnes peuvent être exposées à un risque accru d'être tuées ou blessées incidemment, même si elles ne participent pas directement aux hostilités.

IV. LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS EN TANT QU'ACTE SPÉCIFIQUE

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.

V. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS

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 et 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).

VI. DÉBUT ET FIN DE LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS

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.

VII. 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. Par contre, les membres de groupes armés organisés appartenant à une partie non étatique à un conflit armé cessent d'être des civils (voir la recommandation II, ci-dessus) – et, dès lors, perdent le bénéfice de l'immunité contre les attaques directes – aussi longtemps qu'ils assument leur fonction de combat continue.

VIII. PRÉCAUTIONS ET PRÉSOMPTIONS DANS LES SITUATIONS DE DOUTE

Toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises au moment de déterminer si une personne est une personne civile et, en ce cas, si cette personne civile participe directement aux hostilités. En cas de doute, la personne doit être présumée protégée contre les attaques directes.

IX. LIMITATIONS À L'EMPLOI DE LA FORCE LORS D'UNE ATTAQUE DIRECTE

Outre les limitations imposées par le DIH à l'emploi de certains moyens et méthodes de guerre spécifiques, et sous réserve de restrictions additionnelles pouvant être imposées par 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.

X. CONSÉQUENCES DE LA RESTAURATION DE LA PROTECTION ACCORDÉE AUX CIVILS

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 ils ne sont pas exemptés de poursuites pour des violations du droit interne ou du droit international qu'ils pourraient avoir commises.

II^e partie:

**RECOMMANDATIONS
ET COMMENTAIRE**

A. LE CONCEPT DE CIVIL

Aux fins du principe de distinction, les personnes civiles sont définies comme étant les personnes qui bénéficient de l'immunité contre les attaques directes, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation⁷. Lorsque le DIH confère à des personnes autres que des civils l'immunité contre les attaques directes, la perte et la restauration de la protection sont régies par des critères similaires mais pas forcément identiques à ceux qui déterminent la participation directe aux hostilités⁸. Avant d'interpréter la notion de participation directe aux hostilités elle-même, il conviendra donc de clarifier le concept de civil au regard du DIH applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux.

I. LE CONCEPT DE CIVIL DANS LES CONFLITS ARMÉS INTERNATIONAUX

Aux fins du principe de distinction 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 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.

1. EXCLUSION MUTUELLE DES CONCEPTS DE CIVIL, DE FORCES ARMÉES ET DE LEVÉE EN MASSE

Selon le Protocole additionnel I (PA I)⁹, dans les situations de conflit armé international, les personnes civiles sont définies par défaut comme étant

⁷ Articles 51 [3] PA I et 13 [3] PA II. Voir également Henckaerts/Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Volume I: Règles (Cambridge University Press, 2005), règle 6 [ci-après: *DIH coutumier*]. À propos de l'expression «perte de protection contre les attaques directes» utilisée dans le présent document, voir la note 6, ci-dessus.

⁸ Par exemple, les membres du personnel sanitaire et religieux des forces armées perdent leur protection s'ils commettent des actes «hostiles» ou des actes «nuisibles» en dehors de leur fonction privilégiée (articles 21 CG I, 11 [2] PA II; *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 25). Les combattants hors de combat perdent leur protection s'ils commettent un «acte d'hostilité» ou une «tentative d'évasion» (article 41 [2] PA I).

⁹ Au 1^{er} novembre 2008, 168 États étaient parties au PA I. Les CG I-IV ont été universellement ratifiées (194 États parties).

toutes les personnes qui ne sont ni des membres des forces armées d'une partie au conflit ni des participants à une levée en masse¹⁰. Alors que le DIH conventionnel antérieur au PA I ne définit pas expressément les civils, la terminologie utilisée dans le Règlement annexé à la quatrième Convention de La Haye (H IV R) et dans les quatre Conventions de Genève (CG I-IV) suggère néanmoins que les concepts de personnes civiles, de forces armées et de levée en masse s'excluent mutuellement, et que toute personne impliquée dans, ou affectée par, la conduite des hostilités relève de l'une de ces trois catégories¹¹. En d'autres termes, dans tous les instruments régissant les conflits armés internationaux, le concept de civil est défini par défaut, en l'opposant aux notions de «forces armées» et de «levée en masse»¹², qui seront examinées de manière plus approfondie ci-dessous.

2. FORCES ARMÉES

a) Concept de base

Aux termes du Protocole additionnel I, les forces armées d'une partie au conflit comprennent toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette partie¹³. De prime abord, ce concept, étendu et fonctionnel, paraît plus large que celui qui sous-tend le

10 Article 50 [1] PA I. Selon le *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 5, cette définition des civils reflète le DIH coutumier dans les conflits armés internationaux. Les catégories visées aux articles 4 A [1], [2] et [3] CG III sont incluses dans la définition générale des forces armées énoncée à l'article 43 [1] PA I. Voir également Sandoz et al. (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (Genève: CICR, 1987), par. 1916-1917. [ci-après: *Commentaire PA*].

11 Par ex., l'article 22 [2] de la Déclaration de Bruxelles (1874) et l'article 29 H IV R (1870) font référence aux «civils» en les opposant aux «militaires». De la même manière, comme leurs titres respectifs le suggèrent, les Conventions de Genève (1949) utilisent la catégorie générique des «personnes civiles» (CG IV) en tant que complémentaire de la catégorie des membres des «forces armées» (CG I et CG II). Même si le champ d'application de chaque Convention ne correspond pas exactement aux catégories génériques mentionnées dans leurs titres respectifs, les catégories de «civils» et de «forces armées» sont clairement utilisées comme s'excluant mutuellement dans les quatre Conventions. Par exemple, CG I, CG II et CG IV font référence aux «civils» blessés, malades et naufragés (article 22 [5] CG I; article 35 [4] CG II; articles 20, 21, 22 CG IV), par opposition aux catégories génériques protégées par CG I et CG II, à savoir les blessés, les malades et les naufragés des «forces armées» (titres CG I et CG II). De la même manière, l'article 57 CG IV se réfère aux blessés et aux malades «militaires», par opposition à la catégorie générique des personnes protégées par CG IV, à savoir les «personnes civiles». D'autres dispositions des Conventions utilisent également le terme «civil» par opposition à «militaire» (article 30 [2] CG III: «formation militaire ou civile»; article 32 CG IV: «agents civils» ou «agents militaires»; article 144 [1] CG IV: «instruction militaire et, si possible, civile»; article 93 [2] CG III: «port d'habits civils», probablement par opposition aux uniformes militaires; articles 18, 19, 20, 57 CG IV: «hôpitaux civils», probablement par opposition aux hôpitaux militaires; article 144 [2] CG IV: «autorités civiles, militaires, de police ou autres») ou encore aux «combattants ou non-combattants» (article 15 CG IV). Aucun de ces instruments ne suggère l'existence d'autres catégories de personnes qui ne seraient considérées ni comme des civils, ni comme des membres des forces armées ou des participants à une levée en masse.

12 Voir également *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1914. Le TPIY a défini que dans les situations de conflit armé international «les civils sont des personnes qui n'appartiennent pas, ou plus, aux forces armées.» (TPIY, *Le Procureur c/Blaskic*, Affaire No IT-95-14-T, Jugement du 3 mars 2000, par. 180). Pour les débats à ce sujet durant les réunions d'experts, voir: *Report DPH 2005*, pp. 43-44, 58, 74; *Report DPH 2006*, pp. 10, 12 et suiv., 19 et suiv.; *Report DPH 2008*, pp. 35, 37.

13 Article 43 [1] PA I; *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 4.

Règlement de La Haye et les Conventions de Genève. Bien que ces traités ne définissent pas expressément les forces armées, ils exigent que les membres des milices et des corps de volontaires autres que les forces armées régulières reconnues en tant que telles en droit interne répondent à quatre exigences: a) avoir à leur tête un commandement responsable; b) avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance; c) porter ouvertement les armes; et d) se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre¹⁴. Au sens strict, néanmoins, ces exigences constituent les conditions requises pour qu'après leur capture, les membres des forces armées irrégulières puissent prétendre au privilège du combattant et au statut de prisonnier de guerre; ce ne sont pas des éléments constitutifs des forces armées d'une partie à un conflit.

En conséquence, même si les membres des forces armées irrégulières ne satisfaisant pas aux quatre critères ci-dessus ne peuvent pas prétendre au privilège du combattant et au statut de prisonnier de guerre après leur capture¹⁵, cela ne signifie pas que toute personne relevant de cette catégorie doive nécessairement être considérée comme n'appartenant pas aux forces armées et, donc, comme une personne civile aux fins de la conduite des hostilités¹⁶. Au contraire, la logique même du principe de distinction se trouverait contredite si les forces armées irrégulières étaient placées sous le régime juridique plus protecteur dont bénéficie la population civile du simple fait qu'elles ne se distinguent pas de cette population, qu'elles ne portent pas leurs armes ouvertement ou qu'elles ne conduisent pas leurs opérations en conformité avec les lois et coutumes de la guerre. Par conséquent, même aux termes du Règlement de La Haye et des Conventions de Genève, tous les acteurs armés montrant un degré suffisant d'organisation militaire et appartenant à une partie au conflit doivent être considérés comme appartenant aux forces armées de cette partie¹⁷.

14 Article 1 H IV R; articles 13 [1], [2], [3] et [6] CG I et CG II; article 4 A [1], [2], [3] et [6] CG III.

15 De l'avis du CICR, dans les conflits armés internationaux, toute personne qui ne peut prétendre au statut de prisonnier de guerre en vertu de l'article 4 CG III doit bénéficier des garanties fondamentales énoncées à l'article 75 PA I, qui a acquis un caractère coutumier; de plus, en dehors des exigences de nationalité précisées à l'article 4 CG IV, elle demeure également une «personne protégée» au sens de CG IV.

16 Comme illustré par le traitement des espions (articles 29-31 H IV R; article 46 PA I) et d'autres combattants qui ne se distinguent pas de la population comme l'exige le DIH (article 44 PA I), la perte de leur droit à bénéficier du privilège du combattant ou du statut de prisonnier de guerre ne conduit pas nécessairement à la perte de l'appartenance aux forces armées.

17 Alors que l'opinion qui a prévalu durant la réunion d'experts de 2006 était favorable à cette interprétation, quelques craintes ont été exprimées quant au risque qu'une telle approche soit mal comprise, et paraisse créer une catégorie de personnes protégées ni par CG III ni par CG IV (*Report DPH 2006*, pp. 15-16). Pour la position du CICR à ce propos, voir, par exemple, la note 15, ci-dessus.

b) Signification et importance de l'expression «appartenant à une partie au conflit

Pour constituer des forces armées au regard du DIH, les groupes armés organisés doivent appartenir à une partie au conflit. Alors que cette exigence n'est textuellement explicite que pour les milices et les corps de volontaires, irrégulièrement constitués, y compris les mouvements de résistance organisés¹⁸, elle est implicite partout où les traités font référence aux forces armées «d'une» partie au conflit¹⁹. Le concept d'«appartenance» exige au moins une relation *de facto* entre un groupe armé organisé et une partie au conflit. Cette relation peut être officiellement déclarée, mais elle peut aussi être exprimée par le biais d'un accord tacite ou d'un comportement concluant qui indique clairement pour quelle partie le groupe combat²⁰. Sans aucun doute, un groupe armé organisé peut être considéré comme appartenant à un État si sa conduite est imputable à cet État en vertu du droit international sur la responsabilité des États²¹. Le degré de contrôle qu'un État doit avoir exercé pour que la responsabilité de la conduite d'un groupe armé organisé puisse lui être attribuée n'est pas défini en droit international²². Dans la pratique, pour qu'un groupe armé organisé appartienne à une partie au conflit, il apparaît essentiel que ce groupe conduise les hostilités au nom et avec l'accord de cette partie²³.

Les groupes qui se livrent à des actes de violence armée organisée contre une partie à un conflit armé international sans appartenir à une autre partie au même conflit ne peuvent pas être considérés comme des membres des forces armées d'une partie à ce conflit, que ce soit en vertu du Protocole additionnel I, du Règlement de La Haye, ou des Conventions de Genève. En conséquence, ces groupes sont des civils au sens de ces trois instruments²⁴. Toute autre

18 Voir les articles 13 [2] CG I et CG II et l'article 4 A [2] CG III.

19 Voir, par exemple, article 3 H IV R; article 4 A [1] CG III; article 43 PA I.

20 Pictet (éd.), *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre* (Genève: CICR, 1958), p. 57 [ci-après: *Commentaire CG III*].

21 Voir également *Report DPH 2006*, p. 16.

22 Pour les prises de position principales à ce propos, voir notamment, CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ États-Unis d'Amérique), Arrêt du 27 juin 1986, par. 115; TPIY, *Le Procureur c/Tadic*, Affaire No IT-94-A, Arrêt du 15 juillet 1999 (*Chambre d'appel*), par. 145; CIJ, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/Serbie-et-Monténégro), Arrêt du 26 février 2007, par. 413; CDI, Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session (2001), Document des Nations Unies A/56/10, Projet d'article 8, Commentaire, par. 5.

23 Voir également note 26, ci-dessous.

24 C'est là l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (*Report DPH 2006*, pp. 16 et suiv.; *Report DPH 2008*, pp. 43-44). Pour la jurisprudence nationale récente reflétant cette position, voir: Israël, Haute Cour de Justice, Le Comité public contre la torture (PCATI) c/le Gouvernement d'Israël, (HC) 769/02), Jugement du 13 décembre 2006, par. 26. La Cour a estimé qu'au regard du DIH régissant les conflits armés internationaux, les groupes armés indépendants palestiniens opérant dans un contexte d'occupation militaire étaient nécessairement des civils. Quant à la portée temporelle de la perte de protection pour les membres de tels groupes, la Cour a néanmoins conclu qu'un civil qui a rejoint une organisation terroriste

opinion refuserait de tenir compte de la dichotomie existant dans tout conflit armé entre les forces armées des parties au conflit et la population civile; elle viendrait également contredire la définition des conflits armés internationaux en tant que confrontations entre des États, et non pas entre des États et des acteurs non étatiques²⁵. Les groupes armés organisés opérant dans le cadre plus large d'un conflit armé international sans appartenir à une partie à ce conflit pourraient encore être considérés comme des parties à un conflit armé non international distinct, à condition que la violence atteigne le seuil requis²⁶. C'est au regard du DIH régissant les conflits armés non internationaux qu'il conviendra alors de déterminer si ces personnes sont des civils ou des membres des forces armées d'une partie au conflit²⁷.

Enfin, il importe de relever que les actes de violence armée organisée n'atteignant pas l'intensité d'un conflit armé international ou non international relèvent du maintien de l'ordre, quelle que soit la manière dont leurs auteurs sont qualifiés (émeutiers, terroristes, pirates, gangsters, preneurs d'otages ou autres criminels organisés)²⁸.

c) Détermination de l'appartenance

Dans le cas des forces armées régulières des États, l'appartenance individuelle est généralement régie par le droit interne, et elle s'exprime à travers une incorporation formelle dans des unités permanentes identifiables par leurs uniformes, leurs insignes et leur équipement. Il en va de même lorsque des unités armées de la police ou des garde-frontières, ou d'autres forces en uniforme similaires, sont incorporées dans les forces armées d'un État. Les membres de forces régulièrement constituées ne sont pas des civils, quelles

qui est devenue son «foyer» et qui, dans le cadre de son rôle dans cette organisation, commet une série d'actes d'hostilité, avec de brèves périodes de repos entre ces actes, perd son immunité contre les attaques «pendant le temps» où il commet cette série d'actes. De fait, pour un tel civil, le repos entre les actes d'hostilité n'est rien d'autre que la préparation du prochain acte d'hostilité (*ibid.*, par. 39).

25 Voir également *Report DPH 2006*, pp. 16 et suiv., 52-53; *Report DPH 2008*, pp. 43-44. Pour les États parties au PA I, le droit régissant les conflits armés internationaux s'applique également aux conflits armés entre les États et les mouvements de libération nationale au sens de l'article 1 [4] PA I.

26 Selon le *Commentaire CG III* (note 20, ci-dessus), p. 63: «Le combat conduit par les organisations de résistance doit l'être au service d'une <Partie au conflit> au sens de l'article 2, à défaut de quoi nous ne sommes plus que dans le cadre de l'article 3 relatif aux conflits de caractère non international. Car ces milices et corps de volontaires ne peuvent se conférer, à eux-mêmes, la qualité de <Partie au conflit>. Les travaux préparatoires sont muets quant à la possible existence, en parallèle, de deux aspects – international et non international – à l'intérieur du contexte plus vaste d'un même conflit armé. Pour les débats à ce sujet durant les réunions d'experts, voir *Report DPH 2005*, p. 10; *Report DPH 2006*, pp. 17 et suiv., 53-54; *Report DPH 2008*, pp. 43-44. Il convient de noter que les «situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues» (article 1 [2] PA II) n'atteignent pas le seuil de «conflit armé prolongé» que requiert l'émergence d'un conflit armé non international distinct (TPIY, *Le Procureur c/Tadic*, Affaire No IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'Appel de la Défense concernant l'Exception préjudicielle d'Incompétence, du 2 octobre 1995, par. 70).

27 Voir la section II, ci-dessous.

28 Voir *Report DPH 2006*, p. 16; *Report DPH 2008*, pp. 44, 49.

que soient leur conduite individuelle ou la fonction qu'ils assument au sein des forces armées. Aux fins du principe de distinction, l'appartenance aux forces armées régulières d'un État prend fin, et la protection accordée aux civils est restaurée, quand un membre quitte le service actif et retourne à la vie civile, qu'il soit entièrement démobilisé ou libéré de sa fonction de réserviste.

De manière générale, l'appartenance à des forces armées irrégulières – telles que les milices, les corps de volontaires ou les mouvements de résistance appartenant à une partie au conflit – n'est pas réglementée par le droit interne, et elle ne peut être déterminée de manière fiable qu'à l'aide de critères fonctionnels, comme ceux qui s'appliquent aux groupes armés organisés dans les conflits armés non internationaux²⁹.

3. LEVÉE EN MASSE

En ce qui concerne la levée en masse, tous les instruments pertinents sont basés sur la même définition: il s'agit des habitants d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prennent spontanément les armes pour résister aux forces d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer eux-mêmes en unités armées régulières; ces personnes doivent porter leurs armes ouvertement et respecter les lois et coutumes de la guerre³⁰. Les participants à une levée en masse sont les seuls acteurs armés qui soient «exclus» de la population civile alors que, par définition, ils opèrent spontanément et ne possèdent ni organisation ni commandement suffisants pour être considérés comme des membres des forces armées. Toutes les autres personnes qui participent directement aux hostilités de façon purement spontanée, sporadique ou non organisée sont à considérer comme des civils.

²⁹ Voir la section II.3.b) ainsi que la section III.2, ci-dessous, au sujet des sous-traitants privés.

³⁰ Article 2 H IV R; article 4 [6] CG III. Voir également la référence à l'article 4 [6] CG III figurant à l'article 50 [1] PA I.

4. CONCLUSION

Aux fins du principe de distinction 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 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. L'appartenance à des milices et à des corps de volontaires irrégulièrement constitués (y compris les mouvements de résistance organisés) 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.

II. LE CONCEPT DE CIVIL DANS LES CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX

Aux fins du principe de distinction 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 («fonction de combat continue»).

1. EXCLUSION MUTUELLE DES CONCEPTS DE CIVIL, DE FORCES ARMÉES ET DE GROUPES ARMÉS ORGANISÉS

a) Absence de définitions expresses dans le droit des traités

Le DIH conventionnel applicable aux conflits armés non internationaux utilise les expressions «civil», «forces armées» et «groupes armés organisés» sans les définir expressément. Ces concepts doivent donc être interprétés de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du DIH³¹.

Il est généralement admis que, dans les conflits armés non internationaux, les membres des forces armées d'un État ne sont pas des civils. Pourtant, le droit des traités, la pratique des États et la jurisprudence internationale n'ont pas, jusqu'ici, déterminé de manière claire s'il en va de même pour les membres de groupes armés organisés (c'est-à-dire des forces armées des parties non étatiques à un conflit armé)³². Étant donné que, généralement, les groupes armés organisés ne peuvent pas constituer des forces armées régulières au regard du droit national, il pourrait être tentant de conclure que l'appartenance à de tels groupes représente simplement une forme continue de la participation directe des civils aux hostilités. En conséquence, les membres de groupes armés organisés seraient considérés comme des civils qui, du fait de leur participation directe continue aux hostilités, perdent le bénéfice de l'immunité contre les attaques directes pendant toute la durée

31 Article 31 [1] Convention de Vienne sur le droit des traités.

32 Voir *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, p. 19.

de leur appartenance à de tels groupes. Une telle approche viendrait toutefois saper gravement l'intégrité conceptuelle des catégories de personnes qui sous-tend le principe de distinction, et cela, tout particulièrement, parce qu'elle créerait des parties aux conflits armés non internationaux dont l'intégralité des forces armées continuerait de faire partie de la population civile³³. Comme en témoignent le libellé et la logique de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II, les civils, les forces armées et les groupes armés organisés des parties au conflit constituent des catégories qui s'excluent mutuellement également dans les conflits armés non internationaux.

b) Article 3 commun aux Conventions de Genève

Bien que l'article 3 commun ne soit pas généralement considéré comme régissant la conduite des hostilités, son libellé permet de tirer certaines conclusions quant à la distinction générique entre les forces armées et la population civile dans les conflits armés non internationaux. Tout particulièrement, l'article 3 commun stipule que «**chacune des Parties au conflit**» est tenue d'octroyer une protection aux «personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les **membres des forces armées** qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat»³⁴. En conséquence, les parties au conflit – étatiques et non étatiques – possèdent des forces armées qui sont distinctes de la population civile³⁵. Ce passage clarifie un autre point: à la différence des autres personnes, les membres de ces forces armées sont considérés comme des personnes «qui ne participent pas directement aux hostilités» seulement après qu'elles aient quitté leur fonction de combat («ont déposé les armes») ou qu'elles aient été mises hors de combat; une simple suspension des combats est insuffisante. L'article 3 commun implique donc un concept de civil englobant les personnes «qui ne portent pas les armes» au nom d'une partie au conflit³⁶.

33 À propos du danger qu'il y aurait à étendre le concept de «participation directe aux hostilités» au-delà d'actes spécifiques, voir également la section IV.2, ci-dessous. Durant les réunions d'experts, l'approche fondée sur une participation directe continue aux hostilités a été critiquée, car elle aurait pour effet de brouiller la distinction faite par le DIH entre la perte de protection fondée, d'une part, sur la conduite (civils) et, d'autre part, sur le statut ou la fonction (membres de forces armées ou de groupes armés organisés). Voir *Background Doc. DPH 2004*, p. 36; *Background Doc. DPH 2005*, WS IV-V, p. 10; *Report DPH 2005*, pp. 44, 48, 50. Voir également les débats relatés dans *Report DPH 2006*, pp. 20 et suiv.; *Report DPH 2008*, pp. 46 et suiv.

34 Article 3 CG I-IV (termes soulignés par l'auteur).

35 Selon le *Commentaire CG III* (note 20, ci-dessus), p. 44: «D'une manière générale, on doit admettre que les conflits visés par l'article 3 sont des conflits armés caractérisés par des «hostilités» mettant aux prises des «forces armées». On se trouve, en somme, devant un conflit qui présente les aspects d'une guerre internationale, [...]».

36 Selon Pictet (éd.), *Commentaire de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1956, p. 40: «[L]'article 3 a un champ d'application extrêmement large et vise aussi bien les membres des forces armées que les personnes qui ne prennent pas part aux hostilités. Cependant, dans le cas présent, il est bien entendu que c'est avant tout **aux personnes civiles, c'est-à-dire celles qui ne portent pas les armes**, que cet article s'applique» (soulignement ajouté).

c) Protocole additionnel II

Alors que le Protocole additionnel II³⁷ possède un champ d'application nettement plus étroit et emploie des termes différents de ceux qui figurent à l'article 3 commun, la catégorisation générique des personnes est identique dans ces deux instruments³⁸. Lors de la Conférence diplomatique de 1974-77, le projet de l'article 25 [1] du Protocole additionnel II définissait le concept de civil comme incluant quiconque n'est pas un membre des forces armées ou d'un groupe armé organisé³⁹. Cet article a été rejeté – au même titre que la plupart des autres dispositions relatives à la conduite des hostilités – dans le cadre d'un effort de dernière minute visant à «simplifier» le Protocole, dont le texte final continue cependant de refléter le concept de civil proposé à l'origine. Aux termes du Protocole II, les «forces armées», les «forces armées dissidentes» et les autres «groupes armés organisés» possèdent la fonction et la capacité de «mener des opérations militaires continues et concertées»⁴⁰, alors que «la population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant des opérations militaires» menées par ces forces «sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant toute la durée de cette participation»⁴¹.

d) Réconciliation de la terminologie

Dans le Protocole additionnel II, le terme «forces armées» s'applique exclusivement aux forces armées d'un État, alors que les forces armées des parties non étatiques sont mentionnées en tant que «forces armées dissidentes» ou autres «groupes armés organisés». Par ailleurs, dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève, la notion de «forces armées» inclut les trois catégories juxtaposées dans l'article 1 [1] PA II, à savoir les forces armées d'un État, les forces armées dissidentes et les autres groupes armés organisés. En conséquence, comme dans les situations de conflit armé international, le concept de civil dans les conflits armés non internationaux est défini par opposition aux «forces armées» (article 3 commun aux Conventions de Genève) ou, pour reprendre la terminologie du Protocole additionnel II, par opposition aux «forces armées» d'un État, aux «forces armées dissidentes»

37 Au 1^{er} novembre 2008, 164 États étaient parties au PA II.

38 Au sujet du seuil d'application élevé du Protocole additionnel II, voir l'article 1 [2] PA II.

39 Le projet d'article 25 [1] PA II avait été adopté par consensus au sein de la Commission III le 4 avril 1975 (Actes, Vol. XV, p. 320, CDDH/215/Rev.1). Voir également le Commentaire du CICR (octobre 1973) sur la version initiale de l'article 25 [1] du projet de PA II présenté à la Conférence diplomatique de 1974-1977: «[...] sont considérés comme civils tous les êtres humains qui se trouvent sur le territoire d'une Partie contractante où se déroule un conflit armé au sens de l'article premier et **qui ne font pas partie des forces armées ou groupes armés**» (soulignement ajouté).

40 Article 1 [1] PA II.

41 Article 13 [1] et [3] PA II. Cette interprétation semble confirmée par les divers contextes dans lesquels le Protocole II se réfère aux «civils» (articles 13, 14, 17 PA II) et à la «population civile» (titre du Titre IV PA II; articles 5 [1] b) et e), 13, 14, 15, 17 et 18 PA II).

et aux autres «groupes armés organisés»⁴². Pour les besoins du présent *Guide interprétatif*, les forces armées des États parties à un conflit armé non international sont appelées «forces armées d'un État», alors que les forces armées des parties non étatiques sont décrites comme des «groupes armés organisés»⁴³. Sauf mention contraire, le concept de «groupe armé organisé» inclut à la fois les «forces armées dissidentes» et les «autres groupes armés organisés» (article 1 [1] PA II).

2. FORCES ARMÉES D'UN ÉTAT

a) Concept de base

Rien ne permet de supposer que les États parties aux deux Protocoles additionnels désiraient des définitions distinctes pour les forces armées d'un État en fonction de la situation (conflit armé international ou conflit armé non international). Selon les travaux préparatoires du Protocole additionnel II, le concept de forces armées d'une Haute Partie contractante figurant à l'article 1 [1] PA II était destiné à être suffisamment large pour inclure les acteurs armés ne répondant pas nécessairement à la qualification de forces armées au regard du droit interne (membres de la garde nationale, douaniers ou forces de police, notamment), à condition qu'effectivement, ces acteurs armés assument la fonction de forces armées⁴⁴. Par conséquent, au sens du Protocole additionnel II, les forces armées d'un État incluent à la fois (comme dans le Protocole additionnel I) les forces armées régulières et les autres groupes ou unités armés et organisés, placés sous un commandement responsable devant cet État⁴⁵.

42 Voir TPIY, *Le Procureur c/Martic*, Affaire No IT-95-11-A, Arrêt du 8 octobre 2008, par. 300-302. C'est également l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (voir *Report DPH 2005*, pp. 43-44; *Report DPH 2006*, pp. 20 et suiv.; *Report DPH 2008*, pp. 46 et suiv.).

43 Noter que le concept de groupe armé organisé est également utilisé en DIH régissant les conflits armés internationaux pour décrire les acteurs armés et organisés, autres que les forces armées régulières, qui sont placés sous un commandement responsable devant une partie au conflit et qui, par conséquent, appartiennent aux forces armées de cette partie (article 43 [1] PA I, voir la section I, ci-dessus).

44 Voir le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 4462: «Il faut entendre l'expression <forces armées> de la Haute Partie contractante dans son acception la plus large. En effet, on l'a choisie de préférence à d'autres suggestions, telles que forces armées régulières, par exemple, afin de couvrir toutes les forces armées, y compris celles que certaines législations nationales n'incluraient pas dans la notion d'armée (garde nationale, douanes, forces de police ou tout autre organisme similaire)», avec un renvoi à Actes, Vol. X, p. 96, CDDH/I/238/Rev.1. À propos de la qualification potentielle des forces de police en tant que partie des forces armées d'une partie au conflit, voir également les débats relatés dans *Report DPH 2005*, p. 11; *Report DPH 2006*, pp. 43, 52-53.; *Report DPH 2008*, pp. 54, 64, 68.

45 Selon Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (La Haye: Martinus Nijhoff, 1982), p. 672, les termes «organisés» et «sous la conduite d'un commandement responsable» employés à l'article 1 [1] PA II «par inférence [...] reconnaissent les conditions essentielles prescrites à l'article 43 du Protocole I: les forces armées doivent être liées à l'une des parties au conflit; être organisées; et être placées sous un commandement responsable» (traduction CICR).

b) Détermination de l'appartenance

Au moins pour ce qui concerne les forces armées régulières, l'appartenance aux forces armées d'un État est généralement définie par le droit interne et exprimée à travers une incorporation formelle dans des unités permanentes, identifiables par leurs uniformes, leurs insignes et leur équipement. Il en va de même lorsque des unités armées de la police ou des garde-frontières, ou d'autres forces en uniforme similaires, sont incorporées dans les forces armées d'un État. Les membres de forces régulièrement constituées ne sont pas des civils, quelles que soient leur conduite individuelle ou la fonction qu'ils assument au sein des forces armées. Aux fins du principe de distinction, l'appartenance aux forces armées régulières d'un État prend fin, et la protection accordée aux civils est restaurée, quand un membre quitte le service actif et retourne à la vie civile, qu'il soit entièrement démobilisé ou libéré de sa fonction de réserviste. Comme dans les conflits armés internationaux, de manière générale, l'appartenance aux forces armées irrégulières d'un État (telles que les milices et les groupes de volontaires ou les groupes paramilitaires) n'est pas réglementée par le droit interne et ne peut être déterminée de manière fiable qu'à l'aide des mêmes critères fonctionnels que ceux qui s'appliquent aux groupes armés organisés des parties non étatiques au conflit⁴⁶.

3. GROUPES ARMÉS ORGANISÉS

a) Concept de base

Les groupes armés organisés appartenant à une partie non étatique à un conflit armé incluent à la fois les forces armées dissidentes et les autres groupes armés organisés. Les forces armées dissidentes sont essentiellement constituées par une partie des forces armées d'un État qui se sont retournées contre le gouvernement⁴⁷. Les autres groupes armés organisés recrutent leurs membres principalement au sein de la population civile, mais ils acquièrent un degré suffisant d'organisation militaire pour conduire les hostilités au nom d'une partie au conflit, sans pour autant que ce soit toujours avec les mêmes moyens, la même intensité et le même niveau de sophistication que les forces armées d'un État.

⁴⁶ Voir la section I.2.c), ci-dessus, et la section II.3.b), ci-dessous.

⁴⁷ Voir le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 4460.

Dans l'un et l'autre cas, il est crucial pour la protection de la population civile d'établir une distinction entre, d'une part, une partie non étatique à un conflit (une insurrection, une rébellion ou un mouvement sécessionniste, par exemple) et, d'autre part, les forces armées de cette partie (un groupe armé organisé)⁴⁸. Comme dans le cas des États parties à un conflit armé, les parties non étatiques sont constituées non seulement de forces combattantes mais aussi de segments de la population civile qui – comme les branches politique et humanitaire d'un mouvement, par exemple – leur apportent un soutien. Néanmoins, l'expression «groupe armé organisé» se réfère exclusivement à la branche armée ou à la branche militaire d'une partie non étatique, c'est-à-dire à ses forces armées au sens fonctionnel. Cette distinction a d'importantes conséquences pour la détermination de l'appartenance à un groupe armé organisé, par opposition à d'autres formes d'affiliation ou de soutien à une partie non étatique au conflit.

b) Détermination de l'appartenance

Forces armées dissidentes – Bien que les membres de forces armées dissidentes ne soient plus membres des forces armées d'un État, ils ne deviennent pas des civils du simple fait qu'ils se sont retournés contre leur gouvernement. Au moins dans la mesure où, et aussi longtemps que les membres de forces armées dissidentes gardent les mêmes structures que les forces armées de l'État auxquelles ils appartenaient dans le passé, ces structures devraient aussi continuer de déterminer l'appartenance individuelle aux forces armées dissidentes.

Autres groupes armés organisés – Le concept d'appartenance à des groupes armés organisés autres que des forces armées dissidentes est plus difficile à cerner. En effet, l'appartenance à ces groupes irrégulièrement constitués ne repose sur aucune base en droit interne. Elle est rarement formalisée à travers un acte d'incorporation autre que le fait d'exercer une certaine fonction pour le groupe. De plus, cette appartenance ne s'exprime pas de manière systématique par le port d'uniformes, de signes distinctifs fixes ou de cartes d'identité. Étant donné la grande variété de contextes culturels, politiques et militaires dans lesquels opèrent les groupes armés organisés, il peut exister divers degrés d'affiliation à de tels groupes. Tous ces degrés n'équivalent pas nécessairement à une «appartenance» au sens du DIH. Dans un cas donné, l'affiliation peut être liée à un choix individuel, dans un autre cas au recrutement forcé, et dans un autre cas encore, à des notions plus

⁴⁸ L'article I PA II se réfère à des conflits armés «entre» les forces armées d'un État et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés. Toutefois, les **parties** à un tel conflit sont, bien sûr, la Haute Partie contractante et la partie adverse non étatique, et non leurs forces armées respectives.

traditionnelles de clan ou de famille⁴⁹. Dans la pratique, à cause des structures informelles et clandestines de la plupart des groupes armés organisés, ainsi que du caractère «élastique» de l'appartenance, il est particulièrement difficile d'établir une distinction entre une partie non étatique au conflit et ses forces armées.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, dans le DIH applicable aux conflits armés non internationaux, le concept de groupe armé organisé se réfère à des forces armées non étatiques dans un sens strictement fonctionnel. Par conséquent, aux fins pratiques du principe de distinction, l'appartenance à de tels groupes ne peut pas dépendre d'une affiliation abstraite, de liens familiaux ou d'autres critères sujets à caution (en raison du risque d'erreurs, d'arbitraire ou d'abus). Au lieu de cela, l'appartenance doit être déterminée par le fait que la fonction continue assumée par une personne correspond à celle qui est collectivement exercée par le groupe dans son ensemble, à savoir la conduite des hostilités au nom d'une partie non étatique au conflit⁵⁰. Il s'ensuit qu'au regard du DIH, 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 (ci-après: «fonction de combat continue»)⁵¹. Cette fonction de combat continue n'implique pas *de jure* le droit de prétendre au privilège du combattant⁵². Elle établit plutôt une distinction entre, d'une part, les membres des forces combattantes organisées d'une partie non étatique et, d'autre part, les civils qui participent directement aux hostilités de manière purement spontanée, sporadique ou non organisée, ou qui assument des fonctions exclusivement non combattantes, par exemple de caractère politique ou administratif⁵³.

49 *Background Doc. DPH 2005*, Groupes armés (IV-V), p. 15.

50 À propos de la nature collective ou individuelle de la fonction de combat continue, voir *Report DPH 2008*, pp. 55 et suiv.

51 À propos de la qualification d'une conduite en tant que participation directe aux hostilités, voir la section V, ci-dessous.

52 Le «privilège du combattant», à savoir le droit de participer directement aux hostilités en bénéficiant de l'immunité contre les poursuites judiciaires en vertu de la législation nationale pour des actes de guerre licites, n'est conféré qu'aux membres des forces armées des parties à un conflit armé international (à l'exception du personnel médical et religieux), de même qu'aux participants à une levée en masse (articles 1 et 2 H IV R; article 43 [1] PA I). Bien que tous les combattants bénéficiant de ce privilège aient le droit de participer directement aux hostilités, ils n'ont pas nécessairement une fonction exigeant qu'ils agissent ainsi (par exemple, cuisiniers ou personnel administratif). Inversement, les personnes qui assument une fonction de combat continue sans appartenir aux catégories de personnes bénéficiant de ce privilège (ainsi que dans les conflits armés non internationaux) n'ont pas droit au privilège du combattant au regard du DIH (voir également la section X, ci-dessous).

53 Durant les réunions d'experts, l'opinion qui a prévalu était que des personnes cessent d'être des civils au sens du DIH aussi longtemps qu'elles assument de manière continue une fonction impliquant une participation directe aux hostilités («fonction de combat continue») pour un groupe armé organisé appartenant à une partie à un conflit armé non international (*Expert Paper DPH 2004* (Prof. M. Bothe); *Report DPH 2005*, pp. 43-44, 48 et suiv., 53 et suiv., 82-83; *Report DPH 2006*, pp. 9 et suiv., 20 et suiv., 29-32, 66-67; *Report DPH 2008*, pp. 46-60).

Une fonction de combat continue exige une incorporation durable dans un groupe armé organisé agissant en tant que forces armées d'une partie non étatique à un conflit armé. En conséquence, les personnes dont la fonction continue implique la préparation, l'exécution ou le commandement d'actes ou d'opérations constituant une participation directe aux hostilités assument bel et bien une fonction de combat continue. Une personne recrutée, entraînée et équipée par un groupe armé organisé pour participer, en son nom, aux hostilités de manière continue et directe peut être considérée comme assumant une fonction de combat continue (même avant que cette personne commette un acte hostile). Ce cas est à distinguer de celui des personnes qui, comme le feraient des réservistes, quittent le groupe armé et retournent à la vie civile au terme d'une période de formation militaire initiale, ou d'activité. Ces «réservistes» sont des civils jusqu'au moment où ils sont rappelés au service actif, et pendant la durée de celui-ci⁵⁴.

Les personnes qui, de manière continue, accompagnent ou soutiennent un groupe armé organisé, mais dont la fonction n'implique pas une participation directe aux hostilités, ne sont pas membres de ce groupe au sens du DIH. Ces personnes restent des civils qui assument des fonctions d'appui, au même titre que des sous-traitants privés et des employés civils accompagnant les forces armées d'un État⁵⁵. Ainsi, recruteurs, instructeurs, financiers et propagandistes peuvent contribuer de manière continue à l'effort de guerre général d'une partie non étatique sans pour autant être membres d'un groupe armé organisé appartenant à cette partie, à moins que leur fonction englobe aussi des activités constituant une participation directe aux hostilités⁵⁶. Cela vaut également pour les personnes dont la fonction se borne à assurer l'achat, la contrebande, la fabrication et l'entretien d'armes et d'autres équipements en dehors d'opérations militaires spécifiques, ou à collecter des renseignements de nature autre que tactique⁵⁷. Bien que ces personnes puissent parfois accompagner des groupes armés organisés et fournir un soutien substantiel à une partie au conflit, elles n'assument pas une fonction de combat continue et, aux fins du principe de distinction, elles ne peuvent pas être considérées comme des membres d'un groupe armé organisé⁵⁸. En tant que personnes

54 Voir également les sections I.2.c) et II.2.b), ci-dessus, et, plus généralement, la section VII.2, ci-dessous.

55 Voir la section III, ci-dessous.

56 À propos de la qualification en tant que «participation directe aux hostilités» du recrutement ainsi que de la formation, du financement et de la propagande, voir les sections V.2.a) et b) et VI.1, ci-dessous.

57 À propos de la qualification en tant que «participation directe aux hostilités» d'un certain nombre d'activités (achat, contrebande, transport, fabrication et entretien d'armes, d'explosifs et d'équipement, ainsi que collecte et fourniture de renseignements), voir les sections V.1.a), V.2.a), b) et g) et VI.1, ci-dessous.

58 Manifestement, une telle absence d'appartenance» n'exclut pas que les civils qui apportent leur soutien aux groupes armés organisés puissent être tenus responsables, sur le plan pénal, de leurs activités au regard du droit national ainsi que, dans le cas de crimes internationaux, au regard du droit international. Voir la section X, ci-dessous.

civiles, elles bénéficient de l'immunité contre les attaques directes, sauf si elles participent directement aux hostilités, et pendant la durée de cette participation, même si leurs activités ou le lieu où elles se trouvent peuvent accroître le risque qu'elles soient tuées ou blessées incidemment.

Dans la pratique, le principe de distinction doit être appliqué en se fondant sur les informations qui se trouvent effectivement à disposition et peuvent raisonnablement être considérées comme fiables dans les circonstances qui prévalent. Une fonction de combat continue peut être manifestée ouvertement par le biais du port d'uniformes, de signes distinctifs ou de certaines armes. Elle peut également se déduire d'un comportement concluant, par exemple lorsqu'une personne participe aux hostilités directement et de manière répétée, pour soutenir un groupe armé organisé dans des circonstances indiquant qu'une telle conduite constitue une fonction continue et non pas un rôle spontané, sporadique ou temporaire, assumé pendant la durée d'une opération particulière. Quels qu'ils soient, les critères utilisés pour mettre en œuvre le principe de distinction dans un contexte particulier doivent permettre d'établir de manière fiable une distinction entre, d'une part, les membres des forces armées d'une partie non étatique au conflit et, d'autre part, les civils qui ne participent pas directement aux hostilités ou qui, s'ils y participent, le font de manière purement spontanée, sporadique ou non organisée⁵⁹. Comme nous le verrons ci-après, cette distinction doit être établie en prenant toutes les précautions pratiquement possibles et, en cas de doute, en présument que ces personnes ont droit à une protection contre les attaques directes⁶⁰.

59 Voir également *Report DPH 2006*, pp. 25 et suiv.; *Report DPH 2008*, pp. 49-57.

60 Voir la section VIII, ci-dessous.

4. CONCLUSION

Aux fins du principe de distinction dans les conflits armés non internationaux, toutes les personnes qui ne sont pas 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 ils ne sont composés que de personnes dont la fonction continue est de participer directement aux hostilités («fonction de combat continue»).

III. SOUS-TRAITANTS PRIVÉS ET EMPLOYÉS CIVILS

Les sous-traitants privés et les employés d'une partie à un conflit armé qui sont des civils au regard du DIH (voir les recommandations I et II, ci-dessus) ont droit à une protection contre les attaques directes, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Toutefois, du fait de leurs activités ou du lieu où elles se trouvent, ces personnes peuvent être exposées à un risque accru d'être tuées ou blessées incidemment, même si elles ne participent pas directement aux hostilités.

1. DIFFICULTÉS PARTICULIÈRES RELATIVES

AUX SOUS-TRAITANTS PRIVÉS ET AUX EMPLOYÉS CIVILS

Depuis ces dernières décennies, les parties à un conflit armé ont de plus en plus souvent recours à des sous-traitants privés et à des employés civils pour occuper toute une gamme de fonctions traditionnellement dévolues aux militaires⁶¹. De manière générale, pour déterminer si les sous-traitants privés et les employés d'une partie à un conflit armé sont des civils au sens du DIH et s'ils participent directement aux hostilités, il convient d'utiliser les mêmes critères que ceux qui s'appliqueraient à n'importe quel civil⁶². Le rôle spécial de ce personnel exige que ces déterminations soient faites avec un soin particulier et en tenant dûment compte de la proximité – spatiale et organisationnelle – de nombreux sous-traitants privés et employés civils avec les forces armées et les hostilités.

Il convient également de noter que le but de la distinction entre les civils et les membres des forces armées peut ne pas être identique en droit interne et en droit international. En fonction de la législation nationale en vigueur, l'appartenance aux forces armées peut avoir des conséquences sur plusieurs plans, notamment administratif et juridictionnel, sans rapport avec le principe de distinction dans la conduite des hostilités. Au regard du DIH, l'appartenance aux forces armées a pour conséquences principales l'exclusion de la catégorie des personnes civiles et, dans les conflits armés internationaux,

61 Ce phénomène a conduit à une initiative lancée par le gouvernement suisse qui, en coopération avec le CICR, a résolu d'examiner la question des compagnies militaires et de sécurité privées. Cette initiative a débouché sur le « 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 », daté du 17 septembre 2008 et adopté par 17 États participants.

62 À propos du concept de « civil », voir les sections I et II, ci-dessus. À propos du concept de « participation directe aux hostilités », voir les sections IV à VI, ci-dessous.

le droit de participer directement aux hostilités au nom d'une partie au conflit (privilège du combattant). Lorsque les concepts de personnes civiles et de forces armées sont définis aux fins de la conduite des hostilités, les normes pertinentes doivent être dérivées du DIH⁶³.

Dans leur grande majorité, les sous-traitants privés et les employés civils actuellement actifs dans des conflits armés n'ont pas été incorporés dans les forces armées d'un État, et ils assument des fonctions qui, clairement, n'impliquent pas leur participation directe aux hostilités au nom d'une partie au conflit (c'est-à-dire qu'ils n'exercent pas de « fonction de combat continue »)⁶⁴. De manière générale, ces personnes sont donc des civils au regard du DIH⁶⁵ et, dès lors, elles ont droit à une protection contre les attaques directes. Toutefois, leur proximité par rapport aux forces armées et à d'autres objectifs militaires peut les exposer davantage que les autres civils aux dangers résultant des opérations militaires, y compris le risque d'être tuées ou blessées incidemment⁶⁶.

Cela dit, il peut être extrêmement difficile dans certains cas de déterminer le caractère civil ou militaire de l'activité d'un sous-traitant. Par exemple, c'est une ligne bien tenue qui sépare, d'une part, la défense du personnel militaire et d'autres objectifs militaires contre les attaques ennemies (participation directe aux hostilités) et, d'autre part, la protection de ces mêmes personnes et objectifs contre des actes criminels ou contre des actes de violence sans lien avec les hostilités (maintien de l'ordre, légitime défense de soi ou d'autrui). Il est donc particulièrement important, dans un tel contexte, de se conformer aux règles générales du DIH relatives aux précautions à prendre et à la présomption d'immunité en cas de doute⁶⁷.

2. CONFLITS ARMÉS INTERNATIONAUX

Il n'a jamais été envisagé que les civils, y compris ceux qui sont officiellement autorisés à accompagner les forces armées et ont droit au statut de prisonnier de guerre en cas de capture, participent directement aux hostilités au nom d'une partie au conflit⁶⁸. Aussi longtemps qu'ils ne sont pas incorporés dans

63 Voir *Report DPH 2005*, pp. 74-75.

64 À propos du concept de « fonction de combat continue », voir la section II.3.b), ci-dessus.

65 *Report DPH 2005*, p. 80.

66 *Report DPH 2006*, pp. 34-35.

67 Voir la section VIII, ci-dessous.

68 Parmi les catégories de personnes ayant droit au statut de prisonnier de guerre en vertu de l'article 4 [1] à [6] CG III, les personnes visées à l'article 4 [4] CG III (les personnes qui suivent les forces armées) et à l'article 4 [5] CG III (les membres des équipages de la marine marchande et les équipages de l'aviation civile) sont des civils (article 50 [1] PA I). Comme tous les autres civils, ces personnes sont exclues de la catégorie des personnes pouvant prétendre à bénéficier du privilège du combattant, à savoir les membres des forces armées et les participants à une levée en masse (articles 43 [1] et [2] et 50 [1] PA I;

les forces armées, les sous-traitants privés et les employés civils ne perdent pas leur qualité de civils du simple fait qu'ils accompagnent les forces armées et/ou assument des fonctions (autres que la conduite des hostilités) traditionnellement dévolues aux militaires. Lorsque ces personnes participent directement aux hostilités sans y être expressément ou tacitement autorisées par l'État partie au conflit, elles restent des civils et perdent leur protection contre les attaques directes pendant la durée de leur participation directe⁶⁹.

Une conclusion différente doit intervenir en ce qui concerne les sous-traitants et les employés qui, d'une manière ou d'une autre, ont été incorporés dans les forces armées d'une partie au conflit, soit par le biais d'une procédure formelle au regard du droit national, soit *de facto*, en se voyant confier une fonction de combat continue⁷⁰. Au regard du DIH, ces personnes deviendraient des membres de forces, unités ou groupes armés organisés placés sous un commandement responsable devant une partie au conflit et, aux fins du principe de distinction, ces sous-traitants ou employés ne seraient plus considérés comme des civils⁷¹.

3. CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX

Les observations ci-dessus s'appliquent également, *mutatis mutandis*, aux situations de conflit armé non international. En conséquence, aussi longtemps que les sous-traitants privés assument une fonction de combat continue pour un groupe armé organisé appartenant à une partie non étatique, ils deviennent des membres de ce groupe⁷². En théorie, les compagnies militaires privées pourraient même devenir des parties non étatiques indépendantes à un conflit armé non international⁷³. Les sous-traitants privés et les employés civils qui ne sont ni membres des forces armées d'un État ni membres de groupes armés organisés doivent toutefois être considérés comme des

articles 1 et 2 H IV R) et, par conséquent, elles n'ont pas le droit de participer directement aux hostilités en bénéficiant de l'immunité contre les poursuites judiciaires en vertu de la législation nationale.

Voir également la section X, ci-dessous, ainsi que le bref débat relaté dans *Report DPH 2006*, pp. 35-36.

⁶⁹ *Report DPH 2005*, p. 82.

⁷⁰ À propos du concept de «fonction de combat continue», voir la section II.3.b), ci-dessus. À propos de la détermination subsidiaire, fonctionnelle, de l'appartenance dans le cas spécifique des conflits armés internationaux, voir la section I.3.c), ci-dessus.

⁷¹ L'opinion qui a été le plus souvent exprimée durant les réunions d'experts est qu'aux fins de la conduite des hostilités, les sous-traitants privés et les employés autorisés par un État à participer directement aux hostilités en son nom cessent d'être des civils et deviennent membres des forces armées de cet État au regard du DIH, qu'il y ait ou non incorporation formelle. Il a été relevé que, des anciennes *lettres de marque et de représailles* remises aux corsaires au «privilege du combattant» des temps modernes, la participation directe aux hostilités avec l'autorité conférée par un État a toujours été considérée comme légitime et, en tant que telle, exempte de poursuites judiciaires internes. Voir *Report DPH 2003*, pp. 4-5.; *Report DPH 2004*, pp. 11 et suiv., 14; *Expert Paper DPH 2004* (Prof. M. Schmitt), pp. 8 et suiv.; *Report DPH 2005*, pp. 74 et suiv., 80-81; *Background Doc. DPH 2005*, WS VIII-IX, p. 17.

⁷² Voir *Report DPH 2005*, pp. 81-82.

⁷³ *Ibid.*

personnes civiles. Dès lors, ils sont protégés contre les attaques directes, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant toute la durée de cette participation.

4. CONCLUSION

Pour déterminer si les sous-traitants privés et les employés d'une partie à un conflit armé sont des civils au sens du DIH et s'ils participent directement aux hostilités, il convient d'utiliser les mêmes critères que ceux qui s'appliqueraient à tout autre civil. La proximité spatiale et organisationnelle de ce personnel par rapport aux forces armées et aux hostilités exige que cette détermination soit faite avec un soin particulier. Ceux qui peuvent prétendre à la qualité de civils ont droit à une protection contre les attaques directes, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant toute la durée de cette participation, même si leurs activités et l'endroit où ils se trouvent les exposent à un risque accru d'être blessés ou tués incidemment. Cela n'exclut pas la possibilité qu'à des fins autres que la conduite des hostilités, le statut des sous-traitants privés et des employés puisse être réglementé de manière différente par le droit interne et par le DIH.

B. LE CONCEPT DE PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS

Le DIH conventionnel ne définit pas la participation directe aux hostilités, et aucune interprétation claire de ce concept n'émerge de la pratique des États ou de la jurisprudence internationale. Dès lors, la notion de participation directe aux hostilités doit être interprétée de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du DIH⁷⁴.

Lorsque le droit des traités se réfère à des «hostilités», cette notion est intrinsèquement liée à des situations de conflit armé international ou non international⁷⁵. Par conséquent, la notion de participation directe aux hostilités ne peut pas faire référence à une conduite intervenant en dehors de situations de conflit armé (par exemple, en période de troubles intérieurs et de tensions internes, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues)⁷⁶. Qui plus est, même en période de conflit armé, toute conduite ne fait pas nécessairement partie des hostilités⁷⁷. Le but du présent chapitre est d'identifier les critères qui déterminent si – et, en ce cas, pendant combien de temps – une conduite particulière constitue une participation directe aux hostilités.

Dans la pratique, la participation des civils aux hostilités se présente sous des formes diverses et avec différents degrés d'intensité, ainsi que dans une

⁷⁴ Article 31 [1] Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁷⁵ Le concept d'hostilités est souvent utilisé dans les traités régissant les situations de conflits armés internationaux et non internationaux, par exemple dans les contextes suivants: ouverture des hostilités, conduite des hostilités, actes d'hostilité, personnes participant (ou ne participant pas) aux hostilités, effets des hostilités, suspension des hostilités, fin des hostilités. Voir titre et article 1 Convention III de La Haye; titre de la section II H IV R; article 3 [1] CG I-IV; article 17 CG I; article 33 CG II; titre de la section II et articles 21 [3], 67, 118, 119 CG III; articles 49 [2], 130, 133, 134, 135 CG IV; articles 33, 34, 40, 43 [2], 45, 47, 51 [3], 59, 60 PA I et titre du Titre IV, Section I PA I; articles 4 et 13 [3] PA II; articles 3 [1] – [3] et 4 Protocole relatif aux restes explosifs de guerre.

⁷⁶ Aux termes de l'article 1 [2] PA II, de telles situations ne constituent pas des conflits armés.

⁷⁷ En fait, un conflit armé peut éclater sans que des hostilités se produisent, c'est-à-dire par le biais d'une déclaration de guerre ou de l'occupation d'un territoire ne rencontrant pas de résistance armée (article 2 CG I-IV). De plus, des portions considérables du DIH traitent de questions autres que la conduite des hostilités, tout particulièrement l'exercice du pouvoir et de l'autorité sur des personnes et sur un territoire contrôlé par une partie au conflit. Voir également *Report DPH 2005*, pp. 13, 18-19.

grande variété de contextes géographiques, culturels, politiques et militaires. Par conséquent, aux fins de déterminer si une conduite particulière constitue une participation directe aux hostilités, il convient de prendre dûment en compte les circonstances qui prévalent au moment et à l'endroit en question⁷⁸. Cela dit, l'importance des circonstances entourant chaque cas ne devrait pas détourner l'attention du fait que la participation directe aux hostilités demeure un concept juridique ayant une élasticité limitée, et qui doit être interprété d'une manière logique et cohérente sur le plan de la théorie, à la lumière des principes fondamentaux du DIH.

78 Voir également la section VIII, ci-dessous. Voir aussi: *Report DPH 2006*, pp. 25 et suiv., 70 et suiv.

IV. LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS EN TANT QU'ACTE SPÉCIFIQUE

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.

1. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS ESSENTIELS DE LA NOTION DE PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS

La notion de participation directe aux hostilités est essentiellement composée de deux éléments, dont le premier est «hostilités» et le second «participation directe»⁷⁹. Le concept d'«hostilités» se réfère au recours (collectif) par les parties au conflit à des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi⁸⁰, tandis que la «participation» aux hostilités se réfère à l'implication (individuelle) d'une personne dans ces hostilités⁸¹. En fonction de la qualité et du degré de cette implication, la participation individuelle aux hostilités peut être décrite comme «directe» ou «indirecte». La notion de participation directe aux hostilités découle de la formule «qui ne participent pas directement aux hostilités» utilisée à l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Bien que le texte anglais des Conventions et des Protocoles additionnels utilise respectivement les mots *active*⁸² et *direct*⁸³, l'emploi systématique de l'expression «participent directement» dans le texte français, également authentique, démontre que les mots *direct* et *active* font référence à la même qualité et au même degré de participation individuelle aux hostilités⁸⁴. De plus, comme l'expression «prendre une part directe aux hostilités» est

79 *Report DPH 2005*, p. 17; *Background Doc. DPH 2005*, WS II-III, p. 2.

80 Voir l'article 22 H IV R (Section II intitulée «Des hostilités»). Le droit des traités n'établit pas une terminologie uniforme pour la conduite des hostilités, mais il fait référence non seulement aux «hostilités» mais également à la «guerre» (titre du Titre III, Section I et article 35 [1] PA I), aux «opérations militaires» (article 53 CG IV; article 51 [1] PA I; article 13 [1] PA II), ou simplement aux «opérations» (article 48 PA I).

81 Voir les articles 43 [2] PA I; 45 [1] et [3] PA I; 51 [3] PA I; 67 [1] e) PA I; 13 [3] PA II.

82 Article 3 CG I-IV.

83 Article 51 [3] PA I; articles 43 [2] et 67 [1] e) PA I et article 13 [3] PA II.

84 C'est également l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (*Report DPH 2005*, p. 29; *Report DPH 2006*, p. 62). Concernant la synonymie des notions de «participation active» et de «participation directe» aux hostilités: TPIR, *Le Procureur c/Akayesu*, Affaire No ICTR-96-4-T, Jugement du 2 septembre 1998, par. 629. Il pourrait sembler de prime abord que le Comité préparatoire pour la création d'une Cour pénale internationale ait laissé entendre qu'il existait une distinction entre les termes «participation active» et «participation directe» dans le contexte du recrutement des enfants, quand il expliquait que: «[L]es mots «utilisation» et «participation» sont employés de manière à couvrir à la fois la **participation directe** au combat et la **participation active** à des activités en rapport avec le combat» (soulignement ajouté). Toutefois, *stricto sensu*, la distinction opérée par le Comité préparatoire n'est pas entre «participation active» et «participation directe» mais entre «combat» et «activités en rapport avec le combat».

employée dans la même acception dans les Protocoles additionnels I et II, elle devrait être interprétée de la même manière dans les conflits armés internationaux et non internationaux⁸⁵.

2. LIMITATION À DES ACTES SPÉCIFIQUES

En DIH conventionnel, une conduite individuelle faisant partie des hostilités est décrite comme une participation directe aux hostilités, que l'individu soit un civil ou un membre des forces armées⁸⁶. Le fait de participer directement aux hostilités de manière spontanée, sporadique ou non organisée, ou alors dans le cadre d'une fonction continue assumée pour une force armée ou pour un groupe organisé appartenant à une partie au conflit, est un critère décisif pour le statut de civil; par contre, cela n'influe en rien sur la définition de la conduite qui constitue une participation directe aux hostilités. Il apparaît donc clairement que la notion de participation directe aux hostilités ne fait pas référence au statut, à la fonction ou à l'affiliation d'une personne, mais à son implication dans des actes hostiles spécifiques⁸⁷. Intrinsèquement, le concept d'hostilités pourrait être décrit comme étant la somme totale de tous les actes hostiles menés par des personnes participant directement aux hostilités⁸⁸.

Lorsque les civils commettent des actes hostiles de manière récurrente et persistante, il peut être tentant de considérer comme une participation directe aux hostilités non seulement chaque acte hostile, mais aussi l'intention continue de ces civils de perpétrer des actes hostiles non spécifiés à l'avenir⁸⁹. Néanmoins, toute extension du concept de participation directe aux hostilités au-delà des actes spécifiques viendrait brouiller la distinction établie en DIH

85 C'est également l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (*Background Doc. DPH 2004*, p. 30; *Report DPH 2004*, pp. 15 et suiv.; *Report DPH 2005*, p. 13). Cela n'exclut pas, bien sûr, que certaines conséquences (en particulier quant à l'immunité de poursuites judiciaires pour avoir participé directement aux hostilités) peuvent être réglementées de manière différente pour les diverses catégories de personnes impliquées dans les conflits armés internationaux et non internationaux.

86 Voir les articles 43 [2] PA I; 51 [3] PA I; 67 [1] e) PA I; 13 [3] PA II.

87 C'est également l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (voir *Report DPH 2004*, pp. 24-25; *Report DPH 2005*, pp. 17-24; *Report DPH 2006*, pp. 37-38; *Report DPH 2008*, pp. 33 et suiv.).

88 Aux fins du présent *Guide interprétatif*, la notion d'acte «d'hostilité» se réfère à un acte spécifique constituant une participation directe aux hostilités. Selon le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1943: «Il semble que le mot «hostilités» ne couvre pas seulement le temps où le civil se sert d'une arme, mais aussi, par exemple, le temps pendant lequel il la porte, ainsi que les situations où le civil se livre à des **actes hostiles** sans se servir d'une arme». Verri, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, (Genève: CICR, 1988), p. 57, définit les hostilités comme des **actes de violence** commis par un belligérant contre un ennemi afin de faire cesser sa résistance et de lui imposer obéissance, et Salmon, *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles: Bruylant, 2001), p. 550, (hostilités): «**Ensemble des actes offensifs ou défensifs** et des opérations militaires accomplis par un belligérant dans le cadre d'un conflit armé» (soulignement ajouté). Voir également l'emploi de l'expression «acte d'hostilité» aux articles 41 [2] et 42 [2] PA I. À propos de la signification et de l'interrelation de ces deux notions («hostilités» et «actes d'hostilité»), voir aussi *Report DPH 2004*, pp. 24-25; *Report DPH 2005*, pp. 17-24; *Report DPH 2006*, pp. 37-38.

89 *Report DPH 2006*, pp. 28-29; *Report DPH 2008*, pp. 35-40. Pour un argument similaire avancé dans la jurisprudence nationale récente, voir: Israël, Haute Cour de Justice, *PCATI c/Israël*, note 24, ci-dessus, par. 39.

entre la *perte temporaire de la protection en raison d'une activité* (participation directe aux hostilités) et la *perte continue de la protection en raison d'un statut ou d'une fonction* (statut de combattant ou fonction de combat continue)⁹⁰. Dans la pratique, d'insurmontables problèmes de preuves surgiraient s'il existait une confusion entre les régimes distincts par lesquels le DIH régit la perte de la protection pour les civils, d'une part, et pour les membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés, d'autre part. Les personnes qui conduisent les hostilités ont déjà la difficile tâche d'établir une distinction entre les civils qui sont et ceux qui ne sont pas en train de commettre un acte hostile spécifique (participation directe aux hostilités), et d'établir en outre une distinction entre ces deux catégories et les membres de groupes armés organisés (fonction de combat continue) et des forces armées d'un État. Dans la réalité des opérations, il serait impossible de déterminer avec un degré suffisant de fiabilité si les civils qui, au moment considéré, ne préparent ni n'exécutent un acte hostile ont en fait, précédemment, préparé ou exécuté un acte hostile de manière récurrente et persistante et si, en outre, ces civils ont l'intention de continuer à agir ainsi. Le fait de baser la perte continue de la protection sur des critères aussi spéculatifs aurait inévitablement pour résultat des attaques dirigées par erreur ou de manière arbitraire contre les civils, avec pour conséquence de saper leur protection, alors que celle-ci est au cœur du DIH⁹¹. Il s'ensuit que, conformément à l'objet et au but du DIH, la notion de participation directe aux hostilités doit être interprétée comme étant limitée à des actes hostiles spécifiques⁹².

3. CONCLUSION

La notion de participation directe aux hostilités se réfère à des actes hostiles spécifiques commis par des personnes 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. Les termes anglais utilisés dans les traités – *direct* et *active* – indiquent la même qualité et le même degré de participation individuelle aux hostilités.

90 Voir également la section II.3, ci-dessus. À propos de la portée temporelle distincte de la perte de la protection, selon que des civils ou des acteurs armés organisés sont concernés, voir la section VII, ci-dessous.

91 *Report DPH 2008*, pp. 36-42.

92 C'est aussi l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (voir *Report DPH 2006*, p. 38).

V. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS

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 et 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).**

Les actes constituant une participation directe aux hostilités doivent remplir trois conditions cumulatives: premièrement, un certain seuil de nuisance doit être susceptible de résulter de l'acte; deuxièmement, il doit exister un rapport de causalité directe entre l'acte et les effets nuisibles attendus; et, troisièmement, il doit exister un lien de belligérance entre l'acte et les hostilités conduites entre les parties à un conflit armé⁹³. Bien que ces trois éléments soient très étroitement liés, et bien qu'il puisse exister des zones de chevauchement, chacun d'eux sera examiné séparément ci-dessous.

⁹³ À propos du caractère cumulatif de ces exigences, voir également *Report DPH 2006*, pp. 40-41, 43 et suiv., 49-50.

1. SEUIL DE NUISANCE

Pour atteindre le seuil de nuisance requis, un acte spécifique 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 et des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes.

Pour qu'un acte spécifique constitue une participation directe aux hostilités, les effets susceptibles d'en résulter doivent atteindre un certain seuil de nuisance⁹⁴. Ce seuil peut être atteint soit en causant des effets nuisibles de caractère spécifiquement militaire, soit en infligeant des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes. La qualification d'un acte en tant que participation directe exige non pas que la *matérialisation* des effets nuisibles atteigne un certain seuil, mais qu'il existe simplement une *probabilité* objective que l'acte provoque de tels effets. Par conséquent, la détermination du seuil de nuisance doit être basée sur les effets «probables», c'est-à-dire sur les effets dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils résulteront d'un acte donné dans les circonstances qui prévalent⁹⁵.

a) Nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit

Quand on peut raisonnablement attendre d'un acte qu'il cause des effets nuisibles *de caractère spécifiquement militaire*, l'exigence relative au seuil à atteindre sera généralement satisfaite, indépendamment de la gravité de l'acte sur le plan quantitatif. Dans un tel contexte, les effets nuisibles sur le plan militaire devraient être interprétés comme englobant non seulement l'infliction de pertes en vies humaines, de blessures ou de destructions au personnel et aux biens militaires⁹⁶ mais aussi toute conséquence nuisant aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit⁹⁷.

⁹⁴ *Background Doc. DPH 2004*, pp. 27-28; *Background Doc. DPH 2005*, WS II-III, p. 6.

⁹⁵ *Background Doc. DPH 2004*, p. 25; *Report DPH 2005*, p. 33.

⁹⁶ L'emploi d'armes ou d'autres moyens pour commettre des actes de violence contre les moyens humains et matériels des forces adverses est probablement l'exemple le moins controversé de participation directe aux hostilités (*DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 6, p. 22).

⁹⁷ Durant les réunions d'experts, il a été largement admis que, dans le cadre des hostilités, le fait de nuire sur le plan militaire ne présupposait pas nécessairement d'employer la force armée ou causer des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions (*Report DPH 2005*, p. 14), mais que cette notion englobait en fait tous les actes qui nuisent, ou qui visent à nuire à la poursuite, par l'ennemi, de son objectif ou de son but

Par exemple, outre le fait de tuer et de blesser le personnel militaire et de causer des dommages matériels ou fonctionnels aux biens militaires, il est possible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit par des actes de sabotage et d'autres activités, armées ou non armées, visant à entraver ou à perturber les déploiements, la logistique et les télécommunications. Il est également possible de provoquer des effets nuisibles en capturant le personnel et les biens militaires, ou en établissant ou en exerçant, d'une autre manière, un contrôle sur eux ou sur un territoire, au détriment de l'adversaire. Par exemple, le fait d'empêcher l'adversaire d'utiliser à des fins militaires certains biens, équipements et parties de territoire⁹⁸, le fait d'exercer une surveillance sur le personnel militaire de l'adversaire qui a été capturé, afin d'empêcher qu'il soit libéré par la force (par opposition au fait d'exercer une autorité sur les captifs)⁹⁹, ou encore le fait d'enlever des mines mises en place par l'adversaire¹⁰⁰ constitueraient des actes atteignant le niveau de nuisance requis. Le fait de provoquer des interférences électroniques avec des réseaux informatiques militaires pourrait également atteindre le seuil de nuisance requis. Ces actes peuvent prendre différentes formes: attaques contre les réseaux informatiques; exploitation des réseaux informatiques¹⁰¹; écoute clandestine des communications du haut commandement de l'adversaire¹⁰²; transmission d'informations de ciblage tactique en vue d'une attaque¹⁰³.

militaire (*Report DPH 2005*, pp. 22-23, 31). Certains experts ont exprimé la crainte que le critère consistant à nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire soit trop large et trop vague, et qu'il risque d'être compris à tort comme autorisant de tuer des civils sans aucune nécessité militaire. Ce point est examiné dans la section IX, ci-dessous (voir *Report DPH 2006*, pp. 41-42).

98 *Report DPH 2005*, pp. 11 et 29.

99 L'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts a été que la surveillance du personnel militaire capturé constituait clairement un cas de participation directe aux hostilités (*Background Doc. DPH 2004*, p. 9; *Report DPH 2005*, pp. 15-16). Néanmoins, dans la mesure où cela est pratiquement possible, la surveillance du personnel militaire capturé (en tant que moyen d'empêcher qu'il soit libéré par l'ennemi) devrait être distinguée de l'exercice d'une autorité administrative, judiciaire et disciplinaire sur ce personnel pendant qu'il se trouve au pouvoir d'une partie au conflit (y compris en cas d'émeutes ou d'évasions, qui ne font pas partie d'une opération militaire hostile). Cette distinction nuancée n'a pas été examinée durant les réunions d'experts. Voir également la discussion relative à l'«exercice du pouvoir ou de l'autorité sur des personnes ou sur un territoire», notes 163 à 165, ci-dessous, ainsi que le texte qui les accompagne.

100 *Report DPH 2005*, p. 31.

101 Les attaques contre les réseaux informatiques (*Computer Network Attacks/CNA*) ont été définies, provisoirement, comme «des opérations destinées à endommager ou détruire les informations se trouvant dans les ordinateurs et dans les réseaux informatiques, ou à empêcher ou perturber l'accès à ces informations. Les ordinateurs et les réseaux eux-mêmes peuvent également faire l'objet d'attaques» (*Background Doc. DPH 2003*, pp. 15 et suiv., avec références); ces attaques peuvent être conduites sur de longues distances par le biais d'ondes radio ou de réseaux internationaux de communication. Ces attaques peuvent ne pas causer de dommages physiques directs, mais les dysfonctionnements du système qu'elles provoquent peuvent être dévastateurs. L'exploitation des réseaux informatiques (*Computer Network Exploitation/CNE*) – à savoir «la capacité d'accéder aux informations hébergées dans des systèmes d'information et la capacité d'utiliser le système lui-même» (*ibid.*, avec références) – n'est pas elle-même de nature directement destructive. Elle pourrait cependant avoir des implications militaires tout aussi graves. Durant les réunions d'experts, les attaques contre les réseaux informatiques qui, dans une situation de conflit armé, nuisent à l'adversaire sur le plan militaire ont été clairement considérées comme faisant partie des hostilités (*Report DPH 2005*, p. 14).

102 Voir *Report DPH 2005*, p. 29.

103 Durant les réunions d'experts, l'exemple a été cité d'une femme civile qui, pour pouvoir renseigner les

En même temps, la conduite d'un civil ne peut pas être interprétée comme ayant des effets *nuisibles* sur les opérations ou les capacités militaires d'une partie au conflit simplement parce que cette conduite n'a pas d'effets *favorables* sur elles. Par conséquent, le fait qu'un civil refuse de collaborer avec une partie au conflit – en tant qu'informateur, éclaireur ou guetteur, par exemple – ne suffirait pas à atteindre le seuil de nuisance requis, quelles que soient les motivations qui sous-tendent ce refus.

**b) Infliger des pertes en vies humaines, des blessures
ou des destructions à des personnes ou à des biens protégés
contre les attaques directes**

Des actes spécifiques peuvent faire partie des hostilités, même si ces actes ne sont pas susceptibles de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit. Néanmoins, en l'absence de tels effets nuisibles sur le plan militaire, un acte spécifique doit être susceptible de causer au moins des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions¹⁰⁴. Les attaques dirigées contre les civils et les biens de caractère civil constituent les exemples les moins controversés d'actes qui – même s'ils n'ont pas d'effets nuisibles sur le plan militaire – peuvent être qualifiés de participation directe aux hostilités¹⁰⁵. En DIH, les attaques sont définies comme «des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs»¹⁰⁶. L'expression «contre l'adversaire» ne spécifie pas la cible, mais le lien de belligérance d'une attaque¹⁰⁷, de sorte que même les actes de violence dirigés spécifiquement contre les civils ou les biens de caractère civil peuvent constituer une participation directe aux hostilités¹⁰⁸. Par exemple, les attaques de tireurs isolés contre les civils¹⁰⁹, ainsi que le

forces adverses qui attaquaient, avait scruté à plusieurs reprises à l'intérieur d'un bâtiment où des troupes s'étaient mises à couvert. Il a été affirmé que le critère décisif de la qualification de sa conduite en tant que participation directe aux hostilités était l'importance des informations transmises pour causer directement des effets nuisibles et, en conséquence, pour l'exécution d'une opération militaire concrète. Voir *Report DPH 2004*, p. 5.

- 104 Durant les réunions d'experts, il a été dit que le seuil de nuisance requis est clairement atteint quand on peut raisonnablement prévoir qu'un acte causera des dommages matériels aux biens ou aux personnes, à savoir des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions (*Report DPH 2005*, pp. 30-31; *Background Doc. DPH 2004*, pp. 5-6, 9-10 et 28).
- 105 Aux termes de la section II du Règlement de La Haye (intitulée «Des hostilités»), «il est interdit d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus» (article 25 H IV R).
- 106 Article 49 [1] PA I. Les attaques au sens du DIH (article 49 [1] PA I) ne devraient pas être confondues avec les attaques telles qu'elles sont comprises dans le contexte des crimes contre l'humanité (voir la note 167, ci-dessous) ni avec les attaques armées au sens du *jus ad bellum* (ces deux types d'attaques débordant, l'un et l'autre, du cadre de la présente étude).
- 107 À propos du lien de belligérance, voir la section V.3, ci-dessous. Pour les discussions pertinentes sur le projet d'article 44 PA I durant la Conférence diplomatique de 1974-1977, voir CDDH/III/SR.11, pp. 93-94.
- 108 Inutile de préciser que de telles attaques sont interdites en toute circonstance au regard du DIH régissant tant les conflits armés internationaux que les conflits armés non internationaux. Voir, par ex., les articles 48 et 51 PA I et 13 PA II; *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 1.
- 109 Pour la qualification des tirs isolés en tant qu'attaque au sens du DIH, voir, par exemple, TPIY, *Le Procureur c/Galic*, Affaire No IT-98-29-T, Jugement du 5 décembre 2003, par. 27, en conjonction avec le paragraphe 52.

bombardement ou les tirs d'obus dirigés contre des villages civils ou des zones urbaines résidentielles¹¹⁰ sont susceptibles d'infliger des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes: ces actes peuvent donc constituer une participation directe aux hostilités, indépendamment de tout effet nuisible sur le plan militaire causé à la partie adverse.

Lorsque des actes ne causent pas d'effets nuisibles sur le plan militaire et qu'ils n'infligent pas des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions à des personnes ou à des biens protégés, ils ne peuvent pas être assimilés à l'utilisation de moyens ou méthodes de «guerre»¹¹¹ ni à l'intention de «nuire à l'ennemi»¹¹², comme cela serait requis pour que ces actes constituent des hostilités. Certains actes – mise en place de clôtures ou de barrages routiers, interruption de l'approvisionnement en électricité, en eau ou en denrées alimentaires, appropriation de voitures et de carburant, manipulation de réseaux informatiques ou arrestation ou déportation de personnes, par exemple – peuvent avoir de graves incidences sur la sécurité et la santé publiques ainsi que sur le commerce, et peuvent même être interdits par le DIH. Néanmoins, en l'absence d'effets nuisibles sur le plan militaire, ces actes ne causeraient ni le type et ni le degré de nuisance requis pour constituer une participation directe aux hostilités.

c) Résumé

Pour qu'un acte spécifique atteigne le niveau de nuisance requis pour constituer une participation directe aux hostilités, il doit être de nature à nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé. En l'absence d'effets nuisibles sur le plan militaire, le seuil peut également être atteint si un acte est susceptible d'infliger des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes. Dans ces deux cas, les actes atteignant le niveau de nuisance requis ne peuvent constituer une participation directe aux hostilités que s'ils satisfont en outre aux exigences de relation directe de causalité et de lien de belligérance (voir ci-dessous).

110 TPIY, *Le Procureur c/Strugar*, Affaire No IT-01-42-T, Arrêt du 31 janvier 2005, par. 282-283, en conjonction avec le paragraphe 289.

111 Article 35 [1] PA I.

112 Article 22 H IV R (Section II, «Des hostilités»).

2. CAUSATION DIRECTE

Pour que l'exigence de causation directe soit satisfaite, il doit exister une relation directe de causalité entre un acte spécifique et les effets nuisibles susceptibles de résulter soit de cet acte, soit d'une opération militaire coordonnée dont cet acte fait partie intégrante.

a) Conduite des hostilités, effort de guerre général et activités en soutien à la guerre

La terminologie utilisée dans les traités pour décrire la conduite des civils entraînant la perte de l'immunité contre les attaques directes – à savoir, prendre une part «directe» ou participer «directement» aux hostilités – laisse entendre qu'il peut également exister une participation «indirecte» aux hostilités, ne provoquant pas, quant à elle, une telle perte de la protection. De fait, la distinction entre la participation directe et la participation indirecte d'une personne aux hostilités correspond à la distinction établie au niveau collectif des parties adverses engagées dans un conflit armé entre, d'une part, la conduite des hostilités et, d'autre part, les autres activités faisant partie de l'effort de guerre général ou pouvant être qualifiées d'activités en soutien à la guerre¹¹³.

113 Selon le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1679, «restreindre cette notion [c'est-à-dire de <participation directe aux hostilités>] au combat et aux opérations militaires proprement dites serait trop étroit, l'étendre à la totalité de l'effort de guerre serait trop large car, dans une guerre moderne, toute la population participe, dans une certaine mesure, à l'effort de guerre, mais indirectement. Elle ne peut pas être considérée, de ce fait, comme combattante [...]». De la même manière *ibid.*, commentaire article 51 PA I, par. 1945. Voir également TPIY, *Le Procureur c/Strugar*, Affaire No IT-01-42-A, Arrêt du 17 juillet 2008, par. 175-176. Voir également, à l'article 15 [1] b) CG IV, la distinction entre les personnes civiles «qui ne participent pas aux hostilités» et celles «qui ne se livrent à aucun travail de caractère militaire». Le point de vue exprimé dans le *Commentaire PA* correspond à l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (*Report DPH 2005*, p. 21).

Globalement, au-delà de la conduite des hostilités elle-même, l'effort de guerre général pourrait être considéré comme incluant toutes les activités qui contribuent objectivement à la défaite militaire de l'adversaire (mise au point, production et envoi d'armes et d'équipement militaire ainsi que travaux de construction ou de réparation de routes, ports, aéroports, ponts, voies ferrées et autres infrastructures en dehors du contexte d'opérations militaires concrètes, par exemple). Les activités en soutien à la guerre incluraient, quant à elles, des activités politiques, économiques ou médiatiques soutenant l'effort de guerre général (propagande politique, transactions financières, production de denrées agricoles ou de biens industriels non militaires, par exemple).

Certes, tant l'effort de guerre général que les activités en soutien à la guerre peuvent, à terme, causer des effets nuisibles atteignant le seuil requis pour constituer une participation directe aux hostilités. Certaines de ces activités peuvent même être indispensables pour nuire à l'adversaire (fournir un soutien financier, des vivres et des abris aux forces armées et produire des armes et des munitions, par exemple). Néanmoins, à la différence de la conduite des hostilités, qui est conçue pour causer les effets nuisibles requis – c'est-à-dire faire en sorte qu'ils se matérialisent –, l'effort de guerre général et les activités en soutien à la guerre incluent également les activités qui ne font que développer ou entretenir la capacité de causer de tels effets nuisibles¹¹⁴.

b) Causation directe et causation indirecte

Pour qu'un acte spécifique constitue une participation *directe* – et non *indirecte* – aux hostilités, il doit exister un lien de causalité suffisamment étroit entre l'acte et les effets nuisibles qui en résultent¹¹⁵. D'autres critères, tels que le fait de causer indirectement des effets nuisibles¹¹⁶ ou de faciliter matériellement la commission d'actes nuisibles¹¹⁷, sont clairement trop larges. En effet, si de tels critères étaient appliqués, c'est l'effort de guerre tout entier

¹¹⁴ Selon le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1944, «[...] par <participation directe>, il faut donc entendre les actes de guerre que leur nature ou leur but destinent à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées adverses». Voir également TPIY, *Le Procureur c/Strugar, Chambre d'appel*, (note 113, ci-dessus), par. 178. Durant les réunions d'experts, il a été souligné que l'expression «participation directe» aux hostilités n'était pas synonyme d'autres expressions telles que «implication dans les hostilités», «contribution aux hostilités», «le fait de préparer» ou encore «le fait de rendre quelqu'un d'autre capable de participer directement aux hostilités». Essentiellement, cette expression signifie qu'un individu, personnellement, prend part à l'exercice en cours pour nuire à l'ennemi (*Report DPH 2004*, p. 10) et que cet individu, personnellement, commet des actes hostiles qui «font partie» des hostilités (*Report DPH 2005*, pp. 21, 27, 30, 34).

¹¹⁵ Selon le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 4787: «L'expression «participation directe aux hostilités» [...] implique un rapport de causalité adéquate entre l'acte de participation et son résultat immédiat». Voir également *Report DPH 2005*, pp. 30, 34 et suiv.

¹¹⁶ *Report DPH 2005*, p. 28.

¹¹⁷ *Background Doc. DPH 2004*, p. 27; *Report DPH 2005*, pp. 28, 34.

qui serait inclus dans la notion de participation directe aux hostilités et, en conséquence, de larges segments de la population civile se trouveraient privés de leur immunité contre les attaques directes¹¹⁸. La distinction entre participation directe et participation indirecte aux hostilités doit au contraire être interprétée comme correspondant à la distinction entre le fait de causer *directement* ou de causer *indirectement* des effets nuisibles¹¹⁹.

Dans le présent contexte, causer directement des effets nuisibles devrait être compris comme signifiant que les effets en question sont le résultat d'une seule et même étape causale. Il convient dès lors d'exclure du concept de participation directe aux hostilités une conduite individuelle consistant simplement à développer ou à maintenir la capacité d'une partie à nuire à l'adversaire ou ne produisant des effets nuisibles que de manière indirecte. Par exemple, le fait d'imposer un régime de sanctions économiques à l'encontre d'une partie à un conflit armé, de la priver de ses ressources financières¹²⁰, ou de fournir à son adversaire divers biens et services (électricité, carburant, matériaux de construction, finances et services financiers)¹²¹ aurait un impact potentiellement important – mais néanmoins indirect – sur la capacité militaire ou sur les opérations de cette partie. D'autres exemples de participation indirecte incluent la recherche scientifique et la mise au point¹²², de même que la production¹²³ et le transport¹²⁴ d'armes et d'équipements, à moins que ces activités soient menées en tant que partie intégrante d'une opération militaire spécifique, conçue pour causer

118 Voir également *Background Doc. DPH 2004*, pp. 27-28; *Report DPH 2004*, pp. 11, 25; *Report DPH 2005*, pp. 28, 34.

119 Selon le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1679: «La participation directe aux hostilités implique un **lien direct de cause à effet** entre l'activité exercée et les coups qui sont portés à l'ennemi, au moment où cette activité s'exerce et là où elle s'exerce» (soulignement ajouté).

120 *Background Doc. DPH 2004*, pp. 9-10; *Report DPH 2005*, pp. 14-15.

121 *Background Doc. DPH 2004*, pp. 14-15.

122 Durant les réunions d'experts, les scientifiques civils et les experts en armements ont été généralement considérés comme étant des personnes protégées contre les attaques directes. Toutefois, certains doutes ont été exprimés à ce sujet. Ce point de vue resterait-il valable dans des situations extrêmes, à savoir lorsque des civils possèdent une expertise exceptionnelle, constituant un élément potentiellement décisif pour l'issue d'un conflit armé, comme dans le cas des spécialistes de l'armement nucléaire durant la Seconde Guerre mondiale? (*Report DPH 2006*, pp. 48-49).

123 Durant les réunions d'experts, de l'avis général, les ouvriers civils travaillant dans une usine d'armement renforcent simplement la capacité d'une partie à un conflit de nuire à son adversaire, mais eux-mêmes ne causent pas directement des effets nuisibles. Par conséquent, à la différence des civils qui utilisent véritablement l'armement produit pour nuire à l'adversaire, les ouvriers travaillant dans l'usine ne peuvent pas être considérés comme participant directement aux hostilités (voir *Report DPH 2003*, p. 2; *Report DPH 2004*, pp. 6-7; *Report DPH 2005*, pp. 15, 21, 28-29, 34, 38; *Report DPH 2006*, pp. 48 et suiv., p. 60; *Report DPH 2008*, p. 63). Néanmoins, les experts n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur le fait de savoir si la construction d'engins explosifs improvisés ou de missiles par des acteurs non étatiques pourrait, en certaines circonstances, excéder le simple renforcement des capacités et, contrairement à la production industrielle d'armements, pourrait devenir une mesure préparatoire en vue d'une opération militaire concrète (voir *Report DPH 2006*, pp. 48-49, 60).

124 À propos de l'exemple d'un chauffeur civil d'un camion transportant des munitions, voir la section V.2.e), ci-dessous.

directement des effets nuisibles atteignant un certain seuil. De la même façon, bien qu'ils contribuent de manière cruciale à la capacité militaire d'une partie au conflit, le recrutement et la formation du personnel auront, avec les effets nuisibles infligés à l'adversaire, un lien de causalité qui restera généralement indirect¹²⁵. Ce n'est que si des personnes sont spécifiquement recrutées et entraînées pour l'exécution d'un acte hostile prédéterminé que de telles activités seront considérées comme faisant partie intégrante de cet acte et, par conséquent, équivaldront à une participation directe aux hostilités¹²⁶.

En outre, pour que l'exigence de causation directe soit satisfaite, il n'est ni nécessaire ni suffisant que l'acte commis soit indispensable pour causer des effets nuisibles¹²⁷. Par exemple, le financement ou la production d'armes, ainsi que la fourniture de nourriture aux forces armées, peuvent être des actes indispensables à l'infliction ultérieure d'effets nuisibles, sans toutefois qu'il y ait un lien direct de cause à effet. D'un autre côté, la personne qui, comme plusieurs autres, servirait de guetteur durant une embuscade prendrait certainement une part directe aux hostilités, bien que sa contribution puisse ne pas être indispensable pour nuire à l'adversaire. Enfin, il n'est pas suffisant que l'acte et ses conséquences soient liés entre eux par une chaîne ininterrompue d'événements découlant les uns des autres. Par exemple, l'assemblage et le stockage d'un engin explosif improvisé dans un atelier, ou l'achat ou la contrebande de ses composants, peuvent être des actes ayant un rapport avec les effets nuisibles qui en résultent par le biais d'une chaîne ininterrompue d'événements découlant les uns des autres. Par contre, à la différence de la mise en place et de la mise à feu de cet engin, de tels actes ne sont pas la cause directe des effets nuisibles.

c) Causation directe dans les opérations collectives

Le critère requis – constituer la cause directe des effets nuisibles – doit tenir compte de la nature collective et de la complexité des opérations militaires d'aujourd'hui. Par exemple, les attaques menées par des aéronefs sans pilote (drones) peuvent impliquer simultanément plusieurs personnes : informaticiens opérant le véhicule par guidage à distance, techniciens illuminant la cible, équipages d'aéronefs collectant des données, spécialistes contrôlant la mise à feu de missiles, radio-opérateurs transmettant des

125 *Report DPH 2004*, p. 10; *Report DPH 2005*, pp. 35-36. Pour des opinions divergentes, voir *Report DPH 2006*, pp. 26, 65; *Report DPH 2008*, pp. 51, 53 et suiv.

126 Voir les sections V.2.c) et VI.1, ci-dessous.

127 Pour les débats qui, durant les réunions d'experts, ont porté sur la formulation anglaise de cette proposition (les effets nuisibles en question ne se produiraient pas si l'acte n'était pas commis), voir *Report DPH 2004*, pp. 11, 25; *Report DPH 2005*, pp. 28, 34.

ordres, tout comme le responsable commandant l'ensemble d'une opération¹²⁸. Alors que toutes ces personnes font partie intégrante de l'opération et participent directement aux hostilités, seules quelques-unes d'entre elles mènent des activités qui, prises séparément, pourraient être considérées comme causant directement le niveau de nuisance requis. Par conséquent, le critère du lien de causalité direct doit être interprété comme incluant les conduites qui ne causent des effets nuisibles qu'en conjonction avec d'autres actes. Plus précisément, même si un acte spécifique ne suffirait pas, à lui seul, à causer directement des effets nuisibles atteignant un certain seuil, l'exigence de causation directe serait néanmoins satisfaite si l'acte faisait partie intégrante d'une opération tactique concrète et coordonnée causant directement de tels effets nuisibles¹²⁹. Parmi les exemples d'actes de ce type figurent notamment l'identification et le marquage des cibles¹³⁰, l'analyse et la transmission de renseignements tactiques pour attaquer des forces¹³¹ ainsi que l'instruction dispensée et l'assistance fournie aux troupes pour l'exécution d'une opération militaire spécifique¹³².

d) Proximité causale, temporelle et spatiale

L'exigence de causation directe se réfère à un degré de proximité *causale*, qui ne devrait pas être confondu avec les éléments purement indicatifs de proximité *temporelle* ou *spatiale*. Par exemple, il est devenu assez fréquent, pour les parties à un conflit armé, de conduire les hostilités en employant des systèmes d'armes à déclenchement retardé (éloignement temporel), tels que mines, pièges et engins munis d'un dispositif de temporisation, de même que par le biais de missiles téléguidés (éloignement spatial), d'aéronefs sans pilote et d'attaques contre les réseaux informatiques. Le lien de causalité entre l'emploi de ces moyens et les effets nuisibles qui en résultent demeure direct, indépendamment de la proximité temporelle ou spatiale. Inversement, bien que la fourniture ou la préparation de nourriture pour les forces combattantes puissent avoir lieu au même endroit et en même temps que le combat, il n'existe qu'un lien de causalité indirect entre de telles activités d'appui et le fait de causer à la partie adverse à un conflit des effets nuisibles atteignant le seuil requis. En conséquence, si la proximité temporelle ou spatiale par rapport aux effets nuisibles qui en résultent peut indiquer qu'un acte spécifique constitue une participation directe aux hostilités, ces facteurs

128 *Report DPH 2005*, p. 35.

129 *Report DPH 2004*, p. 5; *Report DPH 2005*, pp. 35-36.

130 *Background Doc. DPH 2004*, p. 13; *Report DPH 2004*, pp. 11 et 25; *Report DPH 2005*, p. 31.

131 *Report DPH 2005*, pp. 28 et 31. Voir également l'exemple cité dans la note 103, qui a été décrit comme l'équivalent d'un «système de contrôle de tir».

132 *Report DPH 2004*, p. 10; *Report DPH 2005*, pp. 33 et 35-36.

ne sauraient être suffisants en l'absence de causation directe¹³³. Comme cela a déjà été relevé, lorsque les effets nuisibles ne se sont pas encore matérialisés, le lien de causalité direct entre l'acte et les effets nuisibles doit être déterminé par rapport aux effets nuisibles dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils résulteront directement d'une opération ou d'un acte concrets (effets nuisibles « probables »)¹³⁴.

e) Exemples

Chauffeur d'un camion transportant des munitions – L'acheminement, à bord d'un camion conduit par un civil, de munitions jusqu'à une position de tir active sur la ligne de front devrait presque certainement être considéré comme faisant partie intégrante des opérations de combat en cours et, par conséquent, comme une participation directe aux hostilités¹³⁵. Par contre, le fait de transporter des munitions entre l'usine et le port où elles seront embarquées pour rejoindre un entrepôt dans une zone de conflit est trop éloigné de l'utilisation de ces munitions dans des opérations militaires spécifiques pour être considéré comme étant la cause directe des effets nuisibles qui en résultent. Bien que le camion chargé de munitions demeure un objectif militaire légitime, le fait de conduire ce camion ne constituerait pas une participation directe aux hostilités et ne priverait pas le chauffeur civil de l'immunité contre les attaques directes¹³⁶. Par conséquent, toute attaque directe contre le camion devrait prendre en compte la mort probable du chauffeur civil dans l'évaluation de la proportionnalité¹³⁷.

Boucliers humains volontaires – La même logique s'applique aux civils qui tentent de protéger un objectif militaire par leur présence en tant que personnes ayant droit à une protection contre les attaques directes (boucliers humains volontaires). Lorsque les civils se positionnent volontairement et délibérément de manière à créer un obstacle physique aux opérations militaires d'une partie au conflit, leur acte peut causer directement des effets nuisibles atteignant un seuil suffisant pour constituer une participation

¹³³ *Report DPH 2005*, p. 35.

¹³⁴ Voir la section V.1, ci-dessus.

¹³⁵ *Background Doc. DPH 2004*, p. 28; *Report DPH 2006*, p. 48. Un raisonnement similaire a été récemment adopté dans des jurisprudences nationales. Un premier cas concerne la conduite d'un véhicule transportant deux missiles sol-air, à proximité temporelle et spatiale d'opérations de combat en cours (Commission militaire, *États-Unis c/Salim Ahmed Hamdan*, 19 décembre 2007, p. 6). Le second cas concerne la conduite d'un véhicule transportant des munitions jusqu'au lieu où elles seront utilisées aux fins des hostilités (Israël, Haute Cour de Justice, *PCATI c/Israël*, note 24, ci-dessus, par. 35).

¹³⁶ *Report DPH 2006*, p. 48.

¹³⁷ Voir également *Report DPH 2005*, pp. 32-33. Bien qu'il ait été reconnu durant les réunions d'experts que le chauffeur civil d'un camion transportant des munitions pouvait s'exposer au risque d'être pris pour un membre des forces armées, il a été également largement admis que tout civil connu pour être présent dans un objectif militaire devait être pris en compte dans l'évaluation de la proportionnalité, à moins, et aussi longtemps, que cette personne participe directement aux hostilités (*Report DPH 2006*, pp. 72-73).

directe aux hostilités¹³⁸. Ce scénario pourrait se produire en particulier lors d'opérations terrestres (en milieu urbain, notamment) au cas où des civils tenteraient soit de donner une protection physique aux combattants qu'ils soutiennent, soit de gêner le mouvement des troupes d'infanterie de la partie adverse¹³⁹.

Inversement, dans des opérations impliquant des armements plus puissants, comme l'artillerie ou les attaques aériennes, la présence de boucliers humains volontaires n'a souvent pas d'impact négatif sur la capacité de l'attaquant d'identifier et de détruire l'objectif militaire «protégé» par ces civils. En revanche, la présence de civils autour de l'objectif visé est de nature à modifier les paramètres de l'évaluation de la proportionnalité au détriment de l'attaquant; ainsi, leur présence augmenterait la probabilité que les effets nuisibles risquant d'être causés incidemment soient considérés comme excessifs par rapport à l'avantage militaire anticipé¹⁴⁰. Le fait même que des boucliers humains volontaires soient, dans la pratique, considérés comme constituant un obstacle *juridique* – et non pas *physique* – aux opérations militaires confirme que ces personnes sont reconnues comme étant protégées contre les attaques directes ou, en d'autres termes, que leur conduite ne constitue pas une participation directe aux hostilités. Certes, la présence de boucliers humains volontaires peut conduire, à terme, à l'annulation ou à la suspension d'une opération par l'attaquant. Néanmoins, entre la conduite de ces civils et les effets nuisibles qui en résultent, le lien de causalité demeure indirect¹⁴¹. Selon les circonstances, il peut y avoir lieu de se demander si l'acte consistant à servir de boucliers humains volontaires atteint le niveau de nuisance requis.

Certains civils peuvent – volontairement et délibérément – abuser de leur droit à la protection contre les attaques directes pour tenter de «protéger» des objectifs militaires. Toutefois, cela n'entraîne pas forcément la perte de leur protection contre les attaques directes, indépendamment de l'objectif

138 Cette opinion a été largement partagée durant les réunions d'experts (*Report DPH 2006*, pp. 44 et suiv.; *Report DPH 2008*, pp. 70 et suiv.).

139 Durant les réunions d'experts, ce scénario a été illustré par l'exemple concret d'une femme dont la robe bouffante lui avait permis de dissimuler deux combattants: cachés derrière elle, ils avaient pu tirer des coups de feu sur leur adversaire (*Report DPH 2004*, pp. 6-7).

140 Voir l'article 51 [5] a) PA 1 et, sur le caractère coutumier de cette règle dans les conflits armés internationaux et non internationaux, *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 14. Pour les débats à ce sujet durant les réunions d'experts, voir *Report DPH 2004*, pp. 6-7; *Report DPH 2006*, pp. 44 et suiv.; *Report DPH 2008*, p. 70.

141 Alors qu'il a été généralement admis, durant les réunions d'experts, que des boucliers humains utilisés contre leur gré ne sauraient être considérés comme participant directement aux hostilités, les experts n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur les circonstances dans lesquelles le fait d'agir en tant que bouclier humain volontaire constituerait, ou ne constituerait pas, une participation directe aux hostilités. Pour une vue d'ensemble des différentes opinions exprimées, voir *Report DPH 2004*, p. 6; *Report DPH 2006*, pp. 44 et suiv.; *Report DPH 2008*, pp. 70 et suiv.

qu'ils cherchent à protéger¹⁴². Du fait de leur présence volontaire à proximité de cibles militaires légitimes, les boucliers humains volontaires sont particulièrement exposés aux dangers des opérations militaires, et ils courent un risque accru d'être tués ou blessés incidemment lors d'attaques contre ces objectifs¹⁴³.

f) Résumé

L'exigence de causation directe est satisfaite lorsque l'on peut raisonnablement attendre de l'acte spécifique en question (ou d'une opération militaire concrète et coordonnée dont cet acte fait partie intégrante) qu'il cause directement – en une seule étape causale – des effets nuisibles atteignant le seuil requis. Néanmoins, des actes satisfaisant à l'exigence de causation directe et atteignant le seuil de nuisance requis ne constitueront une participation directe aux hostilités que si le troisième critère – celui du lien de belligérance – est également rempli.

3. LIEN DE BELLIGÉRANCE

Afin de satisfaire à l'exigence du lien de belligérance, un 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.

a) Concept de base

Ne constitue pas nécessairement une participation directe aux hostilités tout acte qui, soit affecte directement de manière négative les opérations militaires ou la capacité militaire d'une partie à un conflit armé, soit inflige directement des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions à des personnes ou à des biens qui sont protégés contre les attaques directes. Comme cela a déjà été relevé, la notion de participation directe aux hostilités se limite aux actes spécifiques qui sont si étroitement liés aux hostilités conduites entre les parties à un conflit armé qu'ils font partie intégrante de ces hostilités¹⁴⁴. Le DIH conventionnel décrit les «hostilités» comme étant le recours à des méthodes et moyens de «nuire à l'ennemi»¹⁴⁵, et les attaques individuelles

¹⁴² Voir également l'article 51 [7] et [8] PA I, aux termes duquel toute violation de l'interdiction d'utiliser des civils comme des boucliers humains n'exonère pas l'attaquant de ses obligations vis-à-vis de la population civile et des personnes civiles, y compris l'obligation de prendre les mesures de précaution requises.

¹⁴³ Voir *Report DPH 2004*, p. 7; *Report DPH 2008*, pp. 71-72.

¹⁴⁴ Voir la section I, ci-dessus.

¹⁴⁵ Voir l'article 22 H IV R (Section II intitulée «Des hostilités»).

comme des actes dirigés «contre l'adversaire»¹⁴⁶. En d'autres termes, afin de constituer une participation directe aux hostilités, un acte doit non seulement être *objectivement susceptible* de causer des effets nuisibles satisfaisant aux deux premiers critères, mais il doit également *viser spécifiquement à causer des effets nuisibles à l'avantage d'une partie à un conflit armé et au détriment d'une autre* (lien de belligérance)¹⁴⁷.

Inversement, la violence armée qui n'a pas pour but de nuire à une partie à un conflit armé, ou qui n'a pas pour but de causer des effets nuisibles pour soutenir une autre partie, ne peut pas équivaloir à une forme, quelle qu'elle soit, de «participation» aux hostilités qui se déroulent entre ces parties¹⁴⁸. À moins qu'elle atteigne le seuil requis pour provoquer un conflit armé distinct, cette violence demeure de nature non belligérante et, par conséquent, c'est par le biais de mesures de maintien de l'ordre qu'il convient d'intervenir¹⁴⁹.

b) Lien de belligérance et intention subjective

Le concept de lien de belligérance devrait être distingué d'autres concepts, tels que l'intention subjective¹⁵⁰ et l'intention hostile¹⁵¹. Ces deux derniers

146 Voir, notamment, la définition des «attaques» en tant qu'actes de violence commis «contre l'adversaire...» (article 49 [1] PA I). *Report DPH 2005*, pp. 22-23, 26, 40; *Report DPH 2006*, pp. 50 et suiv.

147 L'exigence d'un lien de belligérance est conçue de manière plus étroite que l'exigence d'un lien avec le conflit armé développée dans la jurisprudence du TPIY et du TPIR en tant que condition préalable pour la qualification d'un acte en tant que crime de guerre (voir: TPIY, *Le Procureur c/Kunarac et consorts*, Affaire No IT-96-23, Arrêt de la *Chambre d'appel* du 12 juin 2002, par. 58; TPIR, *Le Procureur c/Rutaganda*, Affaire No TPIR-96-3, Arrêt de la *Chambre d'appel* du 26 mai 2003, par. 570). Alors que l'exigence d'un lien avec le conflit armé se réfère au rapport entre un acte et une situation de conflit armé dans son ensemble, l'exigence du lien de belligérance se réfère au rapport entre un acte et la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé. Durant les réunions d'experts, il a été généralement admis qu'une conduite ne présentant pas un lien suffisant avec les hostilités ne pourrait constituer une participation directe à ces hostilités. Voir *Report DPH 2005*, p. 25 et, plus généralement, *Background Doc. DPH 2004*, pp. 25-26; *Report DPH 2004*, pp. 10, 25; *Background Doc. DPH 2005*, WS II-III, p. 8; *Report DPH 2005*, pp. 9-10, 22 et suiv., 27, 34.

148 *Report DPH 2006*, pp. 51-52.

149 Cela vaut également, par exemple, pour la violence armée menée par des groupes armés indépendants dans les conflits armés internationaux (voir également les notes 24 à 27 ci-dessus ainsi que le texte qui les accompagne). Durant les réunions d'experts, il a été généralement admis qu'il était important d'établir une distinction, dans les contextes de conflit armé, entre les opérations de maintien de l'ordre et la conduite des hostilités. Voir *Report DPH 2005*, pp. 10-11; *Report DPH 2006*, pp. 52-53; *Report DPH 2008*, pp. 49, 54, 62 et suiv.

150 Durant les réunions d'experts, il a été reconnu à la quasi-unanimité que les motifs subjectifs incitant un civil à commettre un acte spécifique ne pouvaient pas être déterminés de manière fiable durant la conduite des opérations militaires et que, par conséquent, ils ne pouvaient pas servir de critère clair et utilisable pour prendre «en une fraction de seconde» des décisions en matière de choix de cibles. Voir *Report DPH 2005*, pp. 9, 26, 34 et 66-67; *Report DPH 2006*, pp. 50-51; *Report DPH 2008*, p. 66.

151 Durant les réunions d'experts, il a été convenu que l'expression «intention hostile» n'appartenait pas à la terminologie du DIH. Il s'agit d'un terme technique, utilisé dans les règles d'engagement (RE) rédigées en vertu du droit national. Les RE constituent des instruments nationaux de commandement et de contrôle conçus pour guider le personnel armé quant à la conduite à tenir dans des contextes spécifiques. En tant que telles, les RE ne reflètent pas nécessairement le contenu précis du DIH, et elles ne peuvent pas être utilisées pour définir la notion de participation directe aux hostilités. Par exemple, une RE particulière pourrait, pour des raisons politiques ou opérationnelles, interdire d'employer la force létale pour lutter contre certaines activités, même si celles-ci constituent une participation directe aux hostilités au regard du DIH. Inversement, les RE pourraient contenir des règles relatives à l'emploi de la force létale dans le cadre de la légitime défense individuelle contre des actes violents ne constituant pas une participation directe aux

ont trait à l'état d'esprit de la personne concernée, alors que le lien de belligérance a trait au but objectif de l'acte. Ce but s'exprime à travers l'acte ou l'opération eux-mêmes, et il ne dépend pas de l'état d'esprit de chacune des personnes qui y participent¹⁵². En tant que critère objectif lié au seul acte, le lien de belligérance n'est généralement influencé ni par des facteurs tels que la détresse ou les préférences personnelles, ni par la capacité mentale ou par la volonté de l'auteur de cet acte d'assumer la responsabilité de sa conduite. En conséquence, même les civils contraints de participer directement aux hostilités¹⁵³ ou les enfants n'ayant pas atteint l'âge légal du recrutement¹⁵⁴ peuvent perdre l'immunité contre les attaques directes.

Ce n'est que dans des situations exceptionnelles que l'état mental des civils pourrait mettre en question le lien de belligérance. Ce scénario pourrait se produire, en particulier, quand les civils n'ont aucune conscience du rôle qu'ils jouent dans la conduite des hostilités (dans le cas, par exemple, d'un chauffeur ignorant qu'il transporte une bombe à retardement) ou quand des personnes civiles sont complètement privées de leur liberté d'action physique (dans le cas, par exemple, de civils utilisés comme boucliers humains contre leur gré et physiquement contraints de fournir une protection dans des situations de combat rapproché). Les civils impliqués dans de telles circonstances extrêmes ne peuvent pas être considérés comme accomplissant une action (c'est-à-dire comme *faisant quelque chose*). Par conséquent, ils restent protégés contre les attaques directes en dépit du lien de belligérance de l'opération militaire dans laquelle ils sont instrumentalisés. C'est pour ces raisons que ces civils devraient être pris en compte dans l'évaluation de la proportionnalité durant toute opération militaire susceptible de leur nuire de façon incidente.

hostilités. Par conséquent, comme la notion d'intention hostile peut prêter à confusion, il a été considéré de manière générale qu'il serait inutile voire dangereux d'y faire référence dans le but de définir la participation directe aux hostilités. Voir *Report DPH 2005*, p. 37.

152 *Report DPH 2005*, pp. 22-23, 26, 40; *Report DPH 2006*, pp. 50-51.

153 Il convient cependant de noter que les civils protégés par la IV^e Convention de Genève ne peuvent pas être astreints à des travaux «en relation directe avec la conduite des opérations militaires» ni être astreints à servir dans les forces armées ou auxiliaires de l'ennemi (articles 40 [2] et 51 [1] CG IV). De plus, les membres du personnel sanitaire et religieux civil ne peuvent pas être astreints à des tâches incompatibles avec leur mission humanitaire (article 15 [3] PA I; article 9 [1] PA II).

154 Par conséquent, toutes les parties à un conflit armé sont tenues de faire tout ce qui est possible pour empêcher que des enfants de moins de 15 ans participent directement aux hostilités; en particulier, elles sont tenues de s'abstenir d'enrôler des enfants de moins de 15 ans dans leurs forces armées ou groupes armés organisés (articles 77 [2] PA I et 4 [3] c) PA II; *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 137). Bien sûr, aussitôt que ces enfants ont à nouveau droit à une protection contre les attaques directes, ils ont à nouveau droit, également, à la protection spéciale conférée aux enfants par le DIH (articles 77 [3] PA I et 4 [3] d) PA II).

c) Pertinence pratique du lien de belligérance

En période de conflit armé, même si elles causent un niveau considérable d'effets nuisibles, de nombreuses activités sont accomplies en l'absence de tout lien de belligérance. Dans le cas, par exemple, d'un échange de feu entre la police et les preneurs d'otages durant le braquage d'une banque¹⁵⁵, ou dans le cas de crimes violents commis pour des raisons sans rapport avec le conflit, ou encore lors du vol d'équipement militaire à des fins privées¹⁵⁶, le niveau de nuisance requis peut être atteint. Néanmoins, ce ne sont pas là des actes spécifiquement conçus pour soutenir une partie au conflit au détriment d'une autre. De la même manière, les opérations militaires d'une partie à un conflit peuvent être affectées directement, et de manière négative, quand les routes menant à une zone d'importance stratégique sont bloquées par de grands groupes de réfugiés ou autres civils qui s'enfuient de chez eux. Or, la conduite de ces civils n'est pas spécifiquement conçue pour soutenir une partie au conflit au détriment d'une autre et, par conséquent, il n'existe pas de lien de belligérance. Cette analyse serait différente, bien sûr, si les civils bloquaient une route pour faciliter la retraite des forces insurgées en retardant l'arrivée des forces armées gouvernementales (ou vice-versa). Aux fins d'établir une distinction entre les activités qui constituent une participation directe aux hostilités et les autres activités, le critère du lien de belligérance revêt une importance particulière dans les quatre situations suivantes.

Légitime défense individuelle – Il n'y a pas de lien de belligérance quand des effets nuisibles sont causés pour des raisons de légitime défense de soi ou d'autrui contre les actes de violence interdits par le DIH¹⁵⁷. Par exemple, si des civils emploient la force pour se défendre eux-mêmes contre une attaque illicite ou contre des pillages, des viols et des meurtres commis par des soldats en maraude, le niveau de nuisance requis peut être atteint; par contre, le but n'est clairement pas de soutenir une partie au conflit au détriment d'une autre. Si la légitime défense individuelle contre des actes de violence interdits devait provoquer la perte de protection contre les attaques directes, cela aurait pour résultat absurde de légitimer une attaque précédemment illicite. Par conséquent, l'emploi de la force nécessaire et proportionnée dans de telles situations ne peut pas être considéré comme une participation directe aux hostilités¹⁵⁸.

155 Voir également *Report DPH 2005*, pp. 9 et 11.

156 *Report DPH 2004*, p. 25.

157 C'est également l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (voir *Report DPH 2003*, p. 6 et *Background Doc. DPH 2004*, pp. 14 et 31-32).

158 L'emploi de la force par des personnes à des fins de légitime défense de soi ou d'autrui constitue un problème distinct de celui de l'emploi de la force par les États en cas de légitime défense contre une attaque armée, qui est régi par le *jus ad bellum* et sort du cadre de la présente étude.

Exercice du pouvoir ou de l'autorité sur des personnes ou sur un territoire – Le DIH fait une distinction de base entre la conduite des hostilités et l'exercice du pouvoir ou de l'autorité sur des personnes ou sur un territoire. C'est la raison pour laquelle, au sens du DIH, le fait que des civils infligent des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions à des personnes ou à des biens qui sont tombés en leurs «mains»¹⁵⁹ ou en leur «pouvoir»¹⁶⁰ ne constitue pas forcément une participation aux hostilités.

Par exemple, l'emploi de la force armée par les autorités civiles pour réprimer des émeutes ou d'autres formes de troubles civils¹⁶¹, pour empêcher les pillages ou pour assurer, d'une autre manière, le maintien de l'ordre public dans une zone de conflit peut causer des pertes en vies humaines, des blessures ou des destructions. Néanmoins, de manière générale, l'emploi de la force armée ne fait pas en ce cas partie des hostilités conduites entre les parties à un conflit armé¹⁶². De la même manière, une fois que le personnel militaire a été capturé (et se trouve donc hors de combat), la répression des émeutes et la prévention des évasions¹⁶³ ou l'exécution licite de condamnations à mort¹⁶⁴ n'ont pas pour but de nuire directement à la partie adverse sur le plan militaire; par conséquent, il n'existe pas en ce cas de lien de belligérance¹⁶⁵.

Sont exclus du concept de participation directe aux hostilités non seulement l'exercice licite de l'autorité administrative, judiciaire ou disciplinaire au nom d'une partie au conflit, mais aussi la commission de crimes de guerre ou d'autres violations du DIH en dehors de la conduite des hostilités. En conséquence, alors que les châtiments collectifs, les prises d'otages ainsi que les mauvais traitements et exécutions sommaires des personnes en détention sont interdits en toute circonstance par le DIH, ils n'entrent pas dans le cadre de la conduite des hostilités¹⁶⁶. De tels actes peuvent, par contre, constituer un délit au regard du droit interne ou international, et ils autorisent le recours licite à la force armée contre leurs auteurs, à des fins de maintien de l'ordre

159 Par ex., l'article 5 CG III.

160 Par ex., les articles 5 CG III, 4 CG IV et 75 [1] PA I.

161 À propos du lien de belligérance lors de troubles civils, voir la note 169, ci-dessous, ainsi que le texte qui l'accompagne.

162 Le DIH conventionnel confirme expressément le rôle en matière de maintien de l'ordre, par exemple, des puissances occupantes (article 43 H IV R) et des États parties à un conflit armé non international (article 3 [1] PA II).

163 Par ex., l'article 42 CG III.

164 Par ex., les articles 100 et 101 CG III.

165 Voir également la note 99, ci-dessus, ainsi que le texte qui l'accompagne.

166 Voir, par ex., l'article 3 commun CG I-IV ainsi que les articles 32 CG IV et 75 [2] PA I. À propos des divergences d'opinion exprimées durant les réunions d'experts quant à la qualification de la prise d'otages comme une participation directe aux hostilités, voir *Report DPH 2004*, p. 4; *Report DPH 2005*, p. 11; *Report DPH 2006*, pp. 43-44; *Report DPH 2008*, pp. 67 et suiv.

ou de légitime défense de soi ou d'autrui¹⁶⁷. La perte de protection contre les attaques directes au sens du DIH, néanmoins, n'est pas une sanction contre un comportement criminel, mais une conséquence de la nécessité militaire dans la conduite des hostilités¹⁶⁸.

Troubles civils – En période de conflit armé, les manifestations politiques, émeutes et autres formes de troubles civils sont souvent caractérisées par des niveaux élevés de violence, et il arrive que la force armée soit employée pour les réprimer. En fait, les troubles civils peuvent fort bien provoquer des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions, et lorsqu'ils favorisent les tensions politiques, l'insécurité économique, les destructions et le désordre, les troubles civils peuvent même contribuer à l'effort de guerre général d'une partie au conflit en affaiblissant l'autorité et le contrôle qu'une autre partie exerce sur un territoire. Il est donc important d'établir une distinction entre, d'une part, la participation directe aux hostilités – qui est spécifiquement conçue pour soutenir une partie à un conflit armé au détriment d'une autre – et, d'autre part, les formes violentes de troubles civils, qui ont pour but principal d'exprimer un mécontentement vis-à-vis des autorités territoriales ou détentrices¹⁶⁹.

Situation de violence généralisée entre civils – De la même manière, même s'il est généralisé, l'emploi de la force par des civils contre d'autres civils ne fait partie de la conduite des hostilités que s'il vise spécifiquement à soutenir une partie à un conflit armé dans le cadre de sa confrontation militaire avec une autre partie¹⁷⁰. Il en va différemment lorsque les civils tirent simplement parti de l'effondrement de l'ordre public pour commettre des crimes violents¹⁷¹. Un lien de belligérance a davantage de chances d'exister lorsque la violence entre les civils est motivée par les mêmes différends politiques ou par la même haine à caractère ethnique qui sous-tendent le conflit armé ambiant et lorsqu'elle provoque des effets nuisibles sur le plan spécifiquement militaire.

167 Le concept d'«attaque» dans le contexte des crimes contre l'humanité ne dénote pas nécessairement une conduite constituant une participation directe aux hostilités au regard du DIH. Comme cela a été expliqué par le TPIY «[e]n matière de crime contre l'humanité, l'«attaque» ne se limite pas à la conduite des hostilités, mais peut également comprendre des situations où des mauvais traitements sont infligés à des personnes ne participant pas directement aux hostilités, des personnes détenues, par exemple». (TPIY, *Le Procureur c/Kunarac et consorts*, Affaire No IT-96-23, Jugement du 22 février 2001, Chambre de première instance, par. 416 (soulignement ajouté), confirmé dans la même affaire par la *Chambre d'appel*, dans son arrêt du 12 juin 2002, par. 89). Voir également *Report DPH 2006*, pp. 42-43.

168 Pour les débats à ce sujet durant les réunions d'experts, voir *Report DPH 2008*, pp. 63-65.

169 Voir également *Report DPH 2004*, p. 4; *Report DPH 2008*, p. 67.

170 Voir également *Report DPH 2004*, p. 4; *Report DPH 2005*, pp. 8 et 11.

171 Quant à l'existence d'un lien général entre les violences civiles et le conflit armé ambiant, une conclusion similaire est apparue au TPIR, *Le Procureur c/Rutaganda* (note 147, ci-dessus), par. 570.

d) Détermination pratique du lien de belligérance

La tâche consistant à déterminer le lien de belligérance d'un acte peut se heurter à des difficultés considérables d'ordre pratique. Par exemple, dans de nombreux conflits armés, des gangsters et des pirates opèrent à l'intérieur d'une «zone grise». Il est alors difficile d'établir une distinction entre, d'une part, les hostilités et, d'autre part, les crimes violents sans rapport avec le conflit armé, ou simplement facilités par celui-ci. Ces distinctions doivent être faites sur la base d'éléments d'information raisonnablement accessibles à la personne qui est appelée à les établir et, de plus, elles doivent toujours être déduites de facteurs objectivement vérifiables¹⁷². Dans la pratique, la question essentielle devrait être la suivante: la conduite d'un civil, compte tenu des circonstances qui prévalent au moment et à l'endroit en question, peut-elle raisonnablement être perçue comme un acte destiné à soutenir une partie au conflit en causant directement à une autre partie le niveau de nuisance requis? Étant donné que, pour une personne civile, l'existence du lien de belligérance peut entraîner la perte de protection contre les attaques directes, toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises pour éviter que des civils soient pris pour cible de manière erronée ou arbitraire; de plus, en cas de doute, la personne concernée doit être présumée protégée contre les attaques directes¹⁷³.

e) Résumé

Afin de satisfaire à l'exigence du lien de belligérance, un acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie à un conflit armé et au détriment d'une autre. En règle générale, les effets nuisibles causés n'ont pas le lien de belligérance requis pour constituer une participation directe aux hostilités dans les cas suivants: a) dans le cadre de la légitime défense individuelle ou de la défense d'autrui contre les actes de violence interdits par le DIH; b) dans l'exercice du pouvoir ou de l'autorité sur des personnes ou sur un territoire; c) en tant qu'élément des troubles civils contre une telle autorité; d) lors de situations de violence entre civils.

172 *Report DPH 2005*, pp. 9-10, 22, 26, 28, 34 et 40.

173 Voir la section VIII, ci-dessous.

4. CONCLUSION

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, pour les personnes civiles, la perte de protection contre les attaques directes¹⁷⁴. Toutefois, même quand un acte spécifique constitue une participation directe aux hostilités, le type et le degré de la force utilisée pour le réprimer doivent être en conformité avec les règles et les principes du DIH et de toute autre branche applicable du droit international¹⁷⁵.

174 L'emploi de la force pour réprimer des activités ne satisfaisant pas à ces exigences doit être régi par les normes relatives au maintien de l'ordre et à la légitime défense individuelle, tout en tenant compte de la menace à enrayer et de la nature des circonstances environnantes.

175 Voir la section IX, ci-dessous.

VI. DÉBUT ET FIN DE LA PARTICIPATION DIRECTE AUX HOSTILITÉS

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.

Étant donné que les civils cessent d'être protégés contre les attaques directes «pendant la durée» de leur participation directe aux hostilités, le début et la fin des actes spécifiques constituant une telle participation directe aux hostilités doivent être déterminés avec le plus grand soin¹⁷⁶. Sans aucun doute, la notion de participation directe aux hostilités inclut la phase immédiate d'exécution d'un acte spécifique répondant aux trois critères retenus – *seuil de nuisance*, *causation directe* et *lien de belligérance*. Elle peut également inclure les mesures préparatoires à l'exécution d'un tel acte, de même que le déploiement vers son lieu d'exécution et le retour de ce lieu, lorsque ceux-ci constituent une partie intégrante d'un tel acte spécifique ou d'une telle opération¹⁷⁷.

1. MESURES PRÉPARATOIRES

Le fait qu'une mesure préparatoire est considérée comme équivalant, ou pas, à une participation directe aux hostilités dépend d'une multitude de facteurs liés à la situation qui ne peuvent pas être décrits de manière exhaustive en termes abstraits¹⁷⁸. Fondamentalement, les mesures préparatoires constituant une participation directe aux hostilités correspondent à ce que le DIH conventionnel décrit comme «un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque»¹⁷⁹. Ces mesures ont un caractère spécifiquement militaire et sont si étroitement liées à l'exécution ultérieure d'un acte hostile spécifique qu'elles constituent déjà une partie intégrante de cet acte. Inversement, la préparation d'une campagne générale

¹⁷⁶ Voir également les débats relatés dans *Report DPH 2006*, pp. 54-63. À propos de la portée temporelle de la perte de protection, voir la section VII, ci-dessous.

¹⁷⁷ Voir également la discussion connexe, portant sur le fait de causer directement des effets nuisibles dans les opérations collectives, dans la section V.2. c), ci-dessus.

¹⁷⁸ Pour les discussions pertinentes durant les réunions d'experts, voir *Background Doc. DPH 2004*, pp. 7, 10, 13 et 21; *Background Doc. DPH 2005*, WS VI-VII, p. 10; *Report DPH 2005*, p. 19; *Report DPH 2006*, pp. 56-63. À propos de la distinction entre, d'une part, les mesures préparatoires, les déploiements et les retraits qui entraînent la perte de protection contre les attaques directes et, d'autre part, les préparatifs, les tentatives et d'autres formes d'implication qui engagent la responsabilité pénale, voir *Report DPH 2006*, pp. 57 et suiv.

¹⁷⁹ Article 44 [3] PA I.

d'opérations non spécifiées ne constituerait pas une participation directe aux hostilités. Conformément à la distinction entre participation directe et participation indirecte aux hostilités, on pourrait affirmer que les mesures préparatoires *visant à commettre un acte hostile spécifique* constituent une participation directe aux hostilités, alors que ce n'est pas le cas des mesures préparatoires *visant à établir la capacité générale de commettre des actes hostiles non spécifiés*¹⁸⁰.

Pour constituer une participation directe aux hostilités, il n'est ni nécessaire ni suffisant qu'une mesure préparatoire se produise immédiatement avant (proximité temporelle) l'exécution d'un acte hostile spécifique, ou à peu de distance (proximité spatiale), ou encore que cette mesure soit indispensable à l'exécution de l'acte en question. Par exemple, le chargement de bombes à bord d'un avion en vue d'une attaque directe qui sera lancée contre des objectifs militaires dans une zone d'hostilités constitue une mesure préparatoire d'un acte hostile spécifique. Il constitue par conséquent une participation directe aux hostilités. Cela vaut même si l'opération ne se déroule que le lendemain, si la cible n'est choisie que durant l'opération, et si une grande distance sépare le lieu de la mesure préparatoire du lieu de l'attaque ultérieure. Inversement, le fait de transporter des bombes entre une usine et un entrepôt situé sur un terrain d'aviation, avant de les charger à bord d'un avion pour les acheminer jusqu'à un autre entrepôt situé dans la zone de conflit en vue d'un emploi futur non spécifié, constituerait une mesure préparatoire générale constituant une simple participation indirecte.

De la même manière, si elles avaient pour but l'exécution d'un acte hostile spécifique, toutes les mesures préparatoires suivantes constitueraient presque certainement une participation directe aux hostilités: équipement, instruction et transport de personnel; collecte de renseignements; préparation, transport et positionnement d'armes et d'équipement. Parmi les exemples de mesures préparatoires générales n'entraînant pas la perte de protection contre les attaques directes figureraient typiquement l'achat, la production, la contrebande et la dissimulation d'armes; le recrutement général et la formation de personnel; enfin, le soutien financier, administratif ou politique apporté aux acteurs armés¹⁸¹. Il convient de répéter ici que ces exemples ne peuvent servir qu'à illustrer les principes sur la base desquels les distinctions nécessaires devraient être établies. Ces exemples ne peuvent pas remplacer une évaluation

180 Voir la note 114, ci-dessus, ainsi que le texte qui l'accompagne, de même que la section V.2.b).

181 À propos de la qualification de telles activités en tant que participation directe aux hostilités, voir également la section V.2.a) et b), ci-dessus.

attentive de l'ensemble des circonstances qui prévalent dans le contexte concret, au moment et sur le lieu de l'action¹⁸².

2. DÉPLOIEMENT ET RETOUR DU COMBAT

Quand l'exécution d'un acte spécifique de participation directe aux hostilités exige au préalable un déploiement géographique, ce déploiement constitue déjà une partie intégrante de l'acte en question¹⁸³. De la même manière, dans la mesure où le retour du lieu d'exécution d'un acte hostile demeure une partie intégrante de l'opération qui le précède, il constitue un retrait militaire et ne devrait pas être confondu avec une reddition ou une autre manière d'être mis hors de combat¹⁸⁴. Un déploiement constituant une participation directe aux hostilités commence seulement une fois que l'individu qui se déploie entreprend un déplacement physique dans le but de réaliser une opération spécifique. Le retour du lieu d'exécution d'un acte hostile spécifique prend fin une fois que l'individu en question s'est physiquement séparé de l'opération, par exemple en déposant, en entreposant ou en cachant les armes ou tout autre équipement utilisés, et en reprenant des activités distinctes de cette opération.

Le fait qu'une personne en particulier est considérée comme étant, ou n'étant pas, engagée dans le déploiement à destination, ou le retour du lieu de l'exécution d'un acte hostile spécifique dépend d'une multitude de facteurs liés à la situation, qui ne peuvent pas être décrits de manière exhaustive en termes abstraits. Le critère décisif est le suivant: tant le déploiement que le retour doivent faire partie intégrante d'un acte spécifique constituant une participation directe aux hostilités. Cette détermination doit être faite avec le plus grand soin et être basée sur une évaluation raisonnable des

182 Durant les réunions d'experts, il a été souligné que la distinction entre les mesures préparatoires qui constituent et celles qui ne constituent pas une participation directe aux hostilités devrait être établie avec le plus grand soin, de manière à éviter que la perte de la protection accordée aux civils ne soit déclenchée par des actes trop éloignés du combat proprement dit. Pour que l'adjectif «directe» dans l'expression «participation directe aux hostilités» garde une certaine signification, les civils devraient pouvoir faire l'objet d'une attaque directe exclusivement durant des préparatifs reconnaissables et proches, tels que le chargement d'un fusil, ainsi que durant des déploiements dans le cadre d'une opération militaire spécifique (*Report DPH 2006*, pp. 55, 60-61).

183 Voir le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1679, 1943 et 4788, rappelant que plusieurs délégations à la Conférence diplomatique de 1974-1977 avaient indiqué que le concept d'hostilités incluait les préparatifs du combat et le retour du lieu de combat. Dans la réponse qu'ils ont donnée au Questionnaire de 2004, la majorité des experts ont considéré que le déploiement vers l'emplacement géographique d'un acte hostile devrait déjà constituer une participation directe aux hostilités et, bien que plus hésitants sur ce point, ils tendaient vers la même conclusion quant au retour de ce lieu. Voir *Background Doc. DPH 2004*, pp. 7 (I, 1.3.), 10 (I, 2.4.), 13 (I, 3.4.), 20 (I, 6.4.). Voir également *Report DPH 2005*, pp. 65-66.

184 C'est également l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (voir *Report DPH 2005*, p. 66), mais certains experts ont exprimé la crainte que la continuation de la perte de la protection au-delà de l'exécution d'un acte hostile spécifique puisse encourager des attaques arbitraires ou inutiles (*Report DPH 2006*, pp. 56-57, 61 et suiv.).

circonstances qui prévalent¹⁸⁵. Quand l'exécution d'un acte hostile n'exige pas de déplacement géographique (dans le cas, par exemple, des attaques contre les réseaux informatiques ou de l'emploi de systèmes d'armes commandés à distance), la durée de la participation directe aux hostilités sera limitée à l'exécution immédiate de l'acte et aux mesures préparatoires constituant une partie intégrante de cet acte.

3. CONCLUSION

Quand des mesures préparatoires et des déploiements ou des retraits géographiques font partie intégrante d'un acte spécifique ou d'une opération constituant une participation directe aux hostilités, ils prolongent le début et la fin de l'acte ou de l'opération au-delà de la phase de son exécution immédiate.

185 Voir *Report DPH 2005*, p. 66; *Report DPH 2006*, p. 55.

C. MODALITÉS RÉGISSANT LA PERTE DE PROTECTION

Au regard du droit international humanitaire, conventionnel et coutumier, les civils cessent d'être protégés contre les attaques directes soit parce qu'ils participent directement aux hostilités, soit parce qu'ils cessent entièrement d'être des civils, à savoir parce qu'ils deviennent des membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés appartenant à une partie à un conflit armé¹⁸⁶. Au vu des graves conséquences qu'elle a pour les personnes concernées, le présent chapitre s'efforcera de clarifier les modalités précises qui régissent la perte de la protection au regard du DIH. Les sections suivantes examineront la portée temporelle de la perte de protection contre les attaques directes (section VII), les précautions et présomptions dans les situations de doute (section VIII), les règles et les principes régissant l'emploi de la force contre des cibles militaires légitimes (section IX) et, enfin, les conséquences de la restauration de la protection contre les attaques directes (section X).

Conformément au but du *Guide interprétatif*, le présent chapitre visera essentiellement à examiner la perte de la protection principalement en cas de participation directe aux hostilités (civils), mais aussi en cas de fonction de combat continue (membres de groupes armés organisés), étant donné que le second concept est intrinsèquement lié au concept de participation directe aux hostilités¹⁸⁷. Il ne traitera pas, ou seulement de façon marginale, de la perte de la protection en cas d'appartenance aux forces armées d'un État. En effet, en ce cas, la perte de la protection dépend largement de critères sans rapport avec la participation directe aux hostilités (tels que le recrutement, l'incorporation, la démobilisation ou le départ en retraite formels au regard du droit interne¹⁸⁸). À défaut de dispositions contraires du DIH, cela n'exclut pas que les conclusions formulées dans les sections VII à X soient, *mutatis mutandis*, également applicables aux membres des forces armées d'un État.

186 À propos de l'expression «perte de protection contre les attaques directes» utilisée dans le présent document, voir la note 6, ci-dessus.

187 À propos du concept de «fonction de combat continue», voir la section II.3.b), ci-dessus.

188 À propos de l'applicabilité du critère de la fonction de combat continue utilisé pour déterminer l'appartenance à des milices, à des corps de volontaires ou à des mouvements de résistance irrégulièrement constitués et appartenant à des États, voir la section I.3.c), ci-dessus.

VII. 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. Par contre, les membres de groupes armés organisés appartenant à une partie non étatique à un conflit armé cessent d'être des civils (voir la recommandation II, ci-dessus) – et, dès lors, perdent le bénéfice de l'immunité contre les attaques directes – aussi longtemps qu'ils assument leur fonction de combat continue.

1. CIVILS

Au regard du droit international humanitaire, conventionnel et coutumier, applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux, les personnes civiles bénéficient d'une protection contre les attaques directes «sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation»¹⁸⁹. Les civils qui participent directement aux hostilités ne cessent pas de faire partie de la population civile, mais leur protection contre les attaques directes est provisoirement interrompue. La formule «sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation» clarifie le fait qu'une telle suspension de la protection dure exactement aussi longtemps que l'acte constituant une participation directe aux hostilités¹⁹⁰. Il s'ensuit nécessairement que les civils perdent et regagnent le bénéfice de l'immunité contre les attaques directes au gré des périodes durant lesquelles ils participent ou ne participent pas directement aux hostilités (on parle alors de l'effet «porte tournante» de la protection accordée aux civils).

L'effet «porte tournante» de la protection accordée aux civils est une partie intégrante, et non pas un dysfonctionnement, du DIH. Ce dispositif prévient les attaques contre les civils qui, au moment considéré, ne représentent pas une menace militaire. À la différence des membres de groupes armés organisés, dont la fonction continue est de conduire les hostilités au nom d'une partie au conflit, le comportement des personnes civiles dépend d'une

¹⁸⁹ Articles 51 [3] PA I et 13 [3] PA II; *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 6. Le caractère coutumier de cette règle a été également affirmé par le TPIY, *Le Procureur c/Blaskic*, Affaire No IT-95-14-A, Arrêt du 29 juillet 2004, par. 157, avec des références à la jurisprudence antérieure. Pour la jurisprudence interne récente acceptant expressément le caractère coutumier de l'article 51 [3] PA I, y compris la formule «pendant la durée», voir: Israël, Haute Cour de Justice, *PCATI c/Israël*, note 24, ci-dessus, par. 30.

¹⁹⁰ À propos du début et de la fin de la participation directe aux hostilités, voir la section VI, ci-dessus.

multitude de circonstances qui changent constamment et est, par conséquent, très difficile à anticiper. Même le fait qu'un civil ait pris directement part aux hostilités, de manière répétée, que ce soit volontairement ou sous la contrainte, ne permet pas de prédire de manière fiable ce que sera sa conduite à l'avenir¹⁹¹. Étant donné que la notion de participation directe aux hostilités se réfère à des actes hostiles spécifiques, le DIH rétablit la protection d'une personne civile contre les attaques directes chaque fois que sa participation à un acte hostile prend fin¹⁹². Jusqu'au moment où la personne civile en question se livre à nouveau à un acte spécifique équivalant à une participation directe aux hostilités, l'emploi de la force contre elle doit être en conformité avec les normes relatives au maintien de l'ordre ou à la légitime défense individuelle.

Certes, le mécanisme dit de la « porte tournante » de la protection peut compliquer la tâche des forces armées ou des groupes armés organisés adverses lorsqu'il s'agit de répondre de manière efficace à la participation directe des civils aux hostilités. Il demeure cependant nécessaire de protéger la population civile contre une attaque lancée de manière erronée ou arbitraire, et cette protection doit être acceptable pour les forces ou groupes en opération, aussi longtemps que la participation se produit de manière purement spontanée, non organisée ou sporadique.

2. MEMBRES DE GROUPES ARMÉS ORGANISÉS

Les membres de groupes armés organisés appartenant à une partie non étatique au conflit cessent d'être des civils aussi longtemps qu'ils restent membres de tels groupes en raison de leur fonction de combat continue¹⁹³. Formellement, donc, ils cessent de bénéficier de la protection qui est conférée aux personnes civiles «sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation». De fait, la limitation de la perte de protection à la durée des actes hostiles spécifiques a été conçue pour répondre aux actes hostiles spontanés, sporadiques ou non organisés commis par des

191 À propos de l'impossibilité pratique de prédire de manière fiable quelle sera à l'avenir la conduite d'un civil, voir également *Report DPH 2006*, pp. 66 et suiv.

192 Selon le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 4789: «Si un civil participe directement aux hostilités, il ne bénéficie évidemment d'aucune protection contre les attaques pendant la durée cette participation. Hors de cette période, ne présentant pas de danger pour l'adversaire, il ne doit pas être attaqué». Voir également la description de la participation directe aux hostilités en tant que potentiellement «intermittente et discontinuée» au TPIY, *Le Procureur c/Strugar, Appel*, (note 113, ci-dessus), par. 178. Durant les réunions d'experts, le mécanisme de la « porte tournante » de la protection a suscité une certaine controverse. Toutefois, l'opinion qui a prévalu est que selon le libellé de l'article 3 [1] CG I-IV et des Protocoles additionnels, la perte continue de la protection accordée aux civils ne pourrait pas être basée sur des actes récurrents commis individuellement par des personnes civiles, mais exclusivement sur le concept d'appartenance aux forces armées d'un État ou à un groupe armé organisé appartenant à une partie non étatique au conflit. Voir *Report DPH 2004*, pp. 22-23; *Report DPH 2005*, pp. 63-64; *Report DPH 2006*, pp. 64-68; *Report DPH 2008*, pp. 33-44.

193 Sur l'exclusion mutuelle des concepts de «personne civile» et de «groupe armé organisé», voir la section II.1, ci-dessus. Sur le concept de «fonction de combat continue», voir la section II.3.b), ci-dessus.

civils: elle ne peut donc pas s'appliquer aux groupes armés organisés. En effet, s'ils bénéficiaient d'une telle disposition, les membres de ces groupes auraient un important avantage opérationnel sur les membres des forces armées d'un État (qui peuvent faire l'objet d'attaques de manière continue). Ce déséquilibre encouragerait les groupes armés organisés à opérer en tant que «fermiers de jour et combattants de nuit». À long terme, la confiance que la partie désavantagée accorderait à la capacité du DIH de régler la conduite des hostilités de manière satisfaisante se trouverait sapée. Cela pourrait avoir de graves conséquences, allant d'interprétations excessivement libérales du DIH au mépris pur et simple des protections qu'il prévoit¹⁹⁴.

Au lieu de cela, quand des civils vont au-delà d'une participation directe aux hostilités de manière spontanée, sporadique ou non organisée et deviennent membres d'un groupe armé organisé appartenant à une partie au conflit, le DIH les prive du bénéfice de l'immunité contre les attaques directes aussi longtemps qu'ils restent membres de ce groupe¹⁹⁵. En d'autres termes, l'effet «porte tournante» de la protection commence à agir sur la base de l'appartenance¹⁹⁶. Comme cela a été dit plus haut, l'appartenance à un groupe armé organisé débute au moment où une personne civile commence *de facto* à assumer une fonction de combat continue pour le groupe, et elle dure jusqu'au moment où cette personne cesse d'assumer une telle fonction¹⁹⁷. Le désengagement d'un membre d'un groupe armé organisé n'a pas besoin d'être ouvertement déclaré. Il peut également être exprimé par le biais d'un comportement concluant, tel qu'un éloignement physique durable par rapport au groupe et la réintégration dans la vie civile ou la reprise permanente d'une fonction exclusivement non combattante (comme, par exemple, des activités de caractère politique ou administratif). Dans la pratique, ce sont des critères susceptibles de varier en fonction du contexte politique, culturel et militaire qui permettent d'évaluer si une personne assume ou non une fonction de combat continue¹⁹⁸. Cette détermination doit

194 *Report DPH 2005*, p. 49; *Report DPH 2006*, p. 65.

195 Selon le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 4789: «Les personnes qui appartiennent aux forces armées ou aux groupes armés peuvent être attaquées en tout temps». Voir également *Expert Paper DPH 2004* (Prof. M. Bothe). La protection contre les attaques directes est rétablie quand les membres de groupes armés sont mis hors de combat par suite de capture, reddition, blessure ou toute autre cause (article 3 [1] CG I-IV. Voir également article 41 PA I).

196 Durant les réunions d'experts, ce compromis a rallié un large soutien et a été décrit comme une «approche fonctionnelle de la définition de l'appartenance». Pour une vue d'ensemble des discussions, voir *Report DPH 2003*, p. 7; *Background Doc. DPH 2004*, pp. 34 et suiv.; *Report DPH 2004*, pp. 22-23; *Report DPH 2005*, pp. 49, 59-65, 82 et suiv.; *Report DPH 2006*, pp. 29 et suiv. et 65-66.

197 Voir la section II.3, ci-dessus. Voir également *Report DPH 2005*, p. 59.

198 Voir également la section II.3, ci-dessus. Durant les réunions d'experts, il a été souligné que c'est en fonction de circonstances concrètes qu'il convient de trancher la question de savoir si un désengagement a bien eu lieu (*Report DPH 2005*, p. 63). Sur les précautions à prendre et les présomptions qui doivent prévaloir en cas de doute, voir la section VIII, ci-dessous.

par conséquent être faite de bonne foi, et sur la base d'une évaluation raisonnable des circonstances qui prévalent; en cas de doute, il faut présumer que la personne concernée est en droit de bénéficier de la protection accordée aux civils¹⁹⁹.

3. CONCLUSION

En droit international humanitaire, conventionnel et coutumier, les civils participant directement aux hostilités, de même que les personnes qui assument une fonction de combat continue pour un groupe armé organisé appartenant à une partie au conflit, perdent leur droit à une protection contre les attaques directes. En ce qui concerne la portée temporelle de la perte de protection, une distinction doit être clairement établie entre les personnes civiles et les acteurs armés organisés. Les civils perdent leur protection pendant la durée de chaque acte spécifique constituant une participation directe aux hostilités. Les membres de groupes armés organisés appartenant à une partie au conflit ne sont plus des civils et, par conséquent, ils perdent le bénéfice de l'immunité contre les attaques directes pendant la durée de leur appartenance, c'est-à-dire aussi longtemps qu'ils assument leur fonction de combat continue.

199 Comme cela a été relevé à plusieurs reprises durant les réunions d'experts, alors que l'effet «porte tournante» de la protection fait partie de la règle relative à la participation directe des civils aux hostilités, énoncée aux articles 51 [3] PA I et 13 [3] PA II, la distinction pratique entre les membres de groupes armés organisés et les civils reste très difficile à établir. Durant des opérations *réactives* menées pour répondre à une attaque, les forces en opération manquent souvent de renseignements suffisants. Elles doivent donc s'appuyer sur des hypothèses établies sur la base d'une conduite individuelle. Par conséquent, de telles opérations sont généralement limitées à la durée des actes hostiles concrets auxquels elles répondent. Inversement, les opérations *proactives* lancées par les forces armées sur la base de renseignements fiables relatifs à la fonction d'un individu à l'intérieur d'un groupe armé organisé pourraient également être menées au moment où les personnes visées ne participent pas directement aux hostilités (voir *Report DPH 2006*, pp. 56-57).

VIII. PRÉCAUTIONS ET PRÉSOMPTIONS DANS LES SITUATIONS DE DOUTE

Toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises au moment de déterminer si une personne est une personne civile et, en ce cas, si cette personne civile participe directement aux hostilités. En cas de doute, la personne doit être présumée protégée contre les attaques directes.

Les divers degrés de la participation des civils aux hostilités posent un certain nombre de problèmes d'ordre pratique, dont l'un des principaux est le doute quant à l'identité de l'adversaire. Par exemple, dans de nombreuses opérations anti-insurrectionnelles, les forces armées sont constamment confrontées à des personnes qui adoptent une attitude plus ou moins hostile. La difficulté, pour ces forces, consiste à établir de manière fiable une distinction entre trois catégories de personnes. Il s'agit tout d'abord des membres de groupes armés organisés appartenant à une partie adverse engagée dans le conflit. Il s'agit ensuite des civils participant directement aux hostilités, de manière spontanée, sporadique ou non organisée. Il s'agit enfin des civils qui peuvent, ou non, apporter leur soutien à l'adversaire mais qui, au moment considéré, ne participent pas directement aux hostilités. Pour éviter que des civils ayant droit à une protection contre les attaques directes soient pris pour cibles de manière erronée ou arbitraire, il ne doit exister aucune ambiguïté quant aux précautions à prendre ainsi qu'aux présomptions devant prévaloir dans les situations de doute.

1. EXIGENCE RELATIVE AUX PRÉCAUTIONS POSSIBLES

Avant toute attaque, toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises pour vérifier que les personnes visées constituent des cibles militaires légitimes²⁰⁰. Une fois qu'une attaque a commencé, les personnes responsables doivent annuler ou interrompre l'attaque s'il apparaît que la cible n'est pas un objectif militaire légitime²⁰¹. Avant et durant toute attaque, tout ce qui est possible doit être fait pour déterminer si la personne visée est une personne civile et, en ce cas, si elle participe directement aux hostilités. Dès qu'il apparaît que la personne visée est en droit de bénéficier de la

200 Article 57 [2] a) i) PA I. Selon le *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 16, cette règle a acquis un caractère coutumier dans les conflits armés internationaux et non internationaux.

201 Article 57 [2] b) PA I. Selon le *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 19, cette règle a acquis un caractère coutumier dans les conflits armés internationaux et non internationaux.

protection accordée aux civils, les personnes responsables doivent s'abstenir de lancer l'attaque, ou l'annuler, ou l'interrompre si elle a déjà été lancée. Cette détermination doit être faite de bonne foi et en tenant compte de tous les éléments d'information qui peuvent être considérés comme raisonnablement disponibles dans cette situation spécifique²⁰². Comme le prévoit le DIH conventionnel, «[p]ar précautions possibles, on entend les précautions qui sont praticables ou qu'il est pratiquement possible de prendre eu égard à toutes les conditions du moment, notamment aux considérations d'ordre humanitaire et d'ordre militaire»²⁰³. En outre, une attaque directe contre une personne civile doit être annulée ou interrompue si cette personne est mise hors de combat²⁰⁴.

2. PRÉSUMPTION DE LA PROTECTION ACCORDÉE AUX CIVILS

Aux fins du principe de distinction, le DIH établit une distinction entre deux catégories génériques de personnes, à savoir les civils, d'une part, et les membres des forces armées des parties au conflit, d'autre part. Les membres des forces armées d'un État (à l'exception du personnel médical et religieux) ou des groupes armés organisés sont généralement considérés comme des cibles militaires légitimes, à moins qu'ils ne se rendent ou qu'ils ne soient mis hors de combat d'une autre manière. Les civils sont généralement protégés contre les attaques directes, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant toute la durée de cette participation. Pour chaque catégorie, la règle générale s'applique aussi longtemps que les conditions justifiant une exception ne sont pas réunies.

Il s'ensuit qu'en cas de doute sur le fait qu'une conduite spécifique de civils constitue ou non une participation directe aux hostilités, il convient de présumer que la règle générale de la protection accordée aux civils s'applique, et que cette conduite ne constitue pas une participation directe aux hostilités²⁰⁵. La présomption de la protection accordée aux civils s'applique,

202 *Report DPH 2006*, pp. 70 et suiv.

203 Article 3 [4], Protocole II, Convention des Nations Unies sur certaines armes classiques (1980); article 1 [5], Protocole III, Convention des Nations Unies sur certaines armes classiques (1980); article 3 [10], Protocole II modifié (1996) annexé à la Convention des Nations Unies sur certaines armes classiques. Voir également le texte français de l'article 57 du PA I («faire tout ce qui est pratiquement possible»).

204 Outre la détermination du fait qu'une personne civile participe, ou ne participe pas, directement aux hostilités, le principe de précaution dans les attaques exige également que toutes les précautions pratiquement possibles soient prises afin d'éviter d'infliger incidemment des pertes en vies humaines et des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil (et, en toute circonstance, de minimiser ces pertes). Ce principe oblige également les personnes responsables à s'abstenir de lancer des attaques, ou à les annuler ou les interrompre, si elles sont susceptibles de causer incidemment des effets nuisibles qui seraient «excessifs» par rapport à l'avantage militaire attendu (article 57 [2] a) ii), [2] a) iii) et [2] b) PA I). Quant au caractère coutumier de ces règles dans les conflits armés internationaux et non internationaux, voir *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règles 17, 18 et 19.

205 Durant les réunions d'experts, il a été convenu qu'en cas de doute quant au fait qu'un civil constitue ou non un objectif militaire légitime, ce civil doit être présumé protégé contre les attaques directes (*Report DPH 2005*, pp. 44-45 et 67-68; *Report DPH 2006*, pp. 70 et suiv.).

a fortiori, en cas de doute sur le fait qu'une personne est devenue membre d'un groupe armé organisé appartenant à une partie au conflit²⁰⁶. À l'évidence, le critère de doute applicable à l'identification de cibles légitimes ne peut pas être comparé à celui, plus strict, qui est applicable en cas de poursuites pénales. Il doit plutôt refléter le niveau de certitude auquel l'on peut raisonnablement parvenir dans de telles circonstances. Dans la pratique, cette détermination devra prendre en compte, *inter alia*, les renseignements dont dispose la personne devant prendre la décision, l'urgence de la situation et, enfin, les effets nuisibles qu'une décision erronée est susceptible de provoquer pour les forces en opération ou pour les personnes et les biens protégés contre les attaques directes.

La présomption de la protection accordée aux civils n'exclut pas l'emploi de la force armée contre les civils dont la conduite – bien que ne constituant pas clairement une participation directe aux hostilités – fait peser une grave menace sur la sécurité publique et sur l'ordre public. Dans de tels cas, néanmoins, l'emploi de la force doit être régi par les normes relatives au maintien de l'ordre et à la légitime défense individuelle, tout en tenant compte de la menace à contenir et de la nature des circonstances environnantes²⁰⁷.

3. CONCLUSION

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.

206 Pour les situations de conflit armé international, ce principe a été codifié à l'article 50 [1] PA I. Quant aux conflits armés non internationaux, voir également le *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 4789, qui stipule: «en cas de doute sur la qualité d'une personne, celle-ci est présumée civile».

207 Voir également *Report DPH 2005*, pp. 11-12.

IX. LIMITATIONS À L'EMPLOI DE LA FORCE LORS D'UNE ATTAQUE DIRECTE

Outre les limitations imposées par le DIH à l'emploi de certains moyens et méthodes de guerre spécifiques, et sous réserve de restrictions additionnelles pouvant être imposées par 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.

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 que les personnes concernées ne sont plus juridiquement protégées. 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»²⁰⁸. De fait, 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.

1. INTERDICTIONS ET LIMITATIONS ÉNONCÉES

DANS DES DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES DU DIH

Toute opération militaire menée dans une situation de conflit armé doit respecter les dispositions applicables du DIH conventionnel et coutumier régissant la conduite des hostilités²⁰⁹. Parmi ces dispositions figurent, d'une part, les règles découlant de trois principes – distinction, précaution et proportionnalité – et de deux interdictions – refus de quartier et perfidie – et, d'autre part, la limitation ou l'interdiction de certaines armes ainsi que l'interdiction de méthodes et moyens de guerre spécifiques qui sont de nature à causer des maux superflus²¹⁰. En dehors de l'interdiction ou de la limitation

²⁰⁸ Article 22 H IV R. Voir également l'article 35 [1] PA I: «Dans tout conflit armé, le droit des parties au conflit de choisir des méthodes et moyens de guerre n'est pas illimité».

²⁰⁹ Voir également *Report DPH 2006*, p. 76, et *Report DPH 2008*, pp. 24, 29 et suiv.

²¹⁰ Voir, par exemple, les interdictions ou les limitations imposées à l'emploi du poison (article 23 [1] a) H IV R et Protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi, à la guerre, de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques), des balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans

de certains moyens et méthodes de guerre, les dispositions spécifiques du DIH ne règlementent pas expressément le type et le degré de force admissibles contre des cibles militaires légitimes. Au lieu de cela, le DIH s'abstient simplement d'accorder à certaines catégories de personnes, dont les civils participant directement aux hostilités, une protection contre les «attaques» directes, c'est-à-dire contre les «actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs»²¹¹. À l'évidence, le fait qu'une catégorie particulière de personnes ne soit pas protégée contre des actes de violence offensifs ou défensifs ne signifie pas que le droit autorise de tuer ces personnes sans autres considérations. En même temps, l'absence d'un «droit» de tuer illimité n'implique pas nécessairement une obligation juridique de capturer plutôt que de tuer, quelles que soient les circonstances.

2. LES PRINCIPES DE NÉCESSITÉ MILITAIRE ET D'HUMANITÉ²¹²

En l'absence de réglementation expresse, le type et le degré de force admissibles dans les attaques contre des cibles militaires légitimes devraient être déterminés, avant tout, en se fondant sur deux principes fondamentaux : nécessité militaire et humanité. Ces principes sous-tendent et informent tout le cadre normatif du DIH et, par conséquent, délimitent le contexte dans lequel les règles du DIH doivent être interprétées²¹³. Les principes de nécessité militaire et d'humanité ni ne dérogent aux dispositions spécifiques du DIH ni ne priment sur elles, mais ils constituent les principes directeurs au regard desquels les droits et les devoirs des belligérants doivent être interprétés, à l'intérieur des paramètres définis par ces dispositions²¹⁴.

le corps humain (Déclaration IV, 3 de La Haye de 1899) et de certaines autres armes (Convention des Nations Unies sur certaines armes classiques et ses Protocoles de 1980, 1995 et 1996; Convention d'Ottawa de 1997 sur les mines antipersonnel; Convention de 2008 sur les armes à sous-munitions), de même que l'interdiction du refus de quartier (article 40 PA I; article 23 [1] d) H IV R) et, enfin, du recours à la tricherie ou à la perfidie (article 23 [1] b) H IV R et article 37 PA I). Voir également *Report DPH 2006*, p. 76, et *Report DPH 2008*, pp. 18-19.

211 Article 49 [1] PA I.

212 Durant les réunions d'experts, la section IX.2 du *Guide interprétatif* est restée très controversée. Un groupe d'experts estimait que l'emploi la force létale contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes n'est admissible que si la capture n'est pas possible, tandis qu'un autre groupe insistait sur le fait qu'au regard du DIH, il n'existe aucune obligation juridique de capturer plutôt que de tuer. Néanmoins, tout au long des discussions, personne n'a avancé les arguments selon lesquels, d'une part, il existerait une obligation de prendre des risques accrus pour protéger la vie d'un adversaire n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes et, d'autre part, il serait possible de tuer une telle personne de manière licite dans une situation où il n'existe manifestement aucune nécessité militaire de le faire. Pour une vue d'ensemble des débats à ce sujet, voir *Report DPH 2004*, pp. 17 et suiv.; *Report DPH 2005*, pp. 31-32, 44 et suiv., 50, 56-57, 67; *Report DPH 2006*, pp. 74-79; *Report DPH 2008*, pp. 7-32.

213 Voir notamment: *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1389.

214 *Report DPH 2008*, pp. 7-8, 19-20. Voir également la déclaration de Lauterpacht, selon laquelle «ce n'est pas en se référant à des règles existantes que l'on résout ces problèmes, pour autant qu'ils puissent être résolus, mais en se rapportant à des considérations impératives d'humanité, de sauvegarde de la civilisation et d'inviolabilité de la personne humaine» (cité dans: *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1394).

Aujourd'hui, le principe de nécessité militaire est généralement reconnu comme autorisant «seulement le degré et le type de force, non interdits par ailleurs par le droit des conflits armés, qui sont requis pour atteindre le but légitime du conflit, à savoir la soumission complète ou partielle de l'ennemi le plus tôt possible avec le coût minimum en vies humaines et en moyens engagés» (traduction CICR)²¹⁵. Le principe d'humanité, qui «interdit d'infliger des souffrances, des blessures ou des destructions qui ne sont pas véritablement nécessaires pour atteindre des buts militaires légitimes» (traduction CICR), vient compléter le principe de nécessité militaire dans lequel il est implicitement contenu²¹⁶. Ainsi, en dehors des actions expressément prohibées par le DIH, les actions militaires admissibles sont réduites – sous l'effet conjoint des principes de nécessité militaire et d'humanité – aux actions véritablement nécessaires pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent²¹⁷.

Alors qu'il est impossible de déterminer, *ex ante*, le niveau de force précis à utiliser dans chaque situation, les considérations d'humanité exigent qu'à l'intérieur des paramètres définis par les dispositions spécifiques du DIH, il ne soit pas causé plus de morts, de blessés ou de destructions que ceux nécessaires pour atteindre un but militaire légitime dans des circonstances données²¹⁸. Une évaluation complexe – tenant compte d'une grande variété

215 Royaume-Uni: Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: OUP, 2004), Section 2.2 (Nécessité militaire). Des interprétations similaires figurent dans un grand nombre d'autres manuels et glossaires militaires actuels. Voir, par exemple, OTAN: *Glossaire de termes et définitions* (AAP-6V), p. 2-M-5; États-Unis: Department of the Army, *Field Manual 27-10* (1956), par. 3; États-Unis: Department of the Navy, *Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, NWP 1-14 M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A* (2007), par. 5.3.1, p. 5-2.; France: ministère de la Défense, *Manuel de Droit des Conflits Armés* (2001), pp. 86-87; Allemagne: ministère fédéral de la Défense, *Règlement sur le service dans les forces armées ZDv 15/2: Droit international humanitaire dans les conflits armés* (août 1992), par. 130; Suisse: Armée suisse, *Les bases légales du comportement à l'engagement, règlement 51.007/IV* (2005), par. 160. Au cours de l'histoire, le concept moderne de «nécessité militaire» a été fortement influencé par la définition figurant à l'article 14 du «Code de Lieber» (États-Unis: *Adjutant General's Office, General Orders N° 100*, 24 avril 1863).

216 Royaume-Uni, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (note 215, ci-dessus), Section 2.4 (Humanité). Bien qu'il ne soit plus en vigueur, voir également la formulation figurant dans: États-Unis: Department of the Air Force, *Air Force Pamphlet*, AFP 110-31 (1976), par. 1-3 2), pp. 1-6. En conséquence, dans la mesure où les deux principes – nécessité militaire et humanité – visent à limiter les pertes en vies humaines, les blessures et les destructions à ce qui est véritablement nécessaire pour réaliser des buts militaires légitimes, ils ne s'opposent pas l'un à l'autre, mais au contraire se renforcent mutuellement. Ce n'est que lorsqu'une action militaire peut raisonnablement être considérée comme nécessaire pour atteindre un but militaire légitime que le principe de nécessité militaire et le principe d'humanité deviennent des éléments à prendre en considération qui s'opposent et entre lesquels un équilibre doit être trouvé, comme prévu dans les dispositions spécifiques du DIH.

217 Voir *Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 1395. Voir également l'arrêt de la Cour internationale de Justice (CIJ) selon lequel l'interdiction de l'emploi de méthodes et moyens de guerre spécifiques d'une nature à causer des souffrances inutiles aux combattants constitue un principe intransgressible du droit international coutumier et un principe cardinal du DIH: il est interdit de causer des «**souffrances supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes**» (soulignement ajouté). Voir: CIJ, *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, par. 78.

218 Voir également la Déclaration de Saint-Petersbourg (1868), qui stipule: «Que le seul but légitime que les

de circonstances opérationnelles et contextuelles – doit être réalisée pour déterminer le type et le degré de force pouvant être considérés comme nécessaires dans une attaque lancée contre un objectif militaire particulier. Il ne s'agit pas de remplacer le jugement du commandant militaire par des normes inflexibles ou irréalistes. Le but est plutôt d'éviter les erreurs, l'arbitraire et les abus, en indiquant au commandant militaire les principes directeurs devant guider son choix de méthodes et moyens de guerre spécifiques en fonction de son évaluation de la situation²¹⁹.

Dans les confrontations classiques, de grande ampleur, entre des forces ou des groupes armés bien équipés et organisés, les principes de nécessité militaire et d'humanité ont peu de chances de limiter l'emploi de la force contre des cibles militaires légitimes au-delà de ce qui est déjà requis par des dispositions spécifiques du DIH. L'importance pratique de leur fonction restrictive augmente avec la capacité d'une partie au conflit de contrôler tant les circonstances que la zone dans lesquelles elle conduit ses opérations militaires. De fait, une telle fonction peut devenir décisive quand les forces armées opèrent contre certaines personnes dans des situations comparables aux opérations de police en temps de paix. Dans la pratique, ces éléments sont susceptibles de devenir particulièrement pertinents quand une partie au conflit exerce un contrôle territorial effectif, tout particulièrement dans les territoires occupés et lors de conflits armés non internationaux²²⁰.

États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi; Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible».

219 Il est admis depuis longtemps que les cas qui ne sont pas expressément réglementés en DIH conventionnel ne devraient pas être, «faute de stipulation écrite, laissés à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées» (Préambule H II; Préambule H IV) mais que, pour reprendre les termes de la célèbre clause de Martens, «les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, de lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique» (article 1 [2] PA I). D'abord adoptée dans le Préambule de la Convention II de La Haye (1899) et réaffirmée ensuite dans des traités et dans la jurisprudence pendant plus d'un siècle, la clause de Martens continue de servir de rappel constant du fait qu'en situation de conflit armé, une conduite particulière n'est pas nécessairement licite du simple fait qu'elle n'est pas expressément interdite ou réglementée d'une autre manière dans le droit des traités. Voir, par exemple: Préambules H IV R (1907); PA II (1977); Convention des Nations Unies sur certaines armes classiques (1980); articles 63 CG I, 62 CG II, 142 CG III, 158 CG IV (1949); CIJ, *Avis consultatif, Armes nucléaires* (note 217, ci-dessus), par. 78; enfin, TPIY, *Le Procureur c/Kupreskic et consorts*, Affaire No IT-95-16-T-14, Jugement du 14 janvier 2000, par. 525. Pour les débats relatifs à la clause de Martens durant les réunions d'experts, voir *Report DPH 2008*, pp. 22-23.

220 Pour la jurisprudence nationale récente reflétant cette position, voir: Israël, Haute Cour de Justice, *PCATI c/Israël*, note 24, ci-dessus, par. 40: «un civil participant directement aux hostilités ne peut pas faire l'objet d'attaques pendant la durée de cette participation si des moyens moins nuisibles peuvent être employés. [...] Les arrestations, les investigations et les procès ne sont pas des moyens qui peuvent toujours être utilisés. Parfois, aucune possibilité de ce type n'existe, et parfois elle fait peser un risque si important sur la vie des soldats qu'elle n'est pas envisagée. Cela pourrait en fait être particulièrement pratique dans des conditions d'occupation belligérante, lorsque l'armée contrôle la zone où se déroule l'opération, et où les arrestations, les investigations et les procès constituent parfois des possibilités réalisables [...]. Bien sûr, en fonction des circonstances de certains cas, une telle possibilité peut ne pas exister. Parfois, ses effets nuisibles pour les civils innocents se trouvant à proximité pourraient être plus importants que les effets causés par le non-recours à une telle possibilité. En de telles circonstances, cette possibilité ne devrait pas être utilisée» (traduction CICR).

Par exemple, si un civil non armé, assis dans un restaurant, utilisait un émetteur radio ou un téléphone mobile pour transmettre à une force aérienne des renseignements tactiques pour l'aider à cibler l'attaque qu'elle s'apprête à lancer, il faudrait probablement considérer qu'il participe directement aux hostilités. Cependant, si le restaurant en question était situé à l'intérieur d'une zone strictement contrôlée par la partie adverse, il serait peut-être possible de neutraliser la menace militaire que représente ce civil, en le capturant ou en recourant à d'autres moyens non létaux, sans faire courir de risques supplémentaires aux forces en opération ou à la population civile se trouvant à proximité. De la même manière, au regard du DIH, le commandant militaire d'un groupe armé organisé ne retrouverait pas la protection accordée aux civils contre les attaques directes du simple fait qu'il s'est provisoirement défilé de ses armes, de son uniforme et de ses signes distinctifs pour rendre visite à des membres de sa famille vivant à l'intérieur du territoire contrôlé par le gouvernement. Toutefois, en fonction des circonstances, les forces armées ou les forces de police du gouvernement pourraient être en mesure de capturer ce commandant sans recourir à la force létale. Autre exemple: si un grand nombre de civils non armés se rassemblaient délibérément sur un pont pour empêcher le passage des forces terrestres gouvernementales poursuivant un groupe d'insurgés, ils devraient probablement être considérés comme participant directement aux hostilités. Dans la plupart des cas, néanmoins, il serait raisonnablement possible, pour les forces armées, de dégager l'obstacle physique que constituent ces civils en employant des moyens moins nuisibles qu'une attaque militaire lancée directement contre eux.

En résumé, alors qu'il est difficile d'exiger que les forces en opération prennent des risques supplémentaires pour elles-mêmes ou pour la population civile afin de capturer vivant un adversaire armé, ce serait bafouer les notions fondamentales d'humanité que de tuer un adversaire ou de ne pas lui donner une chance de se rendre quand il n'existe manifestement aucune nécessité d'employer la force létale²²¹. Dans de telles situations, les principes de nécessité militaire et d'humanité jouent un rôle important dans la détermination du

221 C'est en ce sens qu'il convient de comprendre la célèbre formule de Jean Pictet «[s]i l'on peut mettre un militaire hors de combat en le capturant, il ne faut pas le blesser; si l'on peut atteindre ce résultat en le blessant, il ne faut pas le tuer. Si, pour le même avantage militaire, on dispose de deux moyens, dont l'un cause de moindres maux, c'est celui-là qu'il faut choisir». Voir Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Genève/Paris, Institut Henry-Dunant, Pédone, 1983, p. 92. Durant les réunions d'experts, il a été généralement admis que l'approche proposée par Pictet n'est pas utilisable dans les situations classiques du champ de bataille impliquant des confrontations de grande ampleur (*Report DPH 2006*, pp. 75-76, 78) et que les forces armées opérant dans les situations de conflit armé, même si elles sont équipées d'armements sophistiqués et de moyens d'observation, peuvent ne pas toujours avoir les moyens ou l'opportunité de capturer au lieu de tuer (*Report DPH 2006*, p. 63).

type et du degré de force admissibles contre des cibles militaires légitimes. Enfin, bien que le présent *Guide interprétatif* ne porte que sur l'analyse et l'interprétation du DIH, ses conclusions sont présentées sans préjudice des restrictions additionnelles à l'emploi de la force pouvant résulter d'autres régimes applicables du droit international, notamment le droit international des droits de l'homme et le droit régissant l'usage de la force entre les États (*jus ad bellum*)²²².

3. CONCLUSION

Dans les situations de conflit armé, même l'emploi de la force contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes reste soumis à des restrictions d'ordre juridique. 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.

²²² Selon l'article 51 [1] PA I, la règle énoncée à l'article 51 [3] PA I s'ajoute «aux autres règles du droit international applicable». De la même manière, l'article 49 [4] PA I rappelle que les dispositions de la section I PA I (articles 48-67) «complètent les règles relatives à la protection humanitaire énoncées [...] dans les autres accords internationaux qui lient les Hautes Parties contractantes, ainsi que les autres règles du droit international relatives à la protection des civils [...] contre les effets des hostilités [...]». Alors que ces dispositions font référence principalement à des sources du DIH autres que le PA I lui-même, elles visent également à inclure «des instruments d'un champ d'application plus large, qui continuent à s'appliquer, en tout ou en partie, en situation de conflit armé» (*Commentaire PA* (note 10, ci-dessus), par. 128-131), tels que «les pactes ou conventions relatifs à la protection des droits de l'homme, régionaux ou universels» (*ibid.*, commentaire de l'article 49 PA I, par. 1901) et d'autres traités applicables, qui «peuvent influencer d'une manière positive sur le sort de la population civile en temps de conflit armé» (*ibid.*, commentaire de l'article 51 [1] PA I, par. 1937). Durant les réunions d'experts, certains intervenants ont suggéré que les arguments avancés dans la section IX devraient être fondés sur le droit à la vie de toute personne humaine. L'opinion qui a prévalu, néanmoins, est que le *Guide interprétatif* ne devrait pas examiner l'impact du droit des droits de l'homme sur le type et le degré de force admissibles au regard du DIH. Au lieu de cela, une clause générale de sauvegarde devrait préciser que le texte du *Guide interprétatif* a été rédigé sans préjudice de l'applicabilité des autres normes juridiques, telles que le droit des droits de l'homme (*Report DPH 2006*, pp. 78-79; *Report DPH 2008*, pp. 21-22).

X. CONSÉQUENCES DE LA RESTAURATION DE LA PROTECTION ACCORDÉE AUX CIVILS

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 ils ne sont pas exemptés de poursuites pour des violations du droit interne ou du droit international qu'ils pourraient avoir commises.

1. ABSENCE D'IMMUNITÉ CONTRE LES POURSUITES EN VERTU DE LA LÉGISLATION NATIONALE

Le DIH ne prévoit un «droit» exprès de participer directement aux hostilités que pour deux catégories de personnes: les membres des forces armées des parties aux conflits armés internationaux, d'une part, et les participants à une levée en masse, d'autre part²²³. Ce droit n'autorise pas pour autant la commission d'actes interdits par le DIH. Il accorde simplement aux combattants une immunité contre les poursuites en vertu de la législation nationale pour des actes qui, bien qu'en conformité avec le DIH, peuvent constituer des délits au regard du droit pénal national des parties au conflit: c'est ce que l'on nomme le «privilege du combattant»²²⁴. Le fait que le DIH ne confère pas explicitement aux civils le droit de participer directement aux hostilités n'implique pas nécessairement l'existence d'une interdiction internationale d'une telle participation. De fait, en tant que telle, la participation directe des civils aux hostilités n'est ni interdite par le DIH²²⁵ ni criminalisée dans les Statuts des tribunaux pénaux internationaux ou de la Cour pénale internationale, passés ou actuels²²⁶. Néanmoins, les civils – y compris ceux qui ont droit au statut de prisonnier de guerre en vertu de

223 Article 43 [2] PA I (à l'exception du personnel médical et religieux); articles 1 et 2 H IV R.

224 Inversement, le privilège du combattant ne confère aucune immunité contre les poursuites judiciaires au regard du droit pénal (national ou international) pour des violations du DIH.

225 Il s'agit également de l'opinion qui a prévalu durant les réunions d'experts (voir *Report DPH 2006*, p. 81). Les experts sont également convenus que le caractère licite ou illicite d'un acte au regard du droit national ou du droit international était sans effet sur la qualification de cet acte en tant que participation directe aux hostilités (*Background Doc. DPH 2004*, p. 26; *Report DPH 2004*, p. 17; *Report DPH 2005*, p. 9; *Report DPH 2006*, p. 50).

226 Ni les Statuts des tribunaux militaires établis au lendemain de la Seconde Guerre mondiale (c'est-à-dire le Tribunal militaire international de Nuremberg et le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, à Tokyo), ni les Statuts actuels du TPIY, du TPIR, de la CPI et de la Cour spéciale pour la Sierra Leone ne criminalisent, en tant que telle, la participation directe des civils aux hostilités.

l'article 4 [4] et [5] CG III – n'ont pas droit au privilège du combattant. Ils ne peuvent donc pas bénéficier d'une immunité contre les poursuites, en vertu de la législation nationale, pour des actes de guerre licites (c'est-à-dire pour avoir directement participé aux hostilités tout en respectant le DIH)²²⁷. Ainsi, les civils qui ont participé directement aux hostilités, de même que les membres de groupes armés organisés appartenant à une partie non étatique à un conflit²²⁸, peuvent être poursuivis et sanctionnés, dans la mesure où leurs activités, leur appartenance ou les effets nuisibles qu'ils ont causés sont réprimés par le droit national (en cas, par exemple, de trahison, d'incendie criminel, de meurtre, etc.)²²⁹.

2. OBLIGATION DE RESPECTER LE DIH

La jurisprudence des tribunaux militaires internationaux établis au lendemain de la Seconde Guerre mondiale²³⁰, comme la jurisprudence du TPIY et du TPIR, affirme que même les personnes civiles peuvent violer les dispositions du DIH et commettre des crimes de guerre. C'est le caractère des actes commis ainsi que leur lien avec le conflit, et non pas le statut (la qualité) de l'auteur de ces actes, qui sont déterminants pour leur pertinence au regard du DIH²³¹. Il ne peut y avoir aucun doute que les civils participant directement aux hostilités doivent respecter les règles du DIH, y compris les règles relatives à la conduite des hostilités, et qu'ils peuvent être tenus responsables de crimes de guerre au même titre que les membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés. Par exemple, il y aurait violation du DIH si des civils commettaient des actes hostiles contre des personnes et des biens protégés contre les attaques directes, refusaient de faire quartier alors que leurs adversaires étaient hors de combat, ou encore employaient la perfidie pour capturer, blesser ou tuer un adversaire.

227 La clause de Martens (note 219, ci-dessus) exprime un compromis formulé après que les États participant aux Conférences de la Paix de 1899 aient échoué à se mettre d'accord sur la question de savoir si les civils qui prennent les armes contre une puissance occupante établie devraient ou non être traités comme des combattants bénéficiant de ce privilège ou comme des francs-tireurs, passibles d'exécution. Depuis lors, les États ont successivement étendu le privilège du combattant aux participants à une levée en masse, aux milices et aux corps de volontaires (H IV R, 1907), aux mouvements de résistance organisés (CG I-III, 1949) et à certains mouvements de libération nationale (PA I, 1977). Pour ce qui est des civils, à ce jour, le DIH ni n'interdit leur participation directe aux hostilités ni ne leur accorde l'immunité contre les poursuites judiciaires en vertu de la législation nationale.

228 Manifestement, quand le Protocole additionnel I est applicable, les membres des forces armées des mouvements de libération nationale au sens de l'article 1 [4] PA I peuvent bénéficier du privilège du combattant et, en conséquence, de l'immunité contre les poursuites judiciaires pour des actes de guerre licites, quand bien même les mouvements auxquels ces forces armées appartiennent sont des parties non étatiques à un conflit armé.

229 Voir également *Background Doc. DPH 2004*, p. 26; *Report DPH 2004*, p. 17; *Report DPH 2005*, p. 9; *Report DPH 2006*, pp. 80-81.

230 Voir la note 226, ci-dessus.

231 À propos du critère du lien (nexus), tel qu'établi par le TPIY et le TPIR, voir plus particulièrement TPIY, *Le Procureur c/Tadic*, (note 26, ci-dessus), par. 67 et 70; TPIY, *Le Procureur c/Kumarac et consorts* (note 147, ci-dessus), par. 55 et suiv.; TPIR, *Le Procureur c/Rutaganda* (note 147, ci-dessus), par. 569-570.

Dans la pratique, l'interdiction de la perfidie présente un intérêt particulier. En effet, il arrive fréquemment que les civils participant directement aux hostilités ne portent pas leurs armes ouvertement ou ne se distinguent pas, de toute autre manière, de la population civile. Quand les civils capturent, blessent ou tuent un adversaire et, ce faisant, ne se distinguent pas de la population civile afin de laisser croire à l'adversaire qu'ils ont droit à la protection accordée aux civils contre les attaques directes, de tels actes peuvent équivaloir à de la perfidie et constituer une violation du DIH conventionnel et coutumier²³².

3. CONCLUSION

Il apparaît, en dernière analyse, que le DIH ni n'interdit ni n'encourage la participation directe des civils aux hostilités. Dès lors, quand les civils cessent de participer directement aux hostilités, ou quand des personnes cessent d'être membres de groupes armés organisés parce qu'elles se désengagent de leur fonction de combat continue, elles retrouvent la pleine protection contre les attaques directes accordée aux civils. Néanmoins, en l'absence du privilège du combattant, ces personnes civiles ne sont pas exemptées de poursuites en vertu du droit pénal national pour des actes commis durant leur participation directe aux hostilités ou leur appartenance à un groupe armé organisé. En outre, au même titre que les membres des forces armées d'un État ou de groupes armés organisés appartenant aux parties à un conflit armé, les personnes civiles qui participent directement aux hostilités doivent respecter les règles du DIH régissant la conduite des hostilités et elles peuvent être tenues individuellement responsables de crimes de guerre et d'autres violations du droit pénal international.

232 Articles 23 [1] b) H IV R et 37 [1] PA I (conflits armés internationaux). Sur le caractère coutumier de cette règle dans les conflits armés non internationaux, voir *DIH coutumier*, note 7, ci-dessus, Vol. I, règle 65. Aux termes du Statut de la CPI, le fait de tuer ou de blesser par trahison des «individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie» (conflit armé international: article 8 [2] b) (xi)) ou un «adversaire combattant» (conflit armé non international: article 8 [2] e) (ix)) constitue un crime de guerre.