

RAPPORTS ET DOCUMENTS

Commentaire de la Partie 1 du Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés

Marie-Louise Tougas*

Marie-Louise Tougas est conseillère juridique auprès du Comité International de la Croix Rouge.

Résumé

Le Document de Montreux sur les entreprises militaires et de sécurité privées (le Document de Montreux) a été adopté en 2008 par dix-sept États pour réaffirmer et, autant que nécessaire, clarifier les obligations existantes des États et d'autres acteurs en vertu du droit international, en particulier du droit international humanitaire (DIH) et du droit international des droits de l'homme (DIDH). Il vise également à identifier les bonnes pratiques et les options en matière de réglementation pour assister les États dans la promotion du respect du DIH et du DIDH par les entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP). Aujourd'hui cinquante-trois États et trois organisations internationales ont signé le Document de Montreux. Il contient vingt-sept « déclarations »

* Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR.

(sections) rappelant les principales obligations juridiques internationales des États concernant les opérations des EMSP en situation de conflit armé. Chaque déclaration est la réaffirmation d'une règle générale de DIH, de DIDH ou d'une règle relative à la responsabilité des États formulée de manière à clarifier son applicabilité aux opérations des EMSP. La finalité de cet article est de détailler le fondement de chaque obligation juridique mentionnée dans la première partie du Document de Montreux (Partie 1). Il suit la structure de sa Partie 1 dans le but d'en faciliter la compréhension. La deuxième partie du Document de Montreux, relative aux bonnes pratiques, n'est pas couverte par cet article.

Mots clés : Document de Montreux, obligations juridiques internationales, DIH, DIDH, entreprises militaires et de sécurité privées, contractants privés, conflit armé, responsabilité des États.



En 2006, le gouvernement suisse et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) ont lancé une initiative visant à promouvoir le respect du droit international humanitaire (DIH) et du droit international des droits de l'homme (DIDH) par les entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP) opérant en situation de conflit armé. Deux ans plus tard, après plusieurs réunions en présence d'États et de représentants de la société civile, d'institutions académiques et de l'industrie, dix-sept États ont signé le Document de Montreux sur les entreprises militaires et de sécurité privées (le Document de Montreux)¹.

Le Document de Montreux ne doit pas être interprété comme approuvant l'usage des EMSP dans quelque circonstance que ce soit, ou comme prenant position sur la question plus générale de la légitimité ou de l'opportunité de faire appel à des EMSP en période de conflit armé. Même si cette question est importante, il y avait, au moment du lancement de l'initiative, un besoin urgent de combattre l'idée reçue selon laquelle les EMSP opéraient dans un vide juridique. Ainsi, cette initiative s'est focalisée sur la réaffirmation et la clarification des obligations juridiques applicables aux activités des EMSP lors d'un conflit armé et à la définition de bonnes pratiques à cet égard. En effet, la présence accrue des EMSP dans les situations de conflits armés a fait naître d'importantes préoccupations d'ordre humanitaire et juridique tels le

1 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 pendant les conflits armés, Montreux, 17 septembre 2008 (Document de Montreux), disponible en anglais, arabe, chinois, finnois, français, espagnol et russe sur : https://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/aussenpolitik/voelkerrecht/humanitaeres_voelkerrecht/private-sicherheitsunternehmen/montreux-dokument.html (toutes les références Internet étaient accessibles au 30 octobre 2016). La brochure du Document de Montreux est disponible en anglais, français, espagnol et russe sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/p0996.htm>. Concernant le processus qui a conduit à l'adoption du Document de Montreux, voir James Cockayne, « Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document », *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, n° 3, 2008 ; Louis Balmond, « Observations sur le Document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les États concernant les activités des sociétés militaires privées », *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 113, n° 1, 2009.

statut du personnel des EMSP au regard du DIH, l'obligation pour les États de prendre les mesures appropriées pour prévenir, enquêter et offrir des recours effectifs en cas de comportement fautif des EMSP et de leur personnel ou encore la responsabilité individuelle du personnel des EMSP.

Le Document de Montreux poursuit ainsi deux objectifs principaux : 1) réaffirmer et, autant que nécessaire, clarifier les obligations existantes des États, des EMSP et de leur personnel au regard du droit international, en particulier du DIH et du DIDH ; et 2) identifier des bonnes pratiques et des orientations réglementaires pour assister les États dans la promotion du respect du DIH et du DIDH par les EMSP. Au mois de décembre 2015, le Document de Montreux avait été signé par cinquante-trois États et trois organisations internationales².

Le Document de Montreux ne doit pas être interprété comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles de droit international existantes ou le développement de règles nouvelles. Il s'agit d'une réaffirmation du fait que des règles bien établies du droit international s'appliquent aux États et aux EMSP.

Le Document de Montreux ne concerne ni n'affecte en aucune manière les règles relatives au *jus ad bellum*³, en particulier celles contenues dans la Charte des Nations Unies. Il n'aborde pas non plus la question des mercenaires, étant entendu que les obligations des États restent à cet égard pertinentes et applicables. En particulier, la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique et la Convention internationale de l'ONU contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires peuvent en particulier être rappelées⁴. Bien que, dans la plupart des situations, les dirigeants et les employés des EMSP ne seront pas qualifiés de mercenaires en vertu du droit international⁵, cette possibilité ne peut pas être exclue et il convient de garder à l'esprit les accords internationaux interdisant le mercenariat.

Le Document de Montreux contient vingt-sept déclarations rappelant les principales obligations internationales des États au regard des opérations des EMSP dans les conflits armés, (ci-après « déclarations »). Chaque déclaration est la réaffirmation d'une règle générale de DIH, de DIDH ou d'une règle relative à la responsabilité de l'État, formulée de manière à clarifier son applicabilité aux

2 Département fédéral des affaires étrangères suisse, *États participant au Document de Montreux*, disponible sur : <https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/droit-international-humanitaire/entreprises-militaires-securite-privetes/etats-participant.html>.

3 Le *jus ad bellum* se rapporte à la légalité de l'usage de la force par les États en droit international et le *jus in bello* aux règles humanitaires qui doivent être respectées en temps de conflit armé. Sur cette question, voir Marco Sassòli, Antoine Bouvier et Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, Vol. 1, 3^e éd., CICR, Genève, 2011, p. 114.

4 Organisation de l'Unité africaine (OUA), Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique, 1972, OUA Doc. CM/433/Rev.L (entrée en vigueur en 1977), annexe 1 ; Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, 4 décembre 1989, 2163 RTNU 75 (entrée en vigueur le 20 octobre 2001) (Convention sur les mercenaires de l'ONU).

5 Pour une définition juridique du mercenaire selon le droit international, voir le Protocole additionnel à la Convention de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA I), art. 47 ; OUA, Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique, *op. cit.* note 4, art. 1 ; Convention sur les mercenaires de l'ONU, *op. cit.* note 4, art. 1.

opérations des EMSP. Ces déclarations ne créent pas d'obligations juridiques, mais rappellent les obligations existantes et les relient aux activités des EMSP dans des zones de conflit. Elles distinguent entre la responsabilité de l'État contractant, de l'État territorial et de l'État d'origine. De plus ces déclarations rappellent que les EMSP et leur personnel sont soumis au DIH et doivent en respecter les dispositions en tout temps, en situation de conflit armé, quel que soit leur statut.

Bien que les déclarations rappellent les obligations du DIH et du DIH en vigueur, elles ne cherchent pas à définir, pour chaque situation, les règles applicables dans un contexte donné. Le DIH, par exemple, s'applique uniquement dans les situations de conflit armé, qu'il soit international ou non international. En ce qui concerne les activités des EMSP, le DIH leur est applicable si leurs activités ont un lien avec le conflit armé.

Le DIDH s'applique en temps de paix et ne cesse pas de s'appliquer en période de conflit armé⁶ – même si, dans ce cas ou dans d'autres situations d'urgence, les États peuvent décider de déroger à certaines de ces règles. Néanmoins, certains droits tels que le droit à la vie et l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, ne peuvent faire l'objet de dérogations et continuent ainsi à s'appliquer pleinement, même en situation de conflit armé⁷. Ces deux branches du droit offrent une protection aux victimes de conflits armés dans le cadre de leur champ d'application respectif⁸. Par conséquent, bien que le Document de Montreux se focalise

6 Voir par exemple, Cour internationale de justice (CIJ), *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, par. 106 :

De manière plus générale, la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire.

Voir aussi CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 25 ; et CIJ, *Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), jugement, C.I.J. Recueil 2005, par. 216.

7 Voir par exemple le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDCP), 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur le 23 mars 1976), art. 4 :

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6 [droit à la vie], 7 [prohibition de la torture et traitements cruels, inhumains ou dégradants], 8 (par. 1 et 2) [interdiction de l'esclavage], 11 [interdiction de l'emprisonnement pour non-exécution d'une obligation contractuelle], 15 [non rétroactivité de la loi pénale], 16 [droit à une personnalité juridique] et 18 [droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion].

8 XXX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Réaffirmation et mise en œuvre du droit international humanitaire : préserver la vie et la dignité humaines dans les conflits armés*, 30 novembre 2007, Résolution n° 3, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/p1108.htm>.

sur les situations de conflit armé, les déclarations et les bonnes pratiques relatives aux obligations de DIDH demeurent pertinentes. De plus, même si cela n'est pas spécifiquement mentionné dans le document, il va de soi que les règles énoncées dans le Document de Montreux sont applicables dans les situations impliquant des EMSP en haute mer⁹.

Cet article vise à expliquer en détail le fondement de chaque obligation juridique mentionnée dans la première partie du Document de Montreux, en suivant la structure du document, dans le but de faciliter sa compréhension et sa mise en œuvre. La seconde partie du Document de Montreux, relative aux bonnes pratiques, ne sera pas abordée dans cet article.

Définitions

Il est important de comprendre les termes utilisés dans le Document de Montreux et leur définition spécifique dans le cadre de ce document. Certains d'entre eux vont être explicités ici.

Aux fins du Document de Montreux :

- Les « EMSP » sont des entités commerciales privées qui fournissent des services militaires et/ou de sécurité. Les services militaires et de sécurité comprennent en particulier la garde armée et la protection de personnes et d'objets tels que les convois, les bâtiments et autres lieux ; la maintenance et l'exploitation de systèmes d'armement ; la détention de prisonniers ; et le conseil ou la formation des forces locales et du personnel de sécurité local.

Le Document de Montreux ne cherche pas à dresser une classification des entreprises. Il vise plutôt à promouvoir le respect du DIH et du DIDH par toute entreprise fournissant un service militaire ou de sécurité dans une situation de conflit armé. Souvent, les EMSP proposent à la fois des services militaires et des services de sécurité, voire d'autres types de services. Peu importe que les EMSP se définissent elles-mêmes comme des entreprises « militaires » ou « de sécurité » ; ce qui importe, ce sont les activités qu'elles effectuent dans une situation donnée. En outre, le Document de Montreux ne se limite pas à des services militaires ou de sécurité impliquant l'usage d'armes ; il est également pertinent pour ce qui concerne des services tels que l'entraînement des forces armées, le renseignement et l'interrogatoire des prisonniers.

- Les « membres du personnel d'une EMSP » sont les personnes qui sont employées par une EMSP, qu'elles soient employées directement ou par contrat, y compris ses employés et ses gérants.

Les règles contenues dans le Document de Montreux sont applicables à tout individu employé par une EMSP et opérant dans une situation de conflit armé. Cela inclut

9 En effet, la haute mer n'est pas une zone dans laquelle les États sont exemptés de leurs obligations juridiques internationales. Voir le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer, 12 juin 1994, art. 10(b). Pour le DIDH, voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Requête n° 27765/09, arrêt (Grande Chambre), 23 février 2012, par. 79.

tous les employés, quelle que soit leur fonction au sein de l'entreprise, ainsi que tous les gestionnaires et les directeurs. Le personnel employé par une entité commerciale qui est elle-même sous-traitante d'une EMSP, est aussi couvert par cette définition.

- Les « États contractants » sont les États qui contractent directement avec une EMSP, y compris, quand cette EMSP sous-traite avec une autre EMSP.
- Les « État territoriaux » sont les États sur le territoire desquels opèrent les EMSP.
- Les « États d'origine » sont les États dont l'EMSP a la nationalité, c'est-à-dire les États dans lesquels l'EMSP est enregistrée ; si l'État dans lequel l'EMSP est établie n'est pas celui où se trouve son lieu principal de direction, l'État dans lequel se trouve le lieu principal de direction de l'EMSP est alors « l'État d'origine ».

Le Document de Montreux est conçu autour des trois principales relations que les États peuvent entretenir avec une EMSP : contractuelle, territoriale ou par l'enregistrement.

L'État contractant, en raison des liens spécifiques créés par le contrat qu'il a conclu avec l'EMSP, devrait s'assurer, en particulier, que la décision de contracter avec une EMSP n'entrave en aucune manière le respect du DIH ou du DIDH. La notion de « contrat » devrait être interprétée dans un sens large, de manière à inclure des contrats très sommaires. En outre, quand l'EMSP sous-traite avec une autre EMSP, l'État contractant devrait exercer une diligence raisonnable pour s'assurer que l'EMSP sous-traitante respectera aussi le DIH et le DIDH.

À l'instar de l'État territorial, et bien sûr de tous les autres États, l'État contractant a une obligation de respecter et de faire respecter le DIH. Quand un État autorise une EMSP à opérer sur son territoire et/ou à collaborer avec ses propres forces militaires ou policières ou encore à les soutenir, il doit s'assurer que des mécanismes nationaux adéquats sont prévus pour garantir le respect du DIH sur son territoire et, en cas de violations, pour mettre en œuvre les procédures appropriées, y compris des mécanismes d'enquête et de poursuites. La notion de « territoire » inclut également les eaux territoriales et l'espace aérien au-dessus de ses terres et mers. Les navires battant pavillon d'un État seront aussi considérés comme faisant partie du territoire de cet État. Les États sont généralement également considérés comme responsables du respect et de la mise en œuvre des obligations de DIDH qui relèvent « de leur compétence¹⁰ ».

L'État d'origine est l'État duquel l'EMSP a la nationalité, où l'EMSP est enregistrée, ou encore l'État sur le territoire duquel se trouve son lieu principal de direction. Par sa législation et sa réglementation internes, l'État d'origine peut contribuer à garantir que les activités de l'EMSP n'entraînent aucune violation du DIH ou

10 Voir CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.* note 6, par. 109. Certains États, en particulier les États-Unis et Israël, rejettent l'application extraterritoriale de certains traités des droits de l'homme, spécialement le PIDCP, via une interprétation restrictive de la notion de « compétence », comme renvoyant à celle de « territoire ». Cependant, d'après le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ce traité « s'applique aussi à quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un État partie opérant en dehors de son territoire ». Comité des droits de l'homme, observation générale n° 31 : « La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte » (quatre-vingtième session), Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), par. 10.

du DIDH. Pour ce faire, l'État peut mettre en œuvre diverses mesures, par exemple imposer des exigences spécifiques en matière de formation, ou encadrer les activités de ces entreprises en instaurant un régime d'autorisation et en les soumettant à une licence d'exploitation ainsi qu'à l'obligation de remettre régulièrement des rapports.

Même si leurs relations avec l'EMSP peuvent être plus ténues, tous les autres États ont aussi certaines obligations et devraient mettre en œuvre le Document de Montreux et les bonnes pratiques qu'il énonce. Par exemple, tous les États ont l'obligation de s'assurer qu'ils ont une législation leur permettant de mener des enquêtes et des poursuites pour connaître des crimes de guerre commis par leurs nationaux travaillant pour les EMSP étrangères à l'extérieur de leurs territoires.

En outre, les obligations de DIH et de DIDH auxquelles sont tenus les États contractants, territoriaux ou d'origine, ne sont pas mises en œuvre de façon cloisonnée et plusieurs États peuvent avoir des obligations à l'égard d'une EMSP spécifique et des membres de son personnel. Par conséquent, afin de faire respecter le DIH et le DIDH, mais aussi pour garantir un recours aux victimes, les États devraient coopérer pour adopter et mettre en œuvre une réglementation propre à permettre le jugement des EMSP ou de leur personnel en cas de violations.

A. États contractants

1. Les États contractants restent liés par leurs obligations de droit international, même s'ils mandatent des EMSP pour exercer certaines activités. S'ils sont des puissances occupantes, les États contractants doivent prendre toutes les mesures en leur pouvoir pour rétablir et assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la sécurité publics, c'est-à-dire exercer leur vigilance pour prévenir les violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme.

Cette déclaration rappelle que le fait pour un État de mandater une EMSP pour effectuer certaines activités ne l'exonère pas de respecter ses obligations en vertu du droit international. Bien que le droit international n'interdise pas aux États de sous-traiter diverses activités¹¹, le manquement d'un État à ses obligations internationales ne peut être excusé par la sous-traitance d'une tâche particulière. Par conséquent, les États contractants doivent garantir que le respect et la mise en œuvre de leurs obligations en vertu du droit international, et en particulier du DIH et du DIDH, ne sont pas entravés par leur décision de contracter avec des EMSP.

Par exemple, dans un conflit armé international, la Puissance détentrice est responsable du traitement des prisonniers de guerre (PG)¹². Par conséquent,

11 Cependant, il est intéressant de signaler que le droit international interdit le recours à des navires corsaires. Voir la Déclaration réglant divers points de droit maritime, Paris, 16 avril 1856 (entrée en vigueur le 16 avril 1856), art. 1 : « La course est et demeure abolie. » Cette interdiction se reflète dans la Convention de la Haye (VII) relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre, 18 octobre 1907 (entrée en vigueur le 26 janvier 1910), art. 1 : « Aucun navire de commerce transformé en bâtiment de guerre ne peut avoir les droits et les obligations attachés à cette qualité, s'il n'est placé sous l'autorité directe, le contrôle immédiat et la responsabilité de la Puissance dont il porte le pavillon ».

12 Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre (CG III), 12 août 1949,

même si la capture, le transfert ou la détention des PG sont effectués par une EMSP mandatée par l'État, l'État contractant, qui sera dans ce cas la Puissance détentric, demeure responsable du respect des règles de DIH applicables. Cette responsabilité générale de la Puissance détentric est aussi applicable si les activités sous-traitées à une entreprise privée sont liées à la gestion d'un centre de détention, telles que l'interrogatoire des détenus ou des internés, l'administration de soins ou la gestion des établissements. Si le personnel d'une entreprise privée ne traite pas les détenus conformément aux principes du DIH, par exemple en les maltraitant ou en n'assurant pas les soins de santé ou de nutrition adéquats, l'État sera responsable si l'action ou l'omission en question peut lui être attribuée (à cet égard, voir le commentaire de la déclaration 7), ou, selon les circonstances, pour son incapacité à garantir que les conditions de détention et les standards de traitements spécifiés dans les conventions pertinentes soient respectées (voir le commentaire de la déclaration 3).

En outre, les États sous-traitant la gestion des postes de contrôle (*checkpoints*) à des EMSP, restent tenus à leur obligation de garantir la liberté de mouvement du personnel de secours humanitaire autorisé, indispensable à l'exercice de ses fonctions, comme d'autoriser et de faciliter le passage rapide et sans encombre des secours humanitaires de caractère impartial et qui sont fournis sans aucune distinction de caractère défavorable aux civils qui en ont besoin¹³.

En situation d'occupation, le DIH impose à la Puissance occupante un certain nombre d'obligations à l'égard de la population du territoire occupé¹⁴. Il incombe à la Puissance occupante de prendre toutes les mesures possibles pour remplir ces obligations, même s'il mandate une société privée pour le faire. Une obligation plus spécifique figure à l'article 43 du Règlement de la Haye, qui exige que la Puissance occupante « pren[ne] toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de

(entrée en vigueur le 21 octobre 1950), art. 12. La responsabilité est la même en ce qui concerne toute personne protégée aux mains d'une partie à un conflit, tels que les internés civils dans les conflits armés internationaux. Voir la Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (CG IV), 2 août 1949 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950), art. 29. Cependant, les activités listées dans la déclaration 2 ci-dessous ne peuvent pas être déléguées à des agents non-étatiques.

- 13 Voir CG IV, art. 23 ; PA I, art. 70, 2., 71, 3. ; Protocole additionnel aux Convention de Genève du 2 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 8 juin 1977 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA II), art. 18, 2. ; Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier, Volume 1 : Règles*, Bruylant, Bruxelles, 2006 (CICR étude sur le droit coutumier), règles 55 et 56.
- 14 Par exemple, la Puissance occupante a l'obligation de garantir le bien-être général des populations en territoires occupés. La Convention de la Haye (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907 (entrée en vigueur le 26 janvier 1910), art. 43 ; l'obligation de faciliter, avec le concours des autorités nationales et locales, le bon fonctionnement des établissements consacrés aux soins et à l'éducation des enfants (CG IV, art. 50) ; le devoir d'assurer, dans la mesure de ses moyens, l'approvisionnement de la population en vivres et en produits médicaux (CG IV, art. 55), ainsi que des vêtements, de matériel de couchage, de logement d'urgence et des autres approvisionnements essentiels à la survie des populations civiles (PA I, art. 69) ; et, avec le concours des autorités nationales et locales, d'assurer et de maintenir l'entretien des établissements et services médicaux et hospitaliers (CG IV, art. 56). Elle a également l'obligation de garantir que, quand les besoins des populations civiles ne sont pas satisfaits, les actions de secours sont menées et les dispositions de DIH pertinentes mises en œuvre sans délai (voir aussi CG IV, art. 59-62, 108-111 ; et PA I art. 69 et 71).

rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics ». Selon la Cour Internationale de Justice (CIJ) :

« Cette obligation comprend le devoir de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence et de ne pas tolérer de tels actes de la part d'une quelconque tierce partie¹⁵ ».

La Puissance occupante a un devoir de « vigilance » pour prévenir les violations du DIH et du DIDH, y compris celles commises par les acteurs non étatiques¹⁶. Ainsi, dans un territoire occupé, la Puissance occupante doit prendre des mesures positives pour éviter que toutes les tierces parties, y compris les EMSP, commettent des actes qui mettraient en danger la sécurité et l'ordre publics.

On peut trouver un autre exemple dans le domaine de l'enseignement et de la formation. Le fait que la formation des militaires soit effectuée par des EMSP ne dégage pas l'État ou les commandants militaires de leur obligation d'empêcher et de réprimer les violations du DIH¹⁷.

Les États restent également liés par leurs obligations en vertu du DIDH (dans la mesure où elles continuent de s'imposer en période de conflit armé). En effet, selon le DIDH, les États n'ont pas seulement une obligation de s'abstenir de violer les droits de l'homme, mais aussi une obligation positive de s'assurer que les droits fondamentaux des individus relevant de leur compétence soient respectés, même par des acteurs privés, y compris le personnel des EMSP¹⁸. Par conséquent, les États doivent adopter des mesures, notamment législatives, afin de garantir la mise en œuvre de leurs obligations en vertu du DIDH. Ces obligations pourraient être limitées lorsque les États mandatent des EMSP pour exécuter des activités à l'étranger (voir le commentaire de la déclaration 4).

2. Les États contractants sont tenus de ne pas mandater des EMSP pour exercer des activités que le droit international humanitaire assigne explicitement à un agent ou à une autorité étatiques, comme exercer, conformément aux Conventions de Genève, le pouvoir de l'officier responsable sur le camp de prisonniers de guerre ou sur les lieux d'internement de civils.

15 CIJ, *République Démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.* note 6, par. 178.

16 Voir *ibid.*, par. 179.

17 PA I, art. 86 et 87.

18 Voir par exemple Observation générale n° 31, *op. cit.* note 10, par. 8 :

« Les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives, visées au paragraphe 6, de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales. Dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné ».

En vertu du DIH, un certain nombre d'activités des parties à un conflit ne peuvent absolument pas être sous-traitées, puisqu'elles doivent être accomplies par l'État partie lui-même et même, dans certains cas, par une personne bien spécifique. On peut trouver des exemples dans les dispositions suivantes :

- l'article 51 du Règlement de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention (IV) de la Haye de 1907, exige un ordre écrit d'un général en chef pour toute contribution perçue en territoire occupé ;
- l'article 52 du Règlement de la Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention (IV) de la Haye de 1907, exige que les réquisitions en nature et les services réclamés aux communes ou aux habitants soient autorisés par le commandant dans la localité occupée ;
- l'article 1 de la Convention de la Haye (VII) relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre de 1907, dispose « [qu']aucun navire de commerce transformé en bâtiment de guerre ne peut avoir les droits et les obligations attachés à cette qualité, s'il n'est placé sous l'autorité directe, le contrôle immédiat et la responsabilité de la Puissance dont il porte le pavillon » ;
- l'article 39 de la 3^e Convention de Genève (CG III) dispose que les camps de PG doivent être placés « sous l'autorité directe d'un officier responsable appartenant aux forces armées régulières de la Puissance détentrice » ;
- l'article 120, paragraphe 2 de la CG III indique que les certificats de décès ou les listes de PG décédés doivent être certifiés conformes par un officier responsable ;
- l'article 99 de la 4^e Convention de Genève (CG IV) prévoit que « tout lieu d'internement sera placé sous l'autorité d'un officier responsable, choisi dans les forces militaires régulières ou dans les cadres de l'administration civile régulière de la Puissance détentrice » ;
- l'article 120, paragraphe 2 de la CG III et l'article 131 de la CG IV disposent que tout décès d'un prisonnier de guerre ou d'un civil interné, causé ou suspecté d'avoir été causé par une autre personne, doit être immédiatement suivi d'une enquête officielle de la Puissance détentrice.

3. Les États contractants sont tenus, dans les limites de leur pouvoir, de faire respecter le droit international humanitaire par les EMSP qu'ils mandatent, en particulier de :

- a) **garantir que les EMSP qu'ils mandatent et les membres de leur personnel connaissent leurs obligations et sont formés en conséquence ;**
- b) **ne pas encourager ou prêter assistance à la commission de violations du droit international humanitaire par les membres du personnel d'EMSP, et prendre les mesures appropriées pour prévenir de telles violations ;**
- c) **prendre des mesures pour faire cesser les violations du droit international humanitaire commises par les membres du personnel d'EMSP par les moyens appropriés, tels que règlements militaires, ordonnances administratives et autres réglementations et, le cas échéant, sanctions administratives, disciplinaires ou judiciaires.**

L'obligation de respecter le DIH impose à l'État de s'abstenir de commettre des violations à travers ses entités et ses forces armées, tandis que l'obligation de faire

respecter le DIH implique le devoir de prendre des mesures pour prévenir et réprimer les violations du droit humanitaire. C'est un engagement à promouvoir le respect du DIH¹⁹, un engagement à agir « avec la diligence due pour empêcher [les violations de DIH] de se produire ou pour assurer leur répression s'ils se sont produits²⁰ ».

L'obligation de faire respecter le DIH est consacrée par l'article 1^{er} commun aux quatre Conventions de Genève et par l'article 1^{er} du Protocole additionnel I (PA I), qui dispose que « [l]es Hautes contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter [la présente Convention/ce protocole] en toutes circonstances ». Cette obligation « ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète²¹ ». C'est aussi une règle de droit coutumier en ce qui concerne spécifiquement « les autres personnes ou groupes agissant en fait sur [l]es instructions ou sous [l]es directives ou sous le contrôle d'une partie au conflit »²² (à cet égard, voir le commentaire à la déclaration 7). L'obligation des États de ne pas encourager les parties à un conflit armé à commettre des violations de DIH et, dans la mesure du possible, d'exercer leur influence, pour faire cesser les violations du DIH, est aussi une règle de droit coutumier²³. « L'obligation de prévention s'analyse normalement comme une obligation de diligence, imposant aux États de prendre toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour éviter qu'un événement donné ne se produise, mais sans garantir que l'événement ne se produira pas²⁴ ». Comme la lettre de l'article 1^{er} commun l'indique, ceci doit être le cas en toutes circonstances, y compris en ce qui concerne les activités des EMSP.

Les États contractants sont dans une position particulièrement favorable pour faire respecter le DIH. En effet, les EMSP fournissent des services sur la base des contrats conclus avec leurs clients, y compris les États contractants. Les États contractants ont donc les moyens de contrôler effectivement la manière dont les EMSP opèrent. À cet égard, les bonnes pratiques contenues dans la Partie II du Document de Montreux offrent des indications sur les mesures qui peuvent être prises pour s'assurer que le personnel des EMSP respecte le DIH. Pour atteindre cet objectif, il conviendrait d'abord de déterminer quels services peuvent être sous-traités. Ensuite, il faudrait établir des procédures et des critères permettant la sélection et l'engagement des EMSP, de contrôler le respect du DIH et du DIDH par

19 Voir l'intervention de M. Pilloud au Comité international de la Croix Rouge in Conférence diplomatique de Genève de 1949, Acte final, Vol. 3, 9^e séance, 25 mai 1949, p. 39 ; CICR, *Projet de règles limitant les risques courus par la population civile en temps de guerre*, 2^e éd., Genève, avril 1958, p. 129 ; Jean Pictet, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Vol. 3 : *la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1960, Commentaire sur l'art. 1, p. 18 ; Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, *Commentaires des protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1987, art. 91, p. 1079

20 *Ibid.*, art. 91, § 3660.

21 CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt. C.I.J. Recueil 1986, par. 220.

22 Voir CICR, *Étude sur le droit coutumier*, *op. cit.* note 13, Règle 139.

23 Voir *ibid.*, Règle 144.

24 CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, avec commentaires, *Annuaire de la Commission de droit international*, Vol. 2, n° 2, 2001 (Projet d'article), Commentaire sur l'art. 14, par. 14.

les EMSP et leur personnel, et d'« assurer la responsabilité » en cas de violations, par exemple en prévoyant « la compétence juridictionnelle en matière pénale » ou « des mécanismes de responsabilité à caractère non pénal »²⁵.

En sus de l'obligation de donner des instructions appropriées à ses forces armées et de s'assurer qu'elles les mettent en œuvre correctement²⁶, l'État contractant doit également diffuser les textes des Conventions de Genève à celles-ci et à la population civile aussi largement que possible²⁷. L'État a également une obligation de diffuser le DIH à « l'ensemble de la population » et donc, en particulier, au personnel des EMSP²⁸. En outre, considérant la nature des services offerts par les EMSP et le fait qu'elles peuvent opérer dans les zones de conflit, les États peuvent décider de développer des programmes de diffusion spécialement conçus pour les entreprises.

L'État contractant doit se doter de moyens légaux et matériels pour s'assurer que ses obligations seront respectées et doit prendre des mesures afin de prévenir les violations du DIH par le personnel des EMSP. Par exemple, le commentaire de l'article 27 de la Convention IV prévoit pour le traitement des personnes protégées²⁹ :

« La Convention ne se borne pas à prescrire l'abstention de tels actes, mais elle exige que les États prennent toutes mesures et précautions en leur pouvoir afin de prévenir ces actes et de secourir les victimes en cas de besoin³⁰ ».

Par conséquent, les mesures prises par les États pour prévenir des violations du DIH par les EMSP et leur personnel, ainsi que les mécanismes de responsabilité établis pour répondre à ces violations, doivent avoir des effets préventifs pratiques et concrets. Ils doivent également offrir une assistance et une réparation aux victimes.

Le DIH fournit des indications plutôt claires sur le fait que les militaires doivent être pleinement familiarisés avec les Conventions de Genève³¹ et qu'ils doivent recevoir des instructions et des ordres adéquats, dont l'exécution doit être surveillée³². Cette obligation est également pertinente pour les activités du personnel d'une EMSP intégrée au sein des forces armées ou dont la conduite est imputable à un État (voir plus loin le commentaire de la déclaration 8). Comme précédemment indiqué (voir le commentaire de la déclaration 1), l'État n'est pas déchargé de ses obligations en vertu du DIH par sa décision d'avoir recours à des EMSP pour exercer des activités de type militaire.

25 Voir Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques 1–23.

26 J. Pictet, *op. cit.* note 19, commentaire sur art. 1, p. 16.

27 Convention I de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949 (CG I), 75 RTNU 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950), art. 47 ; Convention II de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949 (CG II), (entré en vigueur le 21 octobre 1950), art. 48 ; CG III, art. 127 ; CG IV, art. 144 ; PA I, art. 83 ; PA II, art. 19.

28 Voir CG IV, art. 144 ; CICR Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 143.

29 Qui dispose entre autres, que « Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique ».

30 J. Pictet, *op. cit.* note 19, commentaire sur art. 27, p. 215.

31 CG III, art. 39 ; CG IV, art. 99, 144, par. 2 ; PA I, art. 82, 83, 2., 87.

32 PA I, art. 80, 2.

Les mesures qu'un État doit prendre pour s'acquitter de son obligation de faire respecter le DIH dépendront de divers paramètres, tels la capacité de cet État à influencer positivement les EMSP ou les membres de leur personnel susceptibles de commettre des violations, la distance géographique de l'État par rapport aux événements et la nature de ses liens – contractuel, juridique, politique, économique, etc. – avec les EMSP³³. Le risque de violations du DIH pourrait également être un facteur d'appréciation de l'obligation de diligence raisonnable d'un État. Par exemple, si le personnel d'une EMSP opère dans une situation de conflit armé ou s'il est autorisé à porter les armes, ou encore si le contrat implique sa participation directe aux hostilités, l'État devrait être particulièrement vigilant et devrait mettre en œuvre des mesures préventives appropriées à la situation³⁴.

Tout d'abord, les États devraient fournir des instructions aux autorités compétentes, par exemple leurs propres autorités en charge des relations avec les EMSP. Si les États mandatent des EMSP, l'obligation de faire respecter le DIH peut être comprise comme impliquant une obligation, pour les autorités contractantes, de s'assurer que l'entreprise et ses employés soient conscients de leurs obligations et qu'ils s'engagent à les faire respecter³⁵. Quand l'EMSP mandatée sous-traite à d'autres EMSP, l'État contractant devrait également exercer son devoir de diligence afin de garantir le respect du DIH par ces EMSP sous-traitantes. La manière dont les autorités y veillent est laissée à l'appréciation de l'État, tant qu'il prend toutes les mesures appropriées. *A minima*, les États ont une obligation de ne pas encourager le personnel des EMSP qu'ils mandatent, à commettre des violations du DIH³⁶.

Enfin, la déclaration mentionne l'obligation de faire cesser les violations du DIH. Outre faire cesser les violations graves, les articles pertinents des Conventions de Genève exigent de « faire cesser les actes contraires aux dispositions de la présente Convention, autres que les infractions graves définies à l'article suivant³⁷ ». Les mesures prises à cet égard peuvent comprendre, outre le droit pénal, « des règlements militaires, des ordonnances administratives et autres réglementations et, le cas échéant, des sanctions administratives, disciplinaires ou judiciaires ».

4. Les États contractants sont responsables de la mise en œuvre de leurs obligations au regard des droits de l'homme, y compris en adoptant les mesures, d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet à ces obligations. À cette fin, ils sont tenus, dans des circonstances spécifiques, de prendre les mesures appropriées pour prévenir la mauvaise conduite des EMSP et des membres de leur personnel et, le cas

33 Voir, par analogie, CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, par. 430.

34 En particulier, les États contractants doivent prendre en compte « le risque qu'un service particulier puisse impliquer la participation directe de [prestataires privés] aux hostilités » quand ils déterminent quels services peuvent ou non être sous-traités aux EMSP. Voir Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonne pratique 1.

35 Voir par exemple, *ibid.*, deuxième partie, bonnes pratiques 10, 11, 12, 14 et 15.

36 CICR Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 144. Voir aussi CIJ, *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, *op. cit.* note 21, par. 220, considérant que les États-Unis « ont l'obligation de ne pas encourager des personnes ou des groupes prenant part au conflit au Nicaragua à agir en violation de dispositions comme celles de l'article 3 commun aux quatre conventions de 1949 ».

37 CG I, 49, par. 3 ; CG II, 50, par. 3 ; CG III, 129, par. 3 ; CG IV, 146, par. 3.

échéant, mener une enquête et garantir un recours effectif contre ladite mauvaise conduite.

L'obligation de mettre en œuvre le DIDH est une obligation complexe qui peut varier selon les différents traités auxquels les États sont parties³⁸. Les obligations définies dans le commentaire suivant sont pertinentes non seulement pour les États contractants, mais aussi pour les États territoriaux et les États d'origine. Cependant, en raison de leur lien étroit avec les EMSP, les États contractants devraient se montrer particulièrement vigilants et s'assurer qu'ils ont adopté des mesures législatives et des réglementations appropriées propres à donner effet à leurs obligations de DIDH au regard des activités des EMSP qu'ils ont mandatées.

a) obligation de mettre en œuvre les droits de l'homme : les droits de l'homme peuvent être menacés non seulement par le comportement des États, mais aussi par celui des acteurs privés. Certains traités relatifs aux droits de l'homme requièrent spécifiquement des États qu'ils protègent les individus des abus des acteurs privés³⁹. Des juridictions et des organes en charge de la protection des droits de l'homme ont aussi interprété l'obligation de mettre en œuvre les droits de l'homme comme comprenant une obligation pour les États de protéger les individus contre le comportement de tiers qui portent atteinte à leurs droits fondamentaux⁴⁰. *A minima*, les États ont un devoir de diligence pour prévenir, enquêter, arrêter les auteurs présumés et offrir un recours effectif contre le préjudice causé par la conduite de personnes ou d'entités privées qui peuvent affecter les droits de l'homme⁴¹. Au regard de l'obligation de prévenir, l'obligation de mise en œuvre des droits de l'homme comprend, par exemple, un devoir de dispenser aux employés des EMSP une formation adéquate et des directives claires sur le DIDH⁴².

38 Voir par exemple, PIRDCEP, art. 2, 1. ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP), 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 ILM 58 (1982) (entrée en vigueur le 21 octobre 1986), art. 1 ; Convention américaine des droits de l'homme (CADH), 22 novembre 1969, OAS Treaty Series n° 36, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978), art. 1 ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), 4 novembre 1950, 213 RTNU 222 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953), telle que modifiée, art. 1. Sur cette question, voir aussi Monica Hakimi, « State Bystander Responsibility », *European Journal of International Law*, Vol. 21, n° 2, 2010, pp. 344-345.

39 Voir, par exemple, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEFD), 18 décembre 1979, Doc. NU, A/34/180 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981), art. 2, e) ; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEFR), 7 mars 1966, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969), art. 2, d), 5, b) ; Convention relative aux droits de l'enfant (CRDE), 20 novembre 1989, Doc. NU, A/44/49 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), art. 19, 1. ; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 18 décembre 1990, Doc. NU, A/45/49 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003), art. 16, 2. ; Convention relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006, 46 ILM (2007) 443 (entrée en vigueur 3 mai 2008), art. 4, e. et 16.

40 Voir, par exemple, Observation générale n°31, par. 8, *op. cit.* notes 10 et 18. Voir également, CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, série A, n° 91, arrêt, 26 mars 1985, par. 27 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme (CridH), *Velázquez Rodríguez c. Honduras*, séries C, n° 4, arrêt, 29 juillet 1988, par. 74.

41 Voir, par exemple, *ibid.*, par.172.

42 Voir, par exemple, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, (entrée en vigueur le 26 juin 1987) (CCT), art. 10 : « Tout État partie veille à ce que l'enseignement et l'information concernant l'interdiction de la torture fassent partie intégrante de la formation du personnel civil ou militaire chargé de l'application des lois, du personnel

Certains droits sont, bien sûr, plus susceptibles de trouver application que d'autres, entre personnes ou entités privées. Le droit à la vie, que certains traités imposent explicitement aux États de protéger par la loi⁴³, revêt une importance particulière et a été reconnu comme exigeant des États une protection contre les agissements de tiers⁴⁴.

De la même façon, le droit à la protection de l'intégrité physique, incluant l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, a été reconnu par la jurisprudence internationale comme devant être protégé par l'État⁴⁵. Par exemple, si un employé d'une EMSP commet un quelconque acte de violence contre une personne, il viole le droit de cette personne au respect de son intégrité physique et mentale. L'État, même s'il n'est pas nécessairement responsable de cet acte privé, a une obligation, si l'atteinte constitue une infraction pénale, d'enquêter, de poursuivre et de sanctionner l'auteur⁴⁶.

b) mesures législatives et autres : les États doivent adopter toutes les mesures législatives ou autres nécessaires à la mise en œuvre de leurs obligations relatives aux droits de l'homme. Cela comprend les mesures pour prévenir toute violation par

médical, des agents de la fonction publique et des autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde, l'interrogatoire ou le traitement de tout individu arrêté, détenu ou emprisonné de quelque façon que ce soit. » (Nous soulignons). Voir aussi Comité des droits de l'homme, « Examen des rapports présentés par les États parties conformément à l'article 40 du pacte : observations finales du Comité des droits de l'homme : États-Unis d'Amérique », Doc. NU, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1., 18 décembre 2006, par. 14.

43 PIRDCP, art. 6, 1 ; CEDH, art. 2, 1 ; CADH, art. 4, 1.

44 Voir Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 6 sur le droit à la vie (Article 6), 30 avril 1982, Doc. NU, HRI/GEN/1/Rev.7, par. 3 ; Observation générale n° 31, *op. cit.* note 10, par. 8 ; voir aussi CEDH, *Osman c. le Royaume-Uni*, arrêt, *Recueil des jugements et décisions 1998-VIII*, n° 95, 28 octobre 1998, par. 115 et s.

45 Voir, par exemple, Observation générale n° 31, *op. cit.* note 10, par. 8 ; Comité contre la torture, Observation générale n° 2, mise en œuvre de l'article 2 par les États parties, Doc. NU CAT/C/CG/2/CRP.1/Rev.4, 24 janvier 2008, par. 18 ; CEDH, *A. c. Royaume-Uni*, arrêt, *Recueil des jugements et décisions 1998-VI*, n° 90, 23 septembre 1998, par. 20-24.

46 Voir CrIDH, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, *op. cit.* note 40, par. 176 :

« L'État est, en outre, obligé d'enquêter sur toute situation où les droits de l'homme protégés par la Convention ont été violés. Si le dispositif législatif et réglementaire a pour effet que la violation demeure impunie et que les victimes ne peuvent pas recouvrer la plénitude de leurs droits, on peut affirmer que l'État a manqué à son devoir de garantir l'exercice libre et entier de leurs droits par les personnes relevant de sa compétence. Il en va de même quand l'État permet à des personnes physiques ou morales d'agir librement et en toute impunité, au détriment des droits reconnus par la Convention [Traduction CICR] ».

Le Comité des droits de l'homme, dans ses observations finales sur le rapport soumis par le Lesotho sur l'art. 40 du PIRDCP, s'est dit préoccupé « que rien n'ait encore été fait pour poursuivre les fonctionnaires de police et les membres de l'agence de sécurité privée responsables des assassinats perpétrés à Butha-butha en 1995. Le Comité recommande à l'État partie de prendre les dispositions nécessaires contre les responsables ». Doc. UN, CCPR/C/79/Add.106, 8 avril 1999, par. 19. Quoique relevant de l'arbitrage entre États, dans l'affaire *Laura M. B. Janes et al. (USA) c. États-Unis du Mexique*, Commission des réclamations, 16 novembre 1925, *Recueil des sentences arbitrales Vol. IV*, p. 87, le propos de la Commission sur la notion de diligence raisonnable peut présenter un intérêt :

« Personne ne soutient que le Gouvernement mexicain pourrait avoir empêché le meurtre de Janes, ou qu'il a agi sous toute autre forme de connivence avec le meurtrier. La délinquance internationale dans ce cas est d'un type spécifique, séparé de la délinquance personnelle du coupable. Le coupable est responsable d'avoir tué ou assassiné un citoyen américain ; le gouvernement est responsable de ne pas avoir pris la mesure de son devoir de poursuivre diligemment et de punir correctement le délinquant [Traduction CICR] ».

l'État ou par les EMSP et leur personnel, pour sanctionner les auteurs des violations et pour offrir un recours effectif et une réparation adéquate aux victimes. Cela est explicitement énoncé par plusieurs traités sur les droits de l'homme, comme à l'article 2, 2. du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui dispose :

« Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur⁴⁷ ».

Une formule similaire est employée à l'article 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Alors que la Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas de disposition obligeant expressément les États à adopter des mesures législatives, la Cour européenne des droits de l'homme a dégagé cette obligation dans sa jurisprudence constante⁴⁸. En outre, comme mentionné ci-dessus, certaines dispositions conventionnelles relatives au droit à la vie prévoient explicitement le devoir de protéger ce droit « par la loi », y compris contre les comportements criminels d'acteurs privés⁴⁹. Concernant les EMSP, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans son rapport annuel de 1996, recommandait au Guatemala de consacrer une attention toute particulière « à la prolifération des armes et des forces ou groupes de sécurité privés, à garantir que des mesures législatives, administratives et judiciaires sont mises en place pour contrôler le nombre et l'usage des armes à feu, et pour surveiller et contrôler les actions des agents de sécurité privés [traduction CICR]⁵⁰ ».

c) **recours** : selon le droit international des droits de l'homme, toute personne qui peut valablement soutenir que son ou ses droits ont été violés a droit à un recours

47 PIRDCP, art. 2, 2).

48 Voir CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, *op. cit.* note 40, par. 40 ; CEDH, *Kudla c. Pologne*, Arrêt, 26 octobre 2000, par. 158-160. Sur l'obligation de mettre en œuvre les obligations de droits de l'Homme par la législation nationale, voir par exemple, CrIDH, *La dernière tentation du Christ c. Chili*, Séries C, n° 73, par., 5 février 2001, par. 88 ; CrIDH, Hilaire, *Constantine et Benjamin et al c. Trinidad et Tobago*, Séries C, n° 94, 21 juin 2002, par. 212 ; CrIDH, *Trujillo Oroza c. Bolivie* (Réparations), Séries C, n° 92, par., 27 février 2002, par. 122 ; Comité des droits de l'homme, *Suárez de Guerrero c. Colombie*, Doc. NU, CCPR/C/15/D/45/1979, Views, 30 mars 1982, par. 15 ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ACoMHPR), *Avocats sans Frontières (pour le compte de Gaëtan Bwampanye) c. Burundi*, Communication n° 231/99, 2000 ; ACoMHPR, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence et Assistance Project c. Nigeria*, Communication n° 211/98, 2001.

49 PIRDCP, art. 6, 1 ; CEDH, art. 2, 1 ; CADH, art. 4, 1. Voir aussi Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 6, *op. cit.* note 44.

50 Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), Rapport annuel des droits de l'homme 1996, Chapitre V, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rec., 14 mars 1997, par. 71. Dans ses recommandations aux États membres, la Commission ajoute :

« La Commission est particulièrement préoccupée par la prolifération de personnels de sécurité du secteur privé, qui peuvent être conduits par leurs employeurs à recourir à la force et qui peuvent être utilisés sans un contrôle et une réglementation suffisante du secteur public. La Commission recommande en conséquence que les États membres examinent les normes applicables aux prestations de service du secteur privé, et aux systèmes de contrôle de telles activités pour vérifier où peuvent se situer les lacunes, les combler et prendre des mesures propres à garantir que la prestation de tels services, dans la mesure où ils sont autorisés par la loi, ne soient pas contrares aux missions de service public ni ne portent atteinte aux libertés individuelles ».

Ibid., Chapitre VII, Recommandation 2.

effectif tel que déterminé par les autorités compétentes⁵¹. Généralement, cela désigne un recours judiciaire conformément au droit national, mais il peut aussi s'agir d'un recours administratif pour autant qu'il soit effectif⁵². Ainsi, l'individu a le droit de porter plainte contre l'État, non seulement pour faute commise par ses agents, mais aussi pour manquement à son obligation de protéger l'individu contre le comportement d'une EMSP ou de son personnel. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que tant pour demander à bénéficier d'une protection, que pour demander aux autorités d'enquêter sur les négligences présumées des autorités gouvernementales, les personnes disposent du droit de saisir la justice s'ils peuvent valablement soutenir que les autorités n'ont pas rempli leur devoir de diligence raisonnable pour prévenir la violation ou pour enquêter sur celle-ci⁵³. En d'autres termes, la victime d'un comportement illicite d'une EMSP ou de son personnel peut porter plainte contre l'État pour ne pas avoir pris les mesures appropriées pour la protéger contre de tels comportements illégaux.

Des mesures permettant aux victimes d'obtenir réparation de leurs préjudices par les auteurs directs de l'infraction peuvent également être adoptées. Quelques législations nationales prévoient que les victimes peuvent engager une action en responsabilité civile contre des auteurs non étatiques, y compris les entités commerciales, pour certaines violations du DIH et des droits de l'homme ; par exemple, selon le *Alien Tort Claims Act* américain (ATCA)⁵⁴, des actions en réparation peuvent être intentées devant les tribunaux fédéraux américains par des victimes de nationalité

- 51 PIRDCP, art. 2, 3 ; CEDH, art. 13 ; CADH, art. 25 ; CEDH, art. 6 ; CCT, art. 13 ; CRC, art. 39 ; Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, AGNU, Rés. A/RES/60/147, 16 décembre 2005 (Principes fondamentaux des réparations) ; voir aussi AComHPR, Principes de la Commission des droits de l'homme et des peuples sur le droit à un recours et à un procès équitable, DOC/OS(XXX)247, 2003. Le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 29 sur l'état d'urgence précise que « même si les États parties peuvent, pendant un état d'urgence, apporter, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des ajustements aux modalités concrètes de fonctionnement de leurs procédures relatives aux recours judiciaires et autres recours, ils doivent se conformer à l'obligation fondamentale de garantir un recours utile qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 2 ». Voir Observation générale n° 29 sur l'état d'urgence (article 4), Doc. NU. CCPR/C/21/Rec.1/Add.11, 31 août 2001, par. 14.
- 52 Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31, *op. cit.* note 10, par. 15. Voir aussi le Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations Unies », Doc. NU. A/HRC/17/31, 21 mars 2011 (Principes directeurs de l'ONU), Principe 25, qui précise que : « Au titre de leur obligation de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, les États doivent prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif. »
- 53 Voir CEDH, *Osman c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 44, par. 147. Dans la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de porter plainte est inhérent au droit à un procès équitable inscrit à l'article 6 ou au droit à un recours effectif prévu à l'article 13.
- 54 Pour une vue d'ensemble exhaustive sur les règles de droit international acceptées par la jurisprudence, voir Michael Koebele, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute: Enforcement of International Law through US Torts Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009 ; Neils Beisinghoff, *Corporations et Human Rights: An Analysis of ATCA Litigation against Corporations*, Peter Lang, Frankfurt, 2008. Voir aussi Cedric Ryngaert, « Litigating Abuses Committed by Private Military Companies », *European Journal of International Law*, Vol. 19, n° 5, 2008, p. 1036.

étrangère (non américaines) pour des préjudices résultant de violations du droit international commises à leur encontre⁵⁵. La jurisprudence a reconnu que les violations du droit international comprennent le génocide⁵⁶, les crimes contre l'humanité⁵⁷, les crimes de guerre⁵⁸, la torture⁵⁹, les exécutions extrajudiciaires⁶⁰, les détentions arbitraires prolongées⁶¹ et le travail forcé⁶² pouvaient fonder une action en vertu de cette loi. Des plaintes ont été déposées contre des EMSP et des membres de leur personnel sur le fondement de cette loi⁶³. Cependant, en 2013, la Cour suprême des États-Unis a retenu que la présomption de l'inapplicabilité extraterritoriale s'applique à l'ATCA. Son champ d'application a donc été considérablement restreint : « même si les demandes touchent et concernent le territoire des États-Unis, elles doivent le faire avec une force suffisante pour renverser la présomption de l'inapplicabilité extraterritoriale de l'ACTA [traduction CICR]⁶⁴ ». Néanmoins, en vertu de ce texte, il reste possible de déposer des plaintes pour violations du DIH ou du DIDH contre des entités commerciales⁶⁵. Dans d'autres législations internes, les crimes de guerre peuvent constituer des actes répréhensibles en vertu du droit civil⁶⁶.

55 L'ATCA a été adopté en 1789 et se lit comme suit : « Les tribunaux fédéraux de première instance sont compétents pour statuer sur toute action civile intentée par un étranger, uniquement en raison d'un délit commis en violation du droit des gens ou d'un traité auquel les États-Unis sont partie », 28 USC par. 1350. Selon la jurisprudence, l'expression « droit des gens » à laquelle l'ATCA se réfère, doit être interprétée telle qu'elle a évolué, et dans son sens aujourd'hui admis, et non dans le sens qu'elle avait au moment de son adoption ; Voir, par exemple, *Filártiga c. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2^e cir. 1980), p. 881.

56 Voir, par exemple, *Kadic c. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2^e cir. 1996) ; *Église presbytérienne du Soudan c. Talisman*, 582 F.3d 244 (2^e cir. 2009).

57 Voir, exemple, *ibid.* ; *Wiwa c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2^e cir. 2000) ; *Église presbytérienne du Soudan c. Talisman*, *op. cit.* note 56 ; *Sarei c. Rio Tinto*, 221 F. Supp.2d 1116 (C.D. Cal. 2002) ; *Bowoto c. Chevron Corporation*, LEXIS 59374 (non porté au F. Suppl.) (N.D. Cal. 2007).

58 Voir, par exemple, *Kadic c. Karadzic*, *op. cit.* note 56 ; *Estate of Valmore Lacarno Rodriguez c. Drummond Co. Inc.*, 256 F. Suppl. 2d 1250 (N.D. Ala. 2003) ; *Église presbytérienne du Soudan c. Talisman*, *op. cit.* note 56.

59 Voir par exemple, *Filártiga c. Peña-Irala*, *op. cit.* note 55 ; *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F. 3d 932 (9^e Cir. 2002) ; *Wiwa c. Royal Dutch Petroleum Co.*, *op. cit.* note 57.

60 Voir, par exemple, *Bowoto c. Chevron Texaco Corp.*, 312 F. Suppl. 2d 1229 (N.D. Cal. 2004).

61 Voir *Forti c. Suarez-Mason*, 672 F. Suppl. 1531 (N.D. Cal. 1987). Sur la détention illégale de courte durée qui n'a pas été considérée comme atteignant le seuil nécessaire, voir *Sosa c. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739 (2004), à 2765–2768.

62 Voir, par exemple, *Doe I c. Unocal Corp.*, *op. cit.* note 59.

63 Voir *Ilham Nassir Ibrahim c. Titan et al.*, 391 F. Suppl. 2d 10 (D.D.C. 2005). Voir aussi *Saleh c. Titan Corp.*, 436 F. Suppl. 2d 55, (D.D.C. 2006) ; *In re: Xe Services Alien Tort Litigation*, 665 F. Suppl.2d 569 (E.D. Va. 2009) ; *Al Quraishi vc. Nakhla et al.*, 728 F. Suppl. 2d 702 (D. Md. 2010). Bien que la responsabilité des individus, y compris du personnel des EMSP, soit bien établie en vertu de ce texte, il convient de noter que les tribunaux fédéraux américains sont divisés sur la question de savoir si une société peut être tenue responsable en vertu de l'ATCA. Voir *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 642 F.3d 268 (2^e cir. 2011) ; *John Doe VIII et al. c. Exxon Mobil Corp. et al.*, 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011), abandonné pour d'autres motifs.

64 *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F. 3d 111 (2^e cir. 2010), p. 1669 (références supprimées), confirmé 133 S. Ct. 1659 (2013).

65 Sur la possibilité de porter plainte contre des entreprises pour violation du DIH ou du DIDH dans différents pays, voir Beth Stephens, « Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations », *Yale Journal of International Law*, Vol. 27, n° 1, 2002, pp. 1-57, spécialement pp. 17-34 ; L. F. H. Enneking, « Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Affaires », *George Washington International Law Review*, Vol. 40, n° 4, 2009, pp. 903-938.

66 C'est par exemple le cas dans la province de Québec, au Canada, qui applique le droit civil à ce sujet. Voir Cour suprême du Québec, *Bil'in (Conseil du village) et al. c. Green Park International Inc. et al.*, n° 500-17-044030-081, 18 septembre 2009, p. 37.

Des indications supplémentaires quant aux mesures que les États peuvent adopter pour protéger les victimes de violences émanant de sociétés privées et pour leur accorder une réparation figurent dans les « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire »⁶⁷. Selon ces Principes fondamentaux, les États ont l'obligation, en vertu du droit international, d'adopter « des procédures législatives et administratives appropriées et efficaces ainsi que d'autres mesures appropriées qui garantissent [aux victimes] un accès équitable et rapide à la justice », assurant des recours suffisants, y compris la réparation⁶⁸. Les victimes devraient être informées de leur droit à demander réparation⁶⁹. Les États devraient également verser une indemnisation aux victimes d'une violation flagrante lorsque l'auteur du préjudice n'est pas en mesure de s'acquitter de son obligation⁷⁰ et garantir que les victimes reçoivent « l'assistance matérielle, médicale, psychologique et sociale dont elles ont besoin par la voie d'organismes étatiques bénévoles, communautaires et autochtones »⁷¹.

Les États peuvent aussi encourager et soutenir les « mécanismes de réclamations » mis en place par des entreprises comme des moyens complémentaires offerts aux victimes d'accéder à un recours effectif⁷². Par exemple, le Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (ICoC), adopté en novembre 2010, prévoit la mise en place de procédures de traitement des plaintes relatives à des allégations de manquement au respect des principes contenus dans le ICoC par la société signataire, portées par leur personnel ou par des tiers⁷³. La Charte du mécanisme de gouvernance et de contrôle du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, adoptée en février 2013⁷⁴, a jeté les fondements de la création de l'association du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (ICoCA). L'ICoCA a été lancée officiellement en septembre 2013 et rassemble des EMSP, des gouvernements et des organisations de la société civile. Dès janvier 2014, plus de 700 sociétés avaient adhéré à l'ICoC et s'étaient engagés à respecter les normes de DIH et DIDH.

d) limites de l'application extraterritoriale : les traités relatifs aux droits de l'homme limitent habituellement l'obligation des États de garantir les droits et libertés qu'ils

67 Principes fondamentaux des réparations, *op. cit.* note 51.

68 *Ibid.*, section I, par. 2, b) et c). Voir aussi Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, AGNU, Rés. A/RES/40/34, 29 novembre 1985.

69 Principes fondamentaux des réparations, *op. cit.* note 51, Annexe, VIII, Principe 12, a).

70 *Ibid.*, IX, Principes 15 et 16. Voir aussi déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, *op. cit.* note 68, Principe 12.

71 Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, *op. cit.* note 68, Principe 14.

72 Voir les Principes directeurs de l'ONU, *op. cit.* note 52, et leur *addendum*, « Principes fondamentaux visant à assurer l'efficacité des mécanismes de réclamation destinés aux parties intéressées par les activités des entreprises : rapport sur les enseignements tirés de l'expérience », 24 mai 2011.

73 Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (ICoC), 9 novembre 2010, art. 66, 67, 68 disponible sur : <http://www.icoca.ch/>.

74 Association du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, disponible sur : http://www.icoca.ch/fr/articles_of_association.

prévoient à « leur territoire ou ceux relevant de leur juridiction⁷⁵ ». L'expression « relevant de leur juridiction » doit être comprise comme englobant toute personne se trouvant au pouvoir ou sous le contrôle effectif des autorités⁷⁶. Bien que les obligations des États qui contractent avec des EMSP pour accomplir des missions à l'étranger, ou celles des États d'origine des EMSP opérant dans un autre pays, puissent être limitées, ces États peuvent, à cet égard, conserver quelques obligations et être tenus responsables des violations des droits de l'homme commises par les EMSP à l'étranger⁷⁷. Par exemple, si un État mandate une EMSP pour effectuer des opérations à l'étranger, cet État sera responsable des violations des droits de l'homme commises par l'EMSP ou son personnel si leurs actes peuvent être imputés à l'État en vertu du droit de la responsabilité des États (voir ci-dessous le commentaire de la déclaration 8), ou s'ils peuvent être considérés comme relevant de la juridiction de cet État. De nouveau, si l'État contractant exerce un contrôle effectif sur un territoire à l'étranger, comme dans une situation d'occupation, ou si l'État exerce un contrôle effectif sur la victime, comme dans une situation de détention⁷⁸, le contrôle effectif de l'État implique des obligations en vertu du droit des droits de l'homme.

En outre, le droit pénal national peut instituer la compétence des juridictions d'un État pour des actes commis par ses ressortissants à l'étranger. Par exemple, les dispositions relatives aux crimes de guerre (voir commentaires de la déclaration 5), aux crimes contre l'humanité, au génocide, au terrorisme, au trafic d'êtres humains ou à la torture, peuvent prévoir une compétence extraterritoriale fondée sur la nationalité de l'auteur présumé. Dans les cas où le droit interne de l'État territorial accorde l'immunité aux sous-traitants privés, les États contractants devraient s'assurer que leur législation interne prévoit la compétence de leurs juridictions pour connaître des infractions pénales commises par le personnel des EMSP avec lesquelles ils contractent, afin de permettre un jugement effectif et d'éviter l'impunité des auteurs⁷⁹.

75 Voir, par exemple, PIDCP, art. 2 ; CEDH, art. 1 ; CADH, art. 1 (Cet article ne fait pas mention d'une limitation territoriale, mais dispose que les États ont l'obligation de respecter et de garantir le libre et plein exercice des droits et libertés prévus par la convention « à toute personne relevant de leur compétence »).

76 Voir l'Observation générale n° 31, *op. cit.* note 10, par. 10 ; CEDH, *Loizidou c. Turquie*, Series A, Vol. 310, par. (Exceptions préliminaires), 23 mars 1995, par. 62 ; CEDH, *Loizidou c. Turquie*, par., *Recueil des arrêts et décisions 1996-VI*, 18 décembre 1996, par. 56 ; CEDH, *Cyprus c. Turkey*, par., *Recueil des arrêts et décisions 2001-IV*, 10 mai 2001, par. 77 ; CIDH, *Coard c. États-Unis*, Affaire 10.951, *Recueil n° 109/99*, 29 septembre 1999, par. 37.

77 Par exemple, la CIJ affirme, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, *op. cit.* note 6, par. 109 :

« La Cour observera que, si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du pacte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaît naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au pacte soient tenus d'en respecter les dispositions. La pratique constante du Comité des droits de l'homme est en ce sens. Il a estimé en effet que le pacte est applicable dans le cas où un État exerce sa compétence en territoire étranger ».

78 Voir, par exemple, CEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, Appl. n° 61498/08, Décision sur la recevabilité, 30 juin 2009 ; CEDH, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, (Grande Chambre), 12 mai 2005, par. 91 ; CEDH, *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96, jugement, 16 novembre 2004 ; CEDH, *Chypre c. Turquie*, *op. cit.* note 76, *Loizidou c. Turquie*, 1995, *op. cit.* note 76, et *Loizidou c. Turquie*, 1996, *op. cit.* note 76 ; CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, n° 55721/07, jugement, 7 juillet 2011 ; CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, n° 27021/08, jugement, 7 juillet 2011.

79 Voir Document de Montreux, *op. cit.* note 1, Part 2, bonne pratique 22.

5. Les États contractants sont tenus de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves aux Conventions de Genève et, lorsque applicable, au Protocole additionnel I. Ils ont l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves et de déférer ces personnes à leurs propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Ils pourront aussi, s'ils le préfèrent, et selon les conditions prévues par leur propre législation, les remettre pour jugement soit à un autre État concerné, pour autant que cet État ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes, soit à un tribunal pénal international.

Cette obligation d'adopter une législation qui instaure des sanctions pénales effectives en cas d'infractions graves aux Conventions de Genève et au Protocole additionnel I lorsqu'il est applicable, et qui prévoit d'enquêter, de poursuivre et de réprimer la commission d'infractions graves, est une obligation fondamentale du DIH. Les États peuvent également choisir de remettre les suspects pour jugement à un autre État si cet État a *prima facie* retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes, ou à une juridiction pénale internationale⁸⁰.

Pour toute infraction grave commise par le personnel des EMSP, tous les États ont l'obligation, au moins sur leur territoire, de rechercher les personnes, quelle que soit leur nationalité, suspectées d'avoir commis ou d'avoir ordonné de commettre de telles infractions graves et de les déférer devant leurs propres tribunaux, ou de les remettre pour jugement à un autre État, lorsque ces personnes se trouvent sur leur territoire⁸¹. Cette règle de compétence s'ajoute à d'autres règles applicables aux crimes de droit commun : compétence à raison du lieu où le crime a été commis, de la nationalité de l'auteur, de la nationalité de la victime, de la protection d'intérêts nationaux ou de sécurité.

Le mot « personne » utilisé dans la déclaration 5 peut être interprété comme incluant les personnes morales. Il convient de noter que, dans un certain nombre de pays, le droit pénal, y compris les dispositions relatives aux crimes de guerre, ne s'applique pas seulement aux individus, mais aussi aux personnes morales⁸². Dans ces systèmes juridiques, ce n'est pas seulement le personnel et les responsables des entreprises qui peuvent être poursuivis pour ces crimes, mais aussi l'entreprise elle-même. De nombreux systèmes juridiques nationaux, en particulier les pays de *common law*, reconnaissent la responsabilité pénale des personnes morales⁸³.

80 CG I, art. 49 ; CG II, art. 50 ; CG III, art. 129 ; CG IV, art. 146 ; PA I, art. 86 et 88.

81 Telles que sont formulées les dispositions sur les infractions graves, il n'apparaît pas clairement si « rechercher » signifie que tous les États ont l'obligation de rechercher les personnes suspectées d'infractions graves partout dans le monde. Alors que la formulation semble le suggérer (spécialement en comparaison avec la formulation de certains traités de droit de l'homme, comme la CCT, art. 5), il y a une divergence d'interprétation. La vision dominante est que l'obligation de rechercher les personnes suspectées est limitée aux personnes présentes sur le territoire de l'État.

82 Voir une vue d'ensemble à propos de seize pays dans Anita Ramasastry et Robert C. Thompson, *Commerce, Crime et Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law, A Survey of Sixteen Countries*, Report 536, Fafo, septembre 2006.

83 Voir Fafo, *Business et International Crimes. Assessing the Liabilities of Business Entities for Grave*

Ce principe prend également de l'importance dans les pays de droit continental⁸⁴. Cependant, la doctrine utilisée pour fonder la responsabilité pénale des entreprises varie selon les pays, depuis celle de l'*âme dirigeante*⁸⁵ à celle requérant l'établissement de l'intention criminelle de l'entreprise dans son ensemble⁸⁶ ou par l'établissement d'une *culture d'entreprise*⁸⁷. Néanmoins, dans la plupart des législations nationales, pour qu'une entreprise soit tenue pour responsable, l'acte criminel doit avoir été commis par un employé ayant un certain statut, comme celui de directeur ou de gérant, ou disposant d'un certain niveau d'influence dans la société, et que cette infraction ait été commise dans le cadre de ses fonctions⁸⁸.

6. Les États contractants sont également tenus d'enquêter sur et, comme exigé par le droit international, ou autrement si cela est approprié, de poursuivre, d'extrader ou de livrer les personnes soupçonnées d'avoir commis d'autres crimes au regard du droit international, tels que torture ou prise d'otages, conformément à leurs obligations de droit international. De telles poursuites doivent être menées en conformité avec le droit international relatif au droit à un procès équitable, en veillant à ce que les sanctions soient proportionnées à la gravité du crime.

Le droit international requiert l'incrimination d'un certain nombre d'actes. On trouve cette obligation sous diverses formes et dans différents traités, laquelle impose divers types de compétences pour des crimes spécifiques. Par exemple, l'article 5 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT) dispose que « tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence » pour connaître de l'infraction de torture quand elle « a été commise sur tout territoire placé sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État ; », ou « quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ; », ou « quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié », ou quand « l'auteur présumé (...) se trouve

Violations of International Law, Report 467, Allkopi Sarpsborg, Norvège, 2004 ; A. Ramasastry et R. C. Thompson, *op. cit.* note 82.

84 Thomas Weigend, « Societas delinquere non potest? A German Perspective », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, n° 5, 2008, p. 928. Pour une vue d'ensemble de la responsabilité pénale des entreprises en *common law*, voir Celia Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2001.

85 Selon cette doctrine, utilisée par exemple au Canada et au Royaume-Uni, une société peut être tenue pour responsable des actes de ses agents si leurs actes peuvent être interprétés comme étant conformes à l'intention de la société. Fafo, *op. cit.* note 83, p. 23.

86 Le *mens rea* de la société peut être démontrée par les actes ou omissions des employés ou en établissant que la direction avait connaissance ou devait avoir connaissance de l'activité illégale profitant à la société. Cette doctrine est utilisée aux États-Unis et au Royaume-Uni. *Ibid.*, p. 23. Voir aussi T. Weigend, *op. cit.* note 84.

87 Voir l'Australian Criminal Code Act 1995, Act n° 12 of 1995, Section 12.3(2)(c), Code pénal Australien. Voir aussi Joanna Kyriakakis, « Australian Prosecution of Corporations for International Crimes: The Potential of the Commonwealth Criminal Code », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, n° 4, 2007, p. 809 ; Allens Arthur Robinson, « Corporate Culture » as a Basis for the Criminal Liability of Corporations, documents préparés pour le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et l'entreprise, février 2008, disponible sur : <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>.

88 Voir A. Ramasastry et R. C. Thompson, *op. cit.* note 82, p. 13.

sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas »⁸⁹. Les autres violations du droit international qui nécessitent une incrimination dans le droit interne sont l'esclavage, le trafic d'êtres humains⁹⁰, la pornographie infantile⁹¹, les actes de violence à caractère raciste⁹², les crimes contre l'humanité⁹³, le génocide⁹⁴ et les disparitions forcées⁹⁵. On peut également affirmer que la pratique des États révèle aussi, probablement, l'obligation d'incriminer les meurtres et les exécutions extrajudiciaires. Le meurtre est incriminé dans tous les systèmes de droit et, comme nous l'avons exposé ci-dessus, les États ont une obligation en vertu du DIH de protéger la vie par le droit⁹⁶. Les États ont également l'obligation d'enquêter sur les auteurs présumés de ces crimes⁹⁷.

Concernant le personnel des EMSP mandatées par un État, le respect de ces obligations peut se heurter à des questions complexes liées au fait que les employés des EMSP peuvent avoir différentes nationalités et opérer sur un autre territoire. Les États doivent s'assurer que ces complexités ne conduisent pas à l'impunité et qu'ils respectent leurs obligations internationales à cet égard.

Les poursuites engagées contre les auteurs présumés de crimes internationaux doivent être menées conformément aux normes internationales relatives au procès équitable. Le droit de toute personne, sous le coup d'une inculpation pénale, à un procès équitable est garanti à la fois par le DIH⁹⁸ et par le DIDH⁹⁹. Un procès équitable doit se tenir devant un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi. Il doit également respecter les garanties judiciaires fondamentales de l'accusé. Les garanties judiciaires fondamentales incluent la présomption d'innocence

89 CCT, art. 5.

90 Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 15 novembre 2000, 2237 RTNU 319 (entré en vigueur le 25 décembre 2003), art. 5.

91 Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 25 mai 2000, 2171 RTNU 227 (entré en vigueur le 18 janvier 2002), art. 3, 4, 5.

92 CEFDR, art. 4, a).

93 Statut de Rome de la CPI, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 90 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002) (Statut de Rome), art. 7.

94 Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entré en vigueur le 12 janvier 1951), art. 4, 5, 6 ; Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 6.

95 Déclaration sur la protection de toute personne contre les disparitions forcées, AGNU Rés. 47/133, 18 décembre 1992, art. 4 ; Convention internationale pour la protection de toute personne contre les disparitions forcées (CIPPDF), 20 décembre 2006, 2716 RTNU 3 (entrée en vigueur le 23 décembre 2010), art. 4, 9.

96 Voir *op. cit.* notes 43 et 44. Voir aussi la Résolution adoptée par l'Assemblée générale : exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Rés. AGNU, 57/214, 25 février 2003, par. 5 ; Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, Doc. NU, E/1989/89, 24 mai 1989, Principe 18.

97 Par exemple, dans son deuxième rapport périodique se rapportant à la CCT, les États-Unis ont déclaré qu'ils avaient « fait ou fait faire des enquêtes » en ce qui concerne les allégations d'actes répréhensibles à l'encontre du personnel d'EMSP dans la prison d'Abu Ghraib. Comité contre la torture de l'ONU, *Deuxième rapport périodique que les États parties devaient présenter en 1999 : États-Unis d'Amérique*, CAT/C/48/Add.3, 29 juin 2005, p. 84.

98 Voir art. 3 commun, 1), d) ; CG I, art. 49, par. 4 ; CG II, art. 50, par. 4 ; CG III, articles 102 à 108 ; CG IV, art. 5, par. 3, 66 à 75 ; PA I, art. 75, 4. ; PA II, art. 6 ; Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954, 249 RTNU 240 (entrée en vigueur le 7 août 1956), art. 17, 2.

99 Voir, par exemple, PIRDCP, art. 14 et 15 ; CEDH, art. 6 et 7 ; CADH, art. 8 et 9 ; CADHP, art. 7.

tant que la culpabilité de la personne n'a pas été légalement établie, le droit d'être informé sans délai et de façon détaillée des griefs qui lui sont reprochés, le droit et les moyens de se défendre, le droit d'être présent à l'audience, le respect du principe de non-rétroactivité de la loi, le droit de ne pas être condamné à une peine plus lourde que celle applicable au moment de la commission de l'infraction, le droit de bénéficier de la peine la plus légère prévue par la loi au moment du prononcé de la peine et le respect du principe « *ne bis in idem* ».

7. Bien que, en soi, le fait de nouer des relations contractuelles avec des EMSP n'engage pas la responsabilité des États contractants, ces derniers sont responsables des violations du droit international humanitaire, des droits de l'homme ou d'autres règles de droit international commises par les EMSP ou par les membres de leur personnel lorsque ces violations sont imputables à l'État contractant conformément au droit international coutumier, en particulier si les EMSP :

- a) **sont incorporées par l'État dans ses forces armées régulières, conformément à sa législation nationale ;**
- b) **sont membres de forces, groupes ou unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable devant l'État ;**
- c) **sont habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique si elles agissent en cette qualité (c'est-à-dire sont formellement autorisées par la loi ou par des règlements à exercer des fonctions normalement conduites par des organes de l'État) ; ou**
- d) **agissent en fait sur les instructions de l'État (c'est-à-dire l'État a spécifiquement donné des instructions quant à la conduite de l'acteur privé) ou sur ses directives ou sous son contrôle (c'est à dire l'État exerce un véritable contrôle effectif sur la conduite de l'acteur privé).**

Cette déclaration contient les règles les plus pertinentes d'attribution de la responsabilité internationale des États pour les violations commises par les EMSP, sans inclure toutes les hypothèses dans lesquelles la responsabilité des États peut être engagée. Elle est principalement inspirée par les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (projet d'articles sur la responsabilité de l'État) adoptés par la Commission du droit international (CDI)¹⁰⁰. S'ils ne sont pas contraignants en tant que tels, ils s'appuient sur la pratique et la jurisprudence internationale et sont censés refléter en grande partie l'état actuel du droit international coutumier, d'autant qu'ils ont pris en compte les commentaires des gouvernements¹⁰¹. Ils sont donc souvent cités en tant que standards internationaux dans ce domaine.

100 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, op. cit. note 24. Sur ce sujet, voir Hannah Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2011 ; Marco Sassòli, « La responsabilité de l'État pour des violations du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 84, n° 846, 2002, p. 401.

101 Voir l'introduction de James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 60.

a) organes de l'État, comprenant des membres des forces armées régulières

Selon l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État :

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

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ».

Un État peut être responsable du comportement d'une EMSP ou de son personnel si l'EMSP ou son personnel sont formellement incorporés par la loi dans les forces armées de l'État ou d'autres organes de l'État, tels le ministère des affaires étrangères, les forces de police, les organes de contrôle aux frontières et les agences d'immigration, ou s'ils peuvent être traités comme un organe de l'État en raison du pouvoir qu'ils détiennent ou des relations qu'ils entretiennent avec les autorités gouvernementales.

Sur ce dernier aspect, tel qu'énoncé par le second paragraphe de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, un organe d'un État *comprend* toutes les personnes ou entités ayant ce statut en vertu du droit interne de cet État. Le terme « comprend » signifie que la référence au droit interne peut ne pas être la seule façon de qualifier un entrepreneur privé ou une EMSP d'organe d'un État, dans la mesure où, dans certains pays, ce statut peut être déterminé par la pratique. Le statut d'un sous-traitant privé ou d'une EMSP peut aussi être déterminé par ses missions et ses relations avec d'autres entités gouvernementales¹⁰². Le terme « comprend » a aussi pour objectif d'empêcher qu'un État ne « tente de se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes et de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne¹⁰³ ». Ceci a été clairement énoncé par la CIJ dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*, dans laquelle la Cour a affirmé que dans des circonstances exceptionnelles, une personne ou une entité peut être regardée comme un organe d'un État, aux fins de la responsabilité de l'État, quand la personne ou l'entité est dans une situation de « totale dépendance » *vis-à-vis* de l'État¹⁰⁴, même en l'absence d'une loi interne établissant ce statut.

102 Voir Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, Commentaire sur l'art. 4, par. 11, p. 43.

103 *Ibid.*

104 CIJ, *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*, *op. cit.* note 33, par. 392 :

« selon la jurisprudence de la Cour, une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peuvent être assimilés – aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale – à un organe de l'État même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la « totale dépendance » de l'État, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument. En pareil cas, il convient d'aller au-delà du seul statut juridique, pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'État auquel elle se rattache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent : toute autre solution permettrait aux États d'échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction ».

Considérer un sous-traitant privé ou une EMSP comme organe d'un État peut être un statut difficile à déterminer dans certaines circonstances. La jurisprudence offre quelques indications à cet égard. Par exemple, dans l'affaire *Blake c. Guatemala*¹⁰⁵, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé que les membres des « patrouilles urbaines d'autodéfense civile », bien que ne recevant de l'État ni salaire, ni avantage social, étaient des agents de l'État car ils étaient juridiquement subordonnés au ministère de la Défense. La Cour a aussi relevé que ces patrouilles avait été créées par l'État dans le cadre de sa stratégie contre-insurrectionnelle et qu'elles « étaient statutairement subordonnées au ministère de la Défense, qu'elles étaient armées, entraînées et supervisées par le pouvoir et qu'en ce sens, elles agissaient comme agents de l'État guatémaltèque¹⁰⁶ ».

Bien qu'en vertu du droit international relatif à la responsabilité de l'État, le comportement privé, action ou omission, d'un représentant de l'État, comme un ministre des affaires étrangères, n'engage pas la responsabilité de l'État, les États, conformément à l'article 3 de la quatrième Convention de la Haye et à l'article 91 du PA I, seront responsables de tous les actes commis par les membres de leurs forces armées, y compris les actes contrevenant aux ordres ou instructions et les actes commis sur initiative personnelle. Dans ce cas, le DIH doit être considéré comme la *lex specialis* par rapport aux règles générales relatives à la responsabilité de l'État¹⁰⁷. Ainsi, un État sera responsable de tous les actes ou omissions contraires au droit international commis par le personnel d'EMSP incorporé dans ses forces armées.

On trouve un exemple d'incorporation de personnels d'EMSP dans les forces armées dans le contrat signé en 1997 entre Sandline International et les autorités de Papouasie-Nouvelle-Guinée (PNG), destiné à soutenir les forces armées de PNG combattant l'armée révolutionnaire de Bougainville. Ce contrat prévoit que :

« [tous] les officiers et personnel de Sandline visés par ce contrat sont enrôlés en tant qu'agents spéciaux, mais tiennent un rang militaire proportionné à celui qu'ils avaient dans la structure de commandement de Sandline et sont autorisés à donner des ordres aux rangs inférieurs, tant que cela est nécessaire pour l'exécution de leurs fonctions et responsabilités [Traduction CICR]¹⁰⁸ ».

b) toutes les forces, groupes ou unités armés et organisés, sous le commandement responsable devant l'État

Ce paragraphe renvoie à l'article 43, paragraphe 1 du PA I, qui est aussi une règle de droit coutumier dans un conflit armé international¹⁰⁹. L'article 43, paragraphe 1 précise qui doit être considéré comme un membre des forces armées d'une partie

105 CrIDH, *Blake c. Guatemala*, Séries C, n° 36, Arrêt (fond), 24 janvier 1998.

106 *Ibid.*, par. 76.

107 Voir, par exemple, CIJ, *République Démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.* note 6, par. 214.

108 « Agreement for the Provision of Military Assistance Dated this 31 day of January 1997 between the Independent State of Papua New Guinea et Sandline International » (Accord Sandline), disponible sur : http://psm.du.edu/media/documents/industry_initiatives/contracts/industry_contract_sandline-papua-new-guinea.pdf.

109 CICR, Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 4.

à un conflit aux fins du DIH. Selon cet article, une EMSP peut aussi entrer dans la définition des forces armées d'un État si elle constitue une force, un groupe ou une unité « armés et organisés placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés » devant l'État. Dans ce cas, les employés de cette EMSP seront considérés comme membres des forces armées de l'État et, selon le DIH, *lex specialis*, celui-ci sera responsable de l'ensemble des actes de cette EMSP¹¹⁰.

En outre, les EMSP exerçant une fonction de combat au nom d'une partie à un conflit armé international peuvent relever de la définition fonctionnelle des forces armées figurant à l'article 43, paragraphe 1 du PA I ou par le droit coutumier¹¹¹.

Il n'y a pas besoin d'une incorporation formelle, par la loi nationale, des EMSP dans les forces armées, puisque que la définition des forces armées posée par le DIH ne dépend pas des différents régimes juridiques internes. Être placé sous le contrôle d'un commandement responsable, n'exige pas que chaque employé de l'EMSP soit responsable devant les autorités étatiques. Il suffit que le commandant de la force armée, du groupe ou de l'unité (qui peut être civil ou militaire)¹¹² soit responsable devant cet État.

c) personnes ou entités habilitées par la loi à exercer des prérogatives de puissance publique

En vertu du droit international, le comportement d'un sous-traitant privé ou d'une EMSP qui n'est pas un organe d'un État mais qui est habilité par la législation nationale à exercer des prérogatives de puissance publique, peut être imputé à cet État¹¹³. Les sociétés privées peuvent entrer dans cette catégorie « pour autant que, dans le cas d'espèce, l'entité est habilitée par le droit interne à exercer des fonctions à caractère public normalement exercées par des organes de l'État¹¹⁴ ». L'attribution, au sens de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État, est limitée dans la mesure où seul le comportement des EMSP habilitées par le droit national à exercer des prérogatives de puissance publique sera imputable à l'État en vertu de cet article¹¹⁵. D'après la CDI : « Le droit interne doit autoriser expressément ce comportement comme relevant de l'exercice de la puissance publique ; il ne suffit pas que l'activité considérée soit autorisée dans le cadre de la réglementation générale des affaires de la

110 Voir *ibid.* ; PA I, art. 91 ; Convention de la Haye IV, art. 3.

111 Voir Louise Doswald-Beck, « PMCs under International Humanitarian Law », in Simon Chesterman et Chia Lehnhardt, *From Mercenaries to Market*, Oxford University Press, 2007, p. 121. Concernant les conditions qui doivent être remplies par les EMSP pour entrer dans cette catégorie, voir Michael Schmitt, « Humanitarian Law and Direct participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees », *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, n° 2, 2005, pp. 527-531.

112 J. Pictet, *op. cit.* note 19, Commentaire sur l'art. 4, p. 59.

113 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, art. 5 : « Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international. »

114 *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 5, par. 2, p. 43.

115 *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 5, par. 7. Voir aussi Marina Spinedi, « Private Contractors : Responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'État de la conduite des personnes privées ? », *International Law Forum*, Vol. 7, n°4, 2005, p. 277.

communauté¹¹⁶ ». L'expression « droit interne » doit également être prise dans un sens plus large que celle de législation nationale¹¹⁷. Par exemple, dans ses commentaires, la CDI donne l'exemple d'entreprises de sécurité privée engagées en tant que gardiens de prison, mais sans préciser dans quelle mesure et à quelles conditions un contrat avec une telle société peut constituer un fondement suffisant aux fins de l'attribution de la responsabilité au sens de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État¹¹⁸. Cette question devra être clarifiée avec le temps mais elle serait probablement un facteur important. Certains ont même fait valoir que, contrairement à l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État, le droit international coutumier n'exige pas l'adoption d'une loi interne pour attribuer la responsabilité du comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique¹¹⁹.

Il n'y a pas de définition claire en droit international des « prérogatives de puissance publique », puisque le contenu de cette notion dépend dans une large mesure des traditions juridiques de chaque État. En général, des activités telles que les fonctions judiciaires, la défense nationale, la politique étrangère et les opérations de police, sont habituellement considérées comme des fonctions intrinsèquement gouvernementales. Par exemple, les sociétés de sécurité privées mandatées pour exercer un pouvoir de détention et de discipline en application d'une décision judiciaire en matière pénale ou d'un règlement pénitentiaire exerceraient des prérogatives de puissance publique¹²⁰. Les conducteurs de véhicules privés utilisés pour transporter des troupes au front et les personnes privées désignées par un État pour exécuter des missions de renseignement, pour soutenir des mouvements insurrectionnels dans un pays étranger¹²¹ ou pour servir d'auxiliaires dans les forces armées ou de police, relèveraient aussi de cette catégorie¹²². En ce sens, la

116 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, p. 45

117 En effet, la version française de l'article 5 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite se réfère au « droit interne » (ordre juridique interne) et non aux « lois internes » (législation nationale). Par analogie, le commentaire de CDI sur l'article 3 du projet d'article sur la responsabilité de l'État, qui se réfère aussi au terme de « droit interne » peut être mentionné : « Le principe dont il est question à l'article 3 s'applique à toutes les lois et à tous les règlements adoptés dans le cadre de l'État, par quelque autorité que ce soit et à quelque niveau que ce soit ». Dans la version française, l'expression « droit interne » est préférée à « législation interne » et à « loi interne », parce qu'elle couvre toutes les dispositions de l'ordre juridique interne, que celles-ci soient écrites ou non écrites, ou qu'elles prennent la forme de règles constitutionnelles ou législatives, de décrets ou de décisions judiciaires. » *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 3, par. 9, p. 38.

118 *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 5, par. 2, p. 44.

119 Par exemple, dans son arrêt *République Démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.* note 6, la CIJ n'a pas fait référence à la législation nationale pour l'attribution de la responsabilité au sens de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État, mais s'est plutôt référée à « une entité exerçant des prérogatives de puissance publique pour son compte » (par. 160). Voir aussi Lindsey Cameron et Vincent Chetail, *Privatising War: Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 165-171.

120 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, Commentaire sur l'art. 5, par. 2.

121 Troisième rapport sur la responsabilité des États, par Mr Robert Ago, Rapporteur spécial - Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale, Doc. NU, A/CN.4/246 et Add. 1-3, 1971 (Troisième rapport sur la responsabilité des États), par. 190.

122 *Ibid.*, par. 191. À cet égard, la décision dans l'affaire *Stephens* du « Mexico/United States of America General Claims Commission » peut être mentionnée. Dans cette affaire, la Commission a soutenu que : « [[p]uisque la quasi-totalité des troupes fédérales se sont retirées de cet État et ont été utilisées plus au sud pour réprimer cette insurrection, une sorte d'organisation informelle de gardes municipaux

participation directe aux hostilités pour le compte d'un État partie à un conflit armé international devra être considérée comme une prérogative de puissance publique¹²³. D'autres exemples comprennent les pouvoirs relatifs à l'immigration et au contrôle des frontières¹²⁴.

Des EMSP ont été mandatées par le passé pour exécuter des services qui peuvent être considérés comme des prérogatives de puissance publique. À cet égard, l'exemple des EMSP mandatées pour conduire des interrogatoires des prisons peut être mentionné, de même que celles chargées de fournir des services en matière de renseignement¹²⁵. La gestion des contrôles aux frontières est aussi une prérogative de puissance publique.

En vertu du DIH, certaines obligations doivent être assumées par les États parties à un conflit armé et les comportements connexes peuvent être considérés comme des prérogatives de puissance publique. Tel est le cas, par exemple, pour l'administration des camps de PG ou des camps d'internement de personnes civiles. Comme exposé ci-dessus (commentaire de la déclaration 2), la Puissance détentrice reste responsable du traitement des prisonniers et les établissements doivent être placés sous l'autorité d'un représentant de l'État. Il peut s'ensuivre que le comportement en lien avec la gestion d'un camp de PG ou d'un camp d'internement relève de l'autorité gouvernementale de la Puissance détentrice. Même si certaines de ces activités peuvent être sous-traitées, il n'en reste pas moins que l'ensemble des activités menées dans le camp ou le lieu d'internement relève d'une prérogative de puissance publique.

– initialement appelé “defensas sociales” - est apparue, en partie pour défendre les citoyens pacifiques et en partie pour lutter contre la rébellion si nécessaire. Il est difficile de déterminer avec précision le statut de ces gardes en tant qu'auxiliaires irrégulier de l'armée, d'autant qu'ils manquaient d'uniformes et d'insignes ; mais en tout cas ils “agissaient pour” Mexico et pour ses subdivisions politiques ».

...

« La responsabilité d'un pays pour les actes de militaires dans des cas comme celui de l'espèce, en présence et sous les ordres d'un supérieur, ne fait aucun doute. En tenant compte des conditions existantes au Chihuahua à ce moment-là, Valenzuela doit être considéré comme, ou assimilé à, un militaire [Traduction CICR] ».

General Claims Commission, *Charles S. Stephens et Bowman Stephens (U.S.A.) c. États-Unis du Mexique*, Recueil des décisions arbitrales, 15 juillet 1927, pp. 265-268, par. 4 et 7.

123 Sur la notion de participation directe aux hostilités, voir CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit humanitaire international* (Guide interprétatif du CICR), disponible sur : https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf.

124 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, Commentaire sur l'art. 5, par 2.

125 À nouveau, l'affaire de la *Sandline International* en Papouasie Nouvelle-Guinée peut être mentionnée, dans la mesure où une EMSP avait été mandatée pour effectuer du renseignement, pour soutenir efficacement le déploiement et les opérations, pour conduire des opérations offensives à Bougainville en coopération avec les forces militaires de la Papouasie Nouvelle-Guinée et pour fournir un soutien opérationnel au suivi. Le contrat prévoyait aussi que les employés de l'EMSP avaient « les pouvoirs nécessaires pour entreprendre efficacement et effectivement les tâches qui leur étaient attribuées, incluant mais n'y étant pas limité, le pouvoir de combattre les forces ennemies, de repousser leurs attaques, d'arrêter toute personne soupçonnée de projeter un acte nuisible, de protéger les biens et le territoire du souverain, de défendre la population contre toute menace et se protéger eux-mêmes de manière pro-active ainsi que les forces étatiques contre toute forme d'agression ou menace », Accord *Sandline*, *op. cit.* note 108.

Enfin, il convient de noter que, selon l'article 9 des projets d'articles sur la responsabilité de l'État, dans certaines situations telles qu'une révolution, un conflit armé ou une occupation étrangère¹²⁶, un État peut être incapable d'exercer certaines de ses prérogatives de puissance publique. Dans ces cas, il pourrait être tenu pour responsable des agissements d'un acteur privé, y compris d'une EMSP et de son personnel, « si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives¹²⁷ ». Pour attribuer la responsabilité au sens de l'article 9, aucune autorisation par les autorités étatiques ou par le droit interne n'est requise, comme c'est le cas pour l'attribution en vertu de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État¹²⁸. En effet, les situations prévues par l'article 9 sont celles dans lesquelles les autorités régulières « sont dissoutes, disparaissent, ont été supprimées ou sont temporairement inopérantes¹²⁹ ». Trois conditions doivent être réunies pour que le comportement puisse être attribué à l'État au sens de l'article 9 : le comportement de l'entité privée doit se rapporter effectivement à l'exercice d'une prérogative de puissance publique ; il doit avoir été adopté en cas d'absence ou de carence des autorités officielles ; et il faut que les circonstances aient justifié l'exercice de ces prérogatives de puissance publique. Par exemple, le comportement de personnes qui participent à une *levée en masse* relèverait de cette catégorie¹³⁰. Le comportement des « Gardiens de la Révolution », immédiatement après la révolution en République islamique d'Iran, a également été jugé comme couvert par le principe d'attribution énoncé à l'article 9 par le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran¹³¹.

d) agissent en fait sur les instructions de l'État ou sur ses directives ou sous son contrôle.

L'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État précise :

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État¹³² ».

126 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, Commentaire sur l'art. 9, par. 1, p. 51

127 *Ibid.*, art. 9.

128 La CDI donne l'exemple du comportement de personnes participant à une *levée en masse* ; voir *ibid.*, Commentaire sur l'art. 9, par. 2.

129 *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 9, p. 51 par. 1.

130 Voir le troisième rapport sur la responsabilité des États, *op. cit.* note 121, par. 189, dans lequel la CDI considère la participation à une *levée en masse* comme l'exercice d'une prérogative de puissance publique. Voir aussi M. Sassòli, *op. cit.* note 100, p. 409.

131 Voir, par exemple, Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, *Kenneth P. Yeager c. The Islamic Republic of Iran*, décision partielle n° 324-10199-1, Iran-US CTR, Vol. 17, 2 novembre 1987, p. 104, par. 43. Voir aussi projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, Commentaire sur l'art. 9, par. 2.

132 *Ibid.*, *op. cit.* note 24, art. 8, p. 49

Certaines EMSP ou membres de leur personnel agissant aux côtés des autorités étatiques peuvent relever de cette catégorie. Les termes « instruction », « directive » et « contrôle » sont indépendants les uns des autres, si bien « [qu']il suffit d'établir la réalité de l'un d'entre eux » pour imputer la responsabilité à l'État¹³³.

Sur les instructions : « instructions » doit être compris comme des ordres clairs pour une tâche spécifique. Cela pourrait par exemple être le cas si les EMSP étaient soumises aux ordres d'un commandant militaire ou d'un autre agent de l'État quand ils opèrent aux côtés des forces armées. Cela ne signifie pas qu'un ordre doit être donné de commettre une violation spécifique : il doit seulement avoir été donné pour exercer une tâche spécifique dans le contexte de laquelle la violation a été commise. Si un employé d'une EMSP agit au-delà de ce qui a été autorisé ou s'il se livre à une activité contraire aux instructions qu'il a reçues, l'État sera néanmoins responsable si l'acte est accessoire à la tâche. En principe, un État ne devrait pas prendre le risque de voir des instructions licites exécutées d'une manière illicite ; mais si des personnes ont commis des actes répréhensibles sur la base d'instructions générales d'un État, les conditions d'attribution peuvent néanmoins être remplies si les actes sont étroitement liés aux instructions¹³⁴.

Sur ses directives ou sous son contrôle : selon cette règle, nombre d'activités exécutées par les EMSP pourraient être attribuées à l'État qui les a mandatées. La signification exacte, en droit international, des termes « directive ou contrôle » devra être clarifiée. Aux fins de l'attribution au sens des règles sur la responsabilité de l'État, la CIJ exige, pour qu'un acte d'une entité privée (qu'il s'agisse d'un individu ou d'un membre d'un groupe organisé) soit imputable à l'État, que la direction ou le contrôle effectif des autorités sur cet acte précis soit démontrée « non point au regard de chacun de ces actes particuliers, mais au regard de l'ensemble des opérations conduites par les auteurs directs », personnes ou groupe de personnes, des violations¹³⁵. En l'absence d'un tel contrôle sur l'acte spécifique, cet acte ne peut pas être imputé à l'État, même s'il a été commis par un groupe avec un haut degré de dépendance vis-à-vis des autorités de l'État¹³⁶. Dans la même veine, les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État exigent que l'État dirige ou contrôle l'opération spécifique¹³⁷. Un simple contrat entre un État et une EMSP ne remplirait probablement pas les conditions du contrôle effectif, puisque tous les contrats entre un État et une société privée n'induisent pas un contrôle par les autorités de l'État sur toutes les activités spécifiques de la société privée. La situation d'un commandant militaire territorial ayant un contrôle global sur une zone et la capacité de contrôler largement les mouvements des EMSP ne pourrait probablement pas non plus être qualifiée de contrôle effectif tel qu'exigé par la CIJ, dans le cas où le personnel des EMSP, au cours de certaines opérations, aurait commis des violations qui n'auraient pas été expressément ordonnées par le commandant ou par une autre autorité. Néanmoins,

133 *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 8, par. 7, p. 51

134 *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 8, par. 8.

135 CIJ, *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, *op. cit.* note 21, par. 115-116, et *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, *op. cit.* note 33, par. 400-406.

136 CIJ, *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, *op. cit.* note 21, par. 115.

137 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, commentaire sur l'art. 8, par. 3.

les commentaires de la CDI indiquent que : « En tout état de cause, c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis se [produit] ou non sous le contrôle d'un État et si la mesure dans laquelle ce comportement était contrôlé justifie que le comportement soit attribué audit État¹³⁸ ».

Les soutiens financiers et matériels ne semblent pas, en tant que tels, être suffisants pour établir le contrôle d'un État sur une entité :

« Pourtant, malgré les subsides importants et les autres formes d'assistance que leur fournissent les États-Unis, il n'est pas clairement établi que ceux-ci exercent en fait sur les *contras* dans toutes leurs activités une autorité telle qu'on puisse considérer les *contras* comme agissant en leur nom¹³⁹ ».

Dans le cas d'actions allant au-delà de l'autorisation donnée par l'État ou de ses directives ou de son contrôle, la question de la responsabilité de cet État peut se poser. Ces actions peuvent engager la responsabilité de l'État si elles sont accessoires à la mission et si elles ne vont pas au-delà¹⁴⁰. Il s'agira d'une question de fait permettant de déterminer si les autorités de l'État avaient encore un contrôle ou si elles auraient pu l'exercer.

Cependant, le critère du contrôle « global » ou « général » a aussi été utilisé dans certaines situations par les tribunaux¹⁴¹, le cas le plus significatif étant le jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Tadić*. Aux fins de la qualification des situations de conflits armés, le TPIY a retenu que si un groupe est organisé, tel un groupe armé d'opposition, en principe organisé et structuré hiérarchiquement, il suffit que l'autorité étatique exerce un « contrôle global » sur un tel groupe pour considérer que le groupe est rattaché à cet État dans le contexte d'hostilités contre un autre État et, si cette situation est un conflit armé international, un contrôle ou des directives spécifiques de l'État sur les actions ou omissions des individus ne sont pas nécessaires¹⁴². Alors qu'il est peu probable qu'un simple contrat soit suffisant pour prouver un tel contrôle global, une EMSP pourrait être considérée comme relevant du contrôle global d'un commandant militaire si le commandant a un large contrôle sur ses mouvements et le pouvoir d'empêcher, au moins, certaines de ses actions. Le TPIY a aussi reconnu que si l'État qui a le contrôle n'est pas l'État territorial, une preuve plus convaincante est alors requise pour établir que l'État contrôle réellement des unités et des groupes¹⁴³.

Néanmoins, la CIJ n'a pas encore retenu le critère du « contrôle global » comme un fondement suffisant pour l'attribution en vertu des règles sur la responsabilité des États et continue d'exiger un contrôle effectif à cet égard¹⁴⁴.

138 *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 8, par. 5.

139 CIJ, *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, *op. cit.* note 21, par. 109.

140 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, Commentaire sur l'art. 8, par. 8.

141 Sur le « contrôle global », voir CEDH, *Loizidou c. Turquie*, *op. cit.* note 76, par. 56.

142 TPIY, *Procureur c. Duško Tadić*, IT-94-1, arrêt (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, par. 120 et 121. On dit parfois que la question dont était saisi le Tribunal était celle de la qualification du conflit pour déterminer s'il était international ou non international ; néanmoins le Tribunal a tranché cette question à la lumière du droit de la responsabilité des États, ce qui est pertinent aux fins de cette discussion.

143 *Ibid.*, par. 138-140.

144 Voir CIJ, *République Démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.* note 6, par. 160, et *Bosnie-Herzégovine*

8. Les États contractants sont tenus d'accorder des réparations pour les violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme causées par la conduite illicite des membres du personnel des EMSP lorsqu'une telle conduite est imputable à l'État contractant en vertu du droit international coutumier relatif à la responsabilité de l'État.

Si les actes d'une EMSP ou de son personnel sont imputables à l'État, l'État responsable est soumis à une obligation de faire cesser la violation et « est tenu de réparer intégralement le préjudice causé »¹⁴⁵. L'obligation d'accorder une réparation pour un fait internationalement illicite est un principe établi de longue date de droit international public¹⁴⁶. Cette réparation peut prendre la forme d'une restitution, d'une indemnisation, d'une satisfaction ou d'une garantie de non-répétition¹⁴⁷. L'État responsable a une obligation de réparer les dommages subis non seulement par l'État victime de l'acte illicite, mais aussi « d'indemniser toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice »¹⁴⁸.

La formulation large de cette déclaration reflète les différentes conséquences juridiques qui découlent des différents traités ou autres instruments juridiques. Par exemple, pour les violations du DIH commises dans un conflit armé international, la question des réparations est réglée par l'article 3 de la 4^e Convention de la Haye du 18 octobre 1907 et par l'article 91 du Protocole additionnel I. L'obligation de verser une indemnisation sur le fondement du DIH doit être distinguée de la responsabilité pénale individuelle résultant de la commission de violations graves. Il convient de noter que la violation de toute règle de DIH, qu'elle soit une violation grave ou non, ouvre droit à une obligation de réparation¹⁴⁹. L'obligation des États de réparer

c. *Serbie-et-Monténégro*, *op. cit.* note 33, par. 398-407. Sur cette question, voir aussi Chia Lehnhardt, « Private Military Companies and State Responsibility », in S. Chesterman et C. Lehnhardt, *From Mercenaries to Market*, *op. cit.* note 111, p. 152 ; voir aussi l'analyse de Antonio Cassese, « The Nicaragua and Tadić Test Revisited in light of the CIJ Judgment on Genocide in Bosnia », *European Journal of International Law*, Vol. 18, n° 4, 2007, pp. 649-668.

145 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, art. 31. Voir aussi Principes fondamentaux des réparations, *op. cit.* note 51.

146 Cour permanente de justice internationale (CPIJ), *Opinion sur l'affaire Lusitania*, 1^{er} novembre 1923, Recueil des sentences arbitrales, Vol. 7, p. 35 ; CPIJ, *Affaire concernant l'usine de Chorzów* (Compétence), Recueil des arrêts, Série A, n° 9, 26 juillet 1927, p. 21 ; CPIJ, *Affaire concernant l'usine de Chorzów* (fond), Recueil des arrêts, Série A, n° 17, 13 septembre 1928, par. 125. Voir aussi Projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, art. 30, 31, 34, 35, 36, 37.

147 *Ibid.*, art. 34. Voir Principes fondamentaux des réparations, *op. cit.* note 51, Principe 18.

148 CIJ, *Conséquence juridiques de l'édification d'un mur*, *op. cit.* note 6, par. 153, et *République Démocratique du Congo c. Ouganda*, *op. cit.* note 6, par. 259.

149 Sur cette question de la réparation pour violation du DIH, voir, en outre, Emanuela-Chiara Gillard, « Réparations pour violation du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 85, n° 851, 2003, p. 534 ; Riccardo Pisillo Mazzeschi, « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, n° 2, 2003, p. 343 ; Rainer Hofmann, « Victims of Violations of International Humanitarian Law: Do They Have an Individual Right to Reparation against States under International Law? », in Pierre-Marie Dupuy, Bardo Fassbender, Malcom N. Shaw et Karl-Peter Sommermann, *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N. P. Engel Verlag, Kehl, 2006, p. 357 ; M. Sassòli, *op. cit.* note 100 ; Liesbeth Zegveld, « Réparation en faveur des victimes selon le droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 85, n° 851, 2003, p. 497 ; and Friedrich Rosenfeld, « Réparation collective des victimes des conflits armés », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 92, n° 879, 2010, p. 731.

intégralement les pertes ou dommages causés en raison de violations de DIH dont ils sont responsables est aussi une règle de droit coutumier dans les conflits armés internationaux et non internationaux¹⁵⁰. Les articles 3 de la 4^e Convention de La Haye et 91 du Protocole additionnel I portent seulement sur la charge du versement de l'indemnité et non pas sur la question de savoir qui a droit à une telle réparation. Bien que le DIH ne limite pas le droit à réparation des victimes, cette question reste litigieuse et la doctrine, comme la jurisprudence, divergent à cet égard. Des facteurs tels le fait d'empêcher les plaintes individuelles en vertu d'un processus de paix, de l'existence d'une immunité souveraine ou de la nature non-exécutoire du droit à réparation en droit international, ont, dans de nombreux cas, empêché les victimes d'avoir gain de cause¹⁵¹. Cependant, « [I]a tendance est de plus en plus à autoriser les personnes victimes de violations du droit international humanitaire à demander directement réparation à l'État responsable¹⁵² ». Les développements du droit international pénal sont également plus propices aux plaintes des victimes¹⁵³.

150 CICR, Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 150. Ceci va aussi dans le sens du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, art. 31, qui énonce que :

- « 1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État. »

151 Voir E.-C. Gillard, *op. cit.* note 149, p. 535 et s.

152 CICR, Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 150, Commentaires. Par exemple, la Commission des réclamations Érythré/Éthiopie :

« est chargée de rendre une sentence arbitrale sur toutes les demandes en dommages et intérêts formées par l'un ou l'autre ou les deux États ou par les ressortissants de ceux-ci personnes physiques ou personnes morale de droit privé ou de droit public a) sur le fondement d'un conflit lié à l'accord-cadre, aux modalités de mise en œuvre de cet accord ou à l'accord de cessation des hostilités et, b) résultant d'une violation des règles du droit international humanitaire, ou encore des dispositions des Conventions de Genève de 1949 ou des règles de droit international [Traduction figurant sur le site de la Cour permanente d'arbitrage]. »

Accord entre le gouvernement de la République Démocratique Fédérale d'Éthiopie et le gouvernement de l'Érythrée, 12 décembre 2000, art. 5(1), disponible sur : <https://pccases.com/web/sendAttach/786>.

Comme pour la Commission d'indemnisation des Nations Unies établies en 1991 par le Conseil de sécurité avec la mission de traiter les réclamations et payer des indemnités pour pertes et dommages résultant directement de l'invasion illicite de l'Irak et de l'occupation du Koweït, il examine également les réclamations individuelles et même celles portées par des sociétés. Voir la Commission d'indemnisation des Nations Unies, disponible sur : www.uncc.ch. La CIJ, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur sur le territoire occupé Palestinien*, semble reconnaître une obligation de réparation à l'égard des individus ; *op. cit.* note 6, voir par. 152 et 153. Cependant, dans l'affaire relative aux *immunités juridictionnelles de l'État*, le CIJ a noté que :

« De surcroît, pendant un siècle, la quasi-totalité des traités de paix ou règlements d'après-guerre ont reflété le choix soit de ne pas exiger le versement d'indemnités, soit de recourir à titre de compensation au versement d'une somme forfaitaire. Compte tenu de cette pratique, il est difficile d'apercevoir en droit international une règle imposant une indemnisation complète pour chacune des victimes, dont la communauté internationale des États dans son ensemble s'accorderait à estimer qu'elle ne peut souffrir aucune dérogation ».

CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie : Grèce (intervenant))*, Arrêt, C.I.J. Recueil 2012, par. 94. Il peut être aussi mentionné qu'en 2010, l'Association de droit international a adopté une résolution sur la réparation des victimes de conflits armés : Réparation en faveur des victimes de conflits armés. Résolution n°2/2010, 74^e Conférence de l'Association de droit international, la Haye, 15-20 août 2010. L'art. 6 de la résolution dispose que : « Les victimes d'un conflit armé ont droit à réparation de la part des parties responsables. »

153 Voir Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 75.

En DIDH, l'obligation d'accorder une réparation est réglementée par les traités de droits de l'homme et le droit des victimes individuelles à réparation est expressément reconnu (voir aussi le commentaire à la déclaration 4)¹⁵⁴. L'article 75 du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) reconnaît le droit des victimes à réparation, comprenant la restitution, l'indemnisation et la réhabilitation¹⁵⁵.

B. Les États territoriaux

9. Les États territoriaux sont tenus, dans les limites de leur pouvoir, de faire respecter le droit international humanitaire par les EMSP opérant sur leur territoire, en particulier de :

- a) diffuser le plus largement possible le texte des Conventions de Genève et des autres normes pertinentes du droit international humanitaire parmi les EMSP et les membres de leur personnel ;
- b) ne pas encourager ou prêter assistance à la commission de violations du droit international humanitaire par les membres du personnel d'EMSP, et prendre les mesures appropriées pour prévenir de telles violations ;
- c) prendre des mesures pour faire cesser les violations du droit international humanitaire commises par les membres du personnel d'EMSP par les moyens appropriés, tels que règlements militaires, ordonnances administratives et autres réglementations et, le cas échéant, sanctions administratives, disciplinaires ou judiciaires.

Comme expliqué ci-dessus, l'obligation de faire respecter le DIH¹⁵⁶ incombe à tous les États en vertu de l'article 1^{er} commun aux quatre Conventions de Genève et de l'article 1^{er} du Protocole additionnel I du 8 juin 1977. Pour ce qui le concerne, il incombe à l'État territorial l'obligation de faire respecter le DIH sur son territoire : il doit, par exemple, s'assurer que des instructions appropriées sont données aux autorités compétentes, en particulier aux militaires, et garantir qu'elles sont exécutées. L'engagement « à faire respecter » le DIH signifie aussi un engagement à promouvoir le respect du DIH, par exemple par la diffusion du DIH et des textes

154 Voir, par exemple, PIRDPC, art. 2 (3) ; CCT, art. 14 ; CEDH, art. 41 ; CADH, art. 63. Voir aussi Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AGNU, 217A (III), 10 décembre 1948, art. 8 ; et Principes fondamentaux des réparations, *op. cit.* note 51, principe IX, § 1, qui dispose :

« Le but d'une réparation adéquate, effective et rapide est de promouvoir la justice en remédiant aux violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou aux violations graves du droit international humanitaire. La réparation devrait être à la mesure de la gravité de la violation et du préjudice subi. Conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, l'État assure aux victimes la réparation des actes ou omissions qui peuvent lui être imputés et qui constituent des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire. Dans les cas où la responsabilité de la réparation incombe à une personne physique, à une personne morale ou à une autre entité, la personne ou l'entité devrait assurer réparation à la victime ou indemniser l'État lorsque celui-ci a déjà assuré réparation à la victime. »

155 Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 79, 1. Voir aussi *Ibid.*, art. 79, qui prévoit la création d'un « fonds au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour et de leurs familles » (nous soulignons).

156 Voir le commentaire sur la déclaration 3.

des Conventions de Genève, non seulement auprès des forces armées des États, mais aussi auprès des populations civiles, en particulier des civils travaillant pour une entreprise militaire et de sécurité privée. L'État territorial doit également se garder d'encourager les violations du DIH par les EMSP.

Si le DIH impose aux États d'adopter une législation pénale interne conforme à ses dispositions, en revanche cette obligation ne va pas jusqu'à imposer aux États d'adopter des mesures législatives spécifiques pour les entreprises privées, telles les EMSP, dont les activités ont des répercussions sur les personnes dans le contexte d'un conflit armé. Cependant, la législation réglementant les activités de telles entreprises est un moyen de faire respecter le DIH et l'État territorial est dans une position particulièrement favorable à cet égard puisqu'il peut adopter une législation interne limitant et contrôlant les activités des EMSP à l'intérieur de ses frontières dans le but de faire respecter le DIH. Il pourrait le faire, par exemple, en déterminant quels services peuvent ou ne peuvent pas être exécutés par des EMSP ou leur personnel et en établissant un système de licences pour les entreprises opérant sur son territoire, ou pour des services ou des contrats particuliers. Le régime de licence pourrait inclure les conditions exigées des EMSP, comme la vérification de leurs antécédents, un examen minutieux et approprié de leurs employés, une formation adéquate, un régime disciplinaire interne permettant de faire respecter le DIH, ou leur coopération à des enquêtes officielles¹⁵⁷.

Dans la mesure où il contient des détails sur l'obligation générale de respecter et de faire respecter le DIH, le commentaire de la déclaration 3 peut également être pertinent pour les États territoriaux. Le commentaire de la déclaration 11 ci-dessous, sur l'obligation de prévoir des sanctions pénales effectives en cas de violations graves, peut aussi être pertinent en l'espèce.

10. Les États territoriaux sont responsables de la mise en œuvre de leurs obligations au regard des droits de l'homme, y compris en adoptant les mesures, d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet à ces obligations. À cette fin, ils sont tenus, dans des circonstances spécifiques, de prendre les mesures appropriées pour prévenir la mauvaise conduite des EMSP et des membres de leur personnel et, le cas échéant, mener une enquête et garantir un recours effectif contre ladite mauvaise conduite.

Les États ont non seulement l'obligation de respecter les droits de l'homme, mais aussi de garantir que toutes les personnes se trouvant sur leur territoire ou relevant de leur juridiction seront protégées contre les comportements de tiers compromettant la jouissance de leurs droits fondamentaux. Les États territoriaux doivent garantir que les activités des EMSP ne porteront pas atteinte aux droits des personnes présentes sur leur territoire ou placées sous leur juridiction et, si une violation est commise, que leurs organes mèneront une enquête et offriront des recours effectifs aux victimes. La nature des services accomplis par les EMSP et leur personnel, et le contexte dans lequel elles opèrent souvent, appellent probablement des mesures spécifiques et des bonnes pratiques, comme des systèmes et procédures d'autorisation, de surveillance

157 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques 31-52.

et de contrôle des EMSP et de leur personnel, une législation sur l'usage des armes à feu, des formations adéquates et des mécanismes de responsabilité.

Par exemple, dans son *Rapport sur la sécurité des citoyens et les droits humains*, la Commission interaméricaine des droits de l'homme donne des indications sur les mesures qui devraient être mises en œuvre par les États pour garantir le respect des droits de l'homme lorsque des EMSP sont légalement autorisées à exercer leurs activités :

« Il faut souligner la nécessité que l'ordonnancement juridique interne réglemente les fonctions que les services privés de sécurité peuvent exercer ; les types d'armes et de matériels qu'ils sont autorisés à utiliser ; les mécanismes appropriés pour surveiller les activités qu'ils mènent ; l'établissement d'un registre public, et qu'il définisse un système en vertu duquel ces sociétés privées de sécurité soient requises d'informer sur leurs contrats régulièrement, expliquant en détail les activités qu'elles mènent. De même, les autorités publiques devraient exiger que ces sociétés se conforment aux conditions relatives à la sélection et à la formation des individus qu'elles engagent ; les autorités doivent spécifier quelles institutions publiques sont autorisées à émettre des certificats attestant des employés des sociétés¹⁵⁸ ».

Le commentaire de la déclaration 4, qui traite de la responsabilité des États contractants dans la mise en œuvre de leurs obligations en matière de droits de l'homme, peut également être pertinent pour les États territoriaux.

11. Les États territoriaux sont tenus de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves aux Conventions de Genève et, lorsque applicable, au Protocole additionnel I. Ils ont l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves et de déférer ces personnes à leurs propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Ils pourront aussi, s'ils le préfèrent, et selon les conditions prévues par leur propre législation, les remettre pour jugement soit à un autre État concerné, pour autant que cet État ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes, soit à un tribunal pénal international.

Comme cela est exposé dans le commentaire de la déclaration 5, les États ont l'obligation d'adopter une législation prévoyant une sanction pénale effective pour sanctionner la commission d'infractions graves aux Conventions de Genève et, lorsqu'il est applicable, au Protocole additionnel I¹⁵⁹. Ils ont également l'obligation d'enquêter, de poursuivre et de punir les auteurs de ces infractions graves. Ils peuvent choisir de remettre les suspects, selon la procédure prévue par leur droit interne, à un autre État pour qu'ils y soient jugés si cet État a engagé des poursuites contre ces personnes, ou à une juridiction pénale internationale.

158 OEA, *Rapport sur la sécurité des citoyens et les droits humains*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 57, 31 décembre 2009, par. 73.

159 CG I, art. 49 ; CG II, art. 50 ; CG III, art. 129 ; CG IV, art. 146 ; PA I, art. 86.

Dans la mesure où la territorialité est le fondement le plus commun de la compétence et où les victimes, témoins et preuves sont généralement localisés dans la zone où le crime a été commis, les États territoriaux ont un rôle important à jouer en termes de poursuites et de sanctions pénales en cas d'infraction graves. Si un État territorial n'est pas en mesure d'enquêter et de poursuivre des infractions graves en raison des hostilités en cours ou d'une situation post-confliktuelle difficile, il doit coopérer avec d'autres États revendiquant leur compétence ou avec une juridiction pénale internationale.

Le commentaire de la déclaration 5, qui traite de cette même obligation sous la perspective des États contractants, est également pertinent pour les États territoriaux.

12. Les États territoriaux sont également tenus d'enquêter sur et, comme exigé par le droit international, ou autrement si cela est approprié, de poursuivre, d'extrader ou de livrer les personnes soupçonnées d'avoir commis d'autres crimes au regard du droit international, tels que torture ou prise d'otages, conformément à leurs obligations de droit international. De telles poursuites doivent être menées en conformité avec le droit international relatif au droit à un procès équitable, en prenant garde à ce que les sanctions soient proportionnées à la gravité du crime.

Pour l'État territorial, l'obligation décrite ci-dessus signifie qu'il a une obligation d'enquêter, et le cas échéant, de poursuivre ou d'extrader les auteurs présumés de crimes internationaux commis sur son territoire ou les auteurs présumés présents sur son territoire. Dans la mesure où les victimes, témoins et preuves se trouvent généralement dans la zone où le crime a été commis, l'État territorial devrait coopérer avec les autres États enquêtant sur des crimes internationaux commis sur son territoire ou poursuivant des personnes suspectées d'en être les auteurs.

Si un État territorial envisage de conclure des accords octroyant, devant ses tribunaux, une immunité pour les employés d'EMSP agissant sur son territoire (tels que les accords sur le statut des forces armées), il doit s'assurer qu'aucune impunité ne résultera de cette immunité, c'est-à-dire qu'en pratique la commission de crimes internationaux fera effectivement l'objet d'une enquête et, le cas échéant, de poursuites, dans quelque enceinte que ce soit. Cet objectif pourrait être atteint, par exemple, en garantissant que l'État territorial conditionne la fourniture de services militaires ou de sécurité privés sur son territoire à l'existence d'une base légale permettant la poursuite dans l'État d'origine ou l'État contractant ; ou en s'assurant qu'un accord a été conclu entre les États contractant, territorial et/ou d'origine pour clarifier quel(s) État(s) fera valoir sa compétence – par exemple l'État territorial, si l'État d'origine ou l'État contractant n'a pas la capacité ou la volonté de poursuivre les crimes, ou vice-versa¹⁶⁰.

Le commentaire de la déclaration 6, qui traite de cette même obligation sous l'angle de l'État contractant, est aussi pertinent pour l'État territorial.

160 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques 51 et 52.

13. Dans les situations d'occupation, les obligations des États territoriaux sont limitées aux zones sur lesquelles ils sont en mesure d'exercer un contrôle effectif.

Les obligations internationales d'un État en situation d'occupation peuvent être limitées par la perte du contrôle effectif sur une partie de son territoire. Comme mentionné précédemment (voir le commentaire de la déclaration 1), le ou les États occupants ont des obligations spécifiques en vertu du DIH à l'égard du territoire occupé et de sa population. En outre, si la Puissance occupante doit laisser les autorités locales effectuer certaines activités dans le territoire occupé, elle demeure soumise à l'obligation de garantir que la protection conférée par le DIH à la population occupée n'en soit pas défavorablement affectée¹⁶¹.

Les Puissances occupantes peuvent avoir des obligations comparables à celles des États territoriaux. Si un territoire se trouve sous occupation, le contrôle effectif est exercé par la Puissance occupante, « l'autorité du pouvoir légal étant passé de fait entre les mains de l'occupant¹⁶² ». En vertu du droit de l'occupation, la Puissance occupante a une obligation de « prendr[e] toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics » et a un certain nombre d'obligations inhérentes à son contrôle sur le territoire¹⁶³. La Puissance occupante peut choisir de déléguer certaines activités au gouvernement local. Dans de tels cas, les obligations du gouvernement local seront proportionnelles au degré d'autorité qui lui aura été délégué¹⁶⁴. Cependant, la Puissance occupante aura toujours une responsabilité résiduelle en raison de son contrôle effectif sur le territoire occupé et conservera l'ensemble de la responsabilité vis-à-vis de ce territoire, y compris pour les compétences qu'il a transférées à l'autorité locale.

C. Les États d'origine

14. Les États d'origine sont tenus, dans les limites de leur pouvoir, de faire respecter le droit international humanitaire par les EMSP ayant leur nationalité et en particulier de :

- a) diffuser le plus largement possible le texte des Conventions de Genève et des autres normes pertinentes du droit international humanitaire parmi les EMSP et les membres de leur personnel ;

161 Dans ce cas, l'art. 17 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.* note 24, sera applicable si ses conditions sont remplies : « L'État qui donne des directives à un autre État et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable de ce fait dans le cas où : a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État ». *Ibid.*, Commentaire sur l'art. 17, par. 5 et 6.

162 Convention de la Haye IV, Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention, art. 43 ; voir aussi *ibid.*, art. 42.

163 Voir, en particulier, *ibid.*, art. 42-56, et CG IV, art. 47-78.

164 Voir, par exemple, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur*, *op. cit.* note 6, par. 162, où la CIJ rappelle dans un *obiter dictum* qu'« aussi bien Israël que la Palestine ont l'obligation de respecter de manière scrupuleuse le droit international humanitaire, dont l'un des buts principaux est de protéger la vie des personnes civiles ».

- b) **ne pas encourager ou prêter assistance à la commission de violations du droit international humanitaire par les membres du personnel d'EMSP, et prendre les mesures appropriées pour prévenir de telles violations ;**
- c) **prendre des mesures pour faire cesser les violations du droit international humanitaire commises par les membres du personnel d'EMSP par les moyens appropriés, tels que règlements militaires, ordonnances administratives et autres réglementations et, le cas échéant, sanctions administratives, disciplinaires ou judiciaires.**

Comme mentionné ci-dessus, l'obligation de faire respecter le DIH engage tous les États, y compris les États dans le ressort desquels les EMSP sont enregistrées. Comme l'a indiqué la CIJ dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridique de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* :

« Il résulte de cette disposition [l'article 1 commun] que l'obligation de chaque État partie à cette convention, qu'il soit partie ou non à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments concernés¹⁶⁵ ».

Les mesures qu'un État doit prendre pour s'acquitter de son obligation de faire respecter le DIH dépendront, en partie, de sa capacité à influencer efficacement la personne ou le groupe de personnes susceptibles de commettre des violations. La distance géographique entre l'État et les événements fait qu'il peut être plus difficile pour l'État d'origine d'empêcher effectivement les violations du DIH par une EMSP de sa nationalité¹⁶⁶. Cependant, le risque de violations du DIH devrait être un facteur d'évaluation de l'obligation de diligence raisonnable d'un État. À cet égard, en raison de la nature des services offerts par les EMSP et du fait que leurs employés portent souvent des armes et opèrent dans des situations de violence, l'État d'origine devrait prendre des mesures spécifiques pour faire respecter le DIH par les EMSP de sa nationalité. Bien sûr, comme mentionné ci-dessus, les États d'origine doivent également s'abstenir d'encourager ou de prêter assistance à la commission de violations du DIH par des EMSP ou leur personnel.

Les bonnes pratiques du Document de Montreux formulent des recommandations sur la manière dont les États d'origine peuvent prendre des mesures pour faire respecter le DIH. Par exemple, ils peuvent établir un système de licence ou de notifications pour les compagnies ou pour l'exportation de services spécifiques, imposant ainsi un certain nombre de conditions propres à contribuer au respect du DIH par les EMSP, telles les vérifications des antécédents des compagnies, une sélection appropriée des employés des EMSP, une formation adéquate, un régime disciplinaire interne qui impose le respect du DIH, ou une coopération avec les enquêtes officielles.

Le commentaire de la déclaration 3, qui traite de cette même obligation sous la perspective des États contractants, peut également être pertinent pour les États d'origine.

¹⁶⁵ *Ibid.*, par. 158.

¹⁶⁶ Voir, par analogie, CIJ, *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, *op. cit.* note 33, par. 430.

15. Les États d'origine sont responsables de la mise en œuvre de leurs obligations au regard des droits de l'homme, y compris en adoptant les mesures, d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet à ces obligations. À cette fin, ils sont tenus, dans des circonstances spécifiques, de prendre les mesures appropriées pour prévenir la mauvaise conduite des EMSP et des membres de leur personnel et, le cas échéant, mener une enquête et garantir un recours effectif contre ladite mauvaise conduite.

Bien que sa capacité d'action puisse être limitée quand une EMSP opère à l'étranger, l'État d'origine est néanmoins responsable de la mise en œuvre de ses obligations relatives aux droits de l'homme et de garantir que les activités des EMSP et leur personnel ayant sa nationalité, respectent les droits de l'homme. Déterminer les services qui peuvent être effectués par des EMSP enregistrées dans son ressort et établir des systèmes et procédures d'autorisation sont de bonnes pratiques qui peuvent, à cet égard, être mises en œuvre par les États d'origine¹⁶⁷. Les États d'origine peuvent avoir un rôle particulier à jouer en ce qui concerne les enquêtes menées sur des violations des droits de l'homme commises par des EMSP de leur nationalité et par leur personnel. Les États contractants, les États territoriaux et d'autres États peuvent demander l'assistance de l'État d'origine quand ils mènent une enquête sur la faute présumée d'une EMSP enregistrée sur son territoire. Les États d'origine devraient coopérer avec les autorités de ces États sur les questions d'intérêt commun relatives aux EMSP¹⁶⁸.

Pour ce qui est de la responsabilité et des recours pour les victimes, les États d'origine devraient établir des liens étroits entre leurs autorités délivrant des autorisations aux EMSP et leurs représentants dans les pays où ils opèrent et/ou avec les autorités des États territoriaux ou contractants. Ils devraient également prévoir des mécanismes de responsabilité, comme la responsabilité civile, et exiger que les EMSP accordent une réparation aux victimes en cas de comportement inapproprié ou illégal de la société ou de son personnel¹⁶⁹.

Le commentaire de la déclaration 4, qui traite de cette même obligation sous l'angle des États contractants, peut également être pertinent pour les États d'origine.

16. Les États d'origine sont tenus de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves aux Conventions de Genève et, lorsque applicable, au Protocole additionnel I. Ils ont l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves et de déférer ces personnes à leurs propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Ils pourront aussi, s'ils le préfèrent, et selon les conditions prévues par leur propre législation, les remettre pour jugement soit à un autre État concerné, pour autant que cet État ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes, soit à un tribunal pénal international.

167 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques 53 - 67.

168 Voir *ibid.*, deuxième partie, bonne pratique 73.

169 Voir *ibid.*, deuxième partie, bonnes pratiques 68, 70 et 72.

Comme indiqué ci-dessus (voir le commentaire de la déclaration 5), les États fondent généralement leur compétence sur les principes de territorialité, de nationalité de la victime, de nationalité de l'auteur ou sur la protection d'intérêts nationaux ou de la sécurité. La législation interne des États d'origine doit prévoir une compétence pénale pour les infractions graves du DIH qui seraient commises par le personnel des EMSP¹⁷⁰. Les États d'origine pourraient également envisager de prévoir la responsabilité pénale des personnes morales en cas d'infractions graves au DIH¹⁷¹.

À cet égard, l'obligation la plus pertinente pour les États d'origine est probablement l'obligation de rechercher les personnes suspectées d'avoir commis ou d'avoir ordonné de commettre, des infractions graves aux Conventions de Genève et de les traduire, indépendamment de leur nationalité, devant leurs propres juridictions ou de les transférer pour jugement à un autre État. Cette obligation est particulièrement utile lorsque le personnel, suspecté d'avoir commis des infractions graves au DIH à l'étranger, ou lorsque les directeurs, impliqués dans la décision ou la stratégie qui a conduit à la commission d'infractions graves, se trouvent eux-mêmes sur le territoire de l'État d'origine.

Le commentaire de la déclaration 5, qui traite de cette même obligation sous l'angle des États contractants, peut également être pertinent pour les États d'origine.

17. Les États d'origine sont également tenus d'enquêter sur et, comme exigé par le droit international, ou autrement si cela est approprié, de poursuivre, d'extraire ou de livrer les personnes soupçonnées d'avoir commis d'autres crimes au regard du droit international, tels que torture ou prise d'otages, conformément à leurs obligations de droit international. De telles poursuites doivent être menées en conformité avec le droit international relatif au droit à un procès équitable, en veillant à ce que les sanctions soient proportionnées à la gravité du crime.

Bien qu'en principe, les États d'origine n'aient pas, ou de manière limitée, d'obligations en matière de droits de l'homme à l'égard des personnes qui ne se trouvent pas sur leur territoire ou qui ne relèvent pas de leur compétence, il convient de rappeler que le droit international peut exiger qu'ils mènent une enquête et poursuivent les personnes ou entités suspectées d'avoir commis des crimes internationaux. C'est le cas, par exemple, sur le fondement de la CCT¹⁷² ou de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre la disparition forcée (CIPPDF)¹⁷³. Les États parties au Statut de Rome ont également une obligation de coopérer avec la CPI dans le cadre de ses enquêtes et de ses poursuites¹⁷⁴.

Le commentaire de la déclaration 6, qui traite de cette même obligation sous l'angle des États contractants, peut également être pertinent pour les États d'origine.

170 CG I, art. 49 ; CG II, art. 50 ; CG III, art. 129 ; CG IV, art. 146 ; PA I, art. 86, 88.

171 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, Part 2, Bonne pratique 71.

172 CCT, art. 5.

173 CIPPDF, *op. cit.* note 95, art. 9.

174 Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 86 et s.

D. Tous les autres États

18. Tous les autres États sont tenus, dans les limites de leur pouvoir, de faire respecter le droit international humanitaire. Ils sont tenus de s'abstenir d'encourager ou de prêter assistance à la commission de violations du droit international humanitaire par une partie à un conflit armé.

L'obligation, pour tous les États, de faire respecter le DIH comprend l'obligation, y compris pour les États qui ne sont pas parties à un conflit armé, de prendre toutes les mesures possibles pour garantir que les règles sont respectées par les parties au conflit. Cela est ainsi explicité dans le Commentaire des Conventions de Genève :

« si une autre Puissance manque à ses obligations, chaque Partie contractante (neutre, alliée ou ennemie) doit chercher à la ramener au respect de la Convention. Le système de protection prévu exige en effet, pour être efficace, que les États Parties à la Convention ne se bornent pas à l'appliquer, mais encore fassent tout ce qui est en leur pouvoir pour en assurer le respect universel¹⁷⁵ ».

Tous les États ont une obligation de s'abstenir d'encourager ou de prêter assistance à la commission de violations du DIH par d'autres forces armées ou groupes armés. Tous les États doivent également, s'ils ont connaissance de violations du DIH, prendre des mesures pour les faire cesser. Pour ce faire, ils disposent d'un certain nombre de moyens tels la répression des infractions graves, l'assistance mutuelle en matière pénale, les discussions diplomatiques bilatérales ou les mécanismes multilatéraux¹⁷⁶.

Les commentaires des déclarations 3, 9 et 14 qui traitent de cette même obligation sous l'angle des États contractants, territoriaux et d'origine, peuvent également être pertinents pour tous les autres États.

19. Tous les autres États sont responsables de la mise en œuvre de leurs obligations au regard des droits de l'homme, y compris en adoptant les mesures, d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet à ces obligations.

Bien que leur lien avec les activités des EMSP puisse être plus ténu et que leur capacité de prévenir, d'enquêter et d'offrir des recours contre les infractions commises par les EMSP et leur personnel, puisse être plus limitée que celles des États contractants, territoriaux ou d'origine, les autres États demeurent responsables de la mise en œuvre de leurs obligations en vertu du DIDH. Les autres États peuvent être, par exemple, des États de la nationalité des victimes, du personnel ou des dirigeants de l'EMSP ; des États sur le territoire desquels une personne suspectée d'avoir commis des crimes internationaux réside ou se cache ; ou des États dans lesquels l'EMSP possède des avoirs.

Les commentaires des déclarations 4, 10 et 15 qui traitent de cette même obligation sous l'angle des États contractants, territoriaux et d'origine, peuvent également être pertinents pour tous les autres États.

175 J. Pictet, *op. cit.* note 19, Commentaire sur l'art. 1, p. 18.

176 Par exemple, une réunion des Hautes Parties contractantes comme prévue par l'art. 7 du PA I, ou le recours à l'institution des Puissances protectrices, PA I, art. 5.

20. Tous les autres États sont tenus de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves aux Conventions de Genève et, lorsque applicable, au Protocole additionnel I. Ils ont l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves et de déférer ces personnes à leurs propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Ils pourront aussi, s'ils le préfèrent, et selon les conditions prévues par leur propre législation, les remettre pour jugement soit à un autre État concerné, pour autant que cet État ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes, soit à un tribunal pénal international.

En vertu des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I, tous les États parties ont l'obligation d'adopter une législation fixant des sanctions pénales adéquates en cas d'infractions graves¹⁷⁷. Comme mentionné ci-dessus, l'expression « tous les États » peut inclure les États de la nationalité des auteurs présumés ou les États sur le territoire desquels ils sont présents. Tous les autres États peuvent également recevoir des demandes d'extradition ou de coopération judiciaire d'un autre État ou d'une juridiction pénale internationale.

Les commentaires des déclarations 5, 11 et 16, qui traitent de cette même obligation sous l'angle des États contractants, territoriaux et d'origine, peuvent également être pertinents pour tous les autres États.

21. Tous les autres États sont également tenus d'enquêter sur et, comme exigé par le droit international, ou autrement si cela est approprié, de poursuivre, d'extrader ou de livrer les personnes soupçonnées d'avoir commis d'autres crimes au regard du droit international, tels que torture ou prise d'otages, conformément à leurs obligations de droit international. De telles poursuites doivent être menées en conformité avec le droit international relatif au droit à un procès équitable, en veillant à ce que les sanctions soient proportionnées à la gravité du crime.

Comme précisé ci-dessus (voir le commentaire de la déclaration 6), le droit international exige l'incrimination, dans l'ordre juridique interne des États, d'un certain nombre d'actes ou d'omissions. Par exemple, sur le fondement de la CCT et de la CIPPDF, chaque État partie doit prendre les mesures appropriées pour établir sa compétence à l'égard du crime de torture ou de disparition forcée, *inter alia*, lorsque l'auteur présumé est un ressortissant de cet État, lorsque la victime est un ressortissant de cet État, ou lorsque l'auteur présumé est présent sur son territoire¹⁷⁸. N'importe quel État peut être l'État de nationalité des dirigeants ou du personnel des EMSP, des victimes de crimes internationaux commis par des EMSP ou leur personnel, ou l'État dans lequel se trouve une personne suspectée d'avoir commis des crimes internationaux. Tous les États doivent remplir leur obligation d'enquêter, de poursuivre, d'extrader ou de livrer les personnes suspectées d'avoir commis des crimes internationaux en lien avec les activités d'une EMSP.

Les commentaires des déclarations 6, 12 et 17 peuvent également être pertinents pour tous les autres États.

177 CG I, art. 49 ; CG II, art. 50 ; CG III, art. 129 ; CG IV, art. 146 ; PA I, art. 86, 88.

178 CCT, art. 5 ; CIPPDF, art. 9.

E. Les EMSP et leur personnel

22. Les EMSP doivent respecter les règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme qui leur sont imposées par le droit national applicable, de même qu'elles doivent respecter toute autre législation nationale, comme le droit pénal, le droit fiscal, le droit de l'immigration, le droit du travail et les règlements spécifiques concernant les services militaires ou de sécurité privés.

Les EMSP, en tant qu'entités de droit privé, n'ont pas d'obligation en vertu des traités de DIDH ou du DIH, sauf, conformément au DIH, si elles sont parties à un conflit armé¹⁷⁹. Cependant, la législation nationale peut mettre à la charge d'entités privées, comme les EMSP, des obligations dérivées du DIH ou du DIDH. Par exemple, comme mentionné ci-dessus, le droit pénal interne de certains pays prévoit la responsabilité pénale des personnes morales pour des crimes internationaux tels que crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide¹⁸⁰ et le droit interne peut prévoir des actions civiles contre des entités privées et des individus pour violation du DIH et du DIDH.

Les EMSP sont obligées de se conformer à la législation nationale de l'État sur le territoire duquel elles conduisent leurs activités et, selon le cas, à la législation de leur État d'origine et de l'État contractant auxquels elles sont liées. Les États, qu'ils soient contractants, territoriaux ou d'origine, peuvent adopter une réglementation spécifique sur les EMSP limitant l'étendue des services que les EMSP peuvent offrir, les soumettant à un système d'autorisation ou de licence, ou réglementant l'usage et le port d'armes¹⁸¹.

23. Les membres du personnel des EMSP ont l'obligation de respecter le droit national pertinent, en particulier le droit pénal, de l'État dans lequel ils opèrent, et pour autant qu'il soit applicable, le droit de l'État dont ils ont la nationalité.

Les membres du personnel d'une EMSP, comme tout un chacun, sont obligés de respecter le droit interne de l'État sur le territoire duquel ils opèrent. S'il leur est applicable quand ils interviennent à l'étranger, ils doivent également respecter le droit interne de l'État dont ils ont la nationalité (voir les commentaires des déclarations 6 et 22). De plus, comme mentionné ci-dessus, le droit international peut exiger des États qu'ils prévoient la compétence de leurs juridictions pénales pour les crimes internationaux commis par leurs ressortissants à l'étranger.

Le fait qu'un État territorial accorde l'immunité au personnel d'une EMSP devant ses tribunaux nationaux ne décharge pas celui-ci de l'obligation de respecter le

179 Bien que ce soit un cas tout à fait exceptionnel, la possibilité pour une EMSP de devenir partie à un conflit ne peut pas être exclue. Dans un tel cas, l'EMSP sera liée par les règles de DIH. Si des EMSP prennent part aux hostilités sans faire partie des forces armées d'une partie au conflit, elles peuvent être considérées comme des groupes armés organisés si elles présentent un niveau suffisant d'organisation et de commandement et ont la capacité de mener des opérations militaires. Dans ce cas, elles seront également liées par le DIH. Pour une analyse détaillée de ces critères, voir CICR, « Comment le terme «conflit armé» est-il défini en droit international humanitaire ? », Prise de position, mars 2008 ; et TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj*, IT-03-66-t, 30 novembre 2005, par. 94-134.

180 Voir une vue d'ensemble de seize pays dans A. Ramasastry et R.C. Thompson, *op. cit.* note 82.

181 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques.

droit de cet État et de ne pas commettre de crimes internationaux. L'immunité est un privilège juridictionnel et non un blanc-seing pour commettre des crimes. Les États accordant de telles immunités devraient veiller à ce que les enquêtes soient menées, à ce que les personnes suspectées d'avoir commis un crime soient poursuivies et, le cas échéant, sanctionnées par les autorités d'autres États, par exemple l'État contractant ou l'État d'origine¹⁸².

24. Le statut des membres du personnel des EMSP est déterminé par le droit international humanitaire, au cas par cas, en particulier selon la nature et les circonstances des fonctions dans lesquelles ils sont impliqués.

Un des principes fondamentaux du DIH est le principe de distinction entre les civils et les combattants. Cette distinction est fondamentale puisque les civils doivent être protégés contre les effets des hostilités¹⁸³.

Le DIH définit les civils de manière négative : « est considérée comme civile toute personne qui n'est pas membre des forces armées¹⁸⁴. » Dans les conflits armés internationaux, l'article 4 de la troisième Convention de Genève (CG III) définit qui a droit au statut de prisonnier de guerre et l'article 43 du Protocole additionnel I fournit une définition des « combattants ». En conséquence, toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories suivantes est considérée comme un civil :

- « 1) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ;
- 2) les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :
 - a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
 - b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
 - c) de porter ouvertement les armes ;
 - d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ;
- 3) les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice ;
- ...
- 6) la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre¹⁸⁵ ».

182 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques 22, 51, 52 et 73.

183 PA I, art. 48 ; PA II, art. 13 (2) ; CICR, Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 1 (aussi applicable dans un conflit armé non international).

184 Voir PA I, art. 50 ; et CICR, Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 5.

185 Voir CG III, art. 4, A., 1), 2), 3) et 6) ; et PA I, art. 50. Voir aussi PA I, art. 43.

Les situations mentionnées aux alinéas 1 et 2 sont les plus susceptibles de s'appliquer au personnel d'une EMSP¹⁸⁶. Quand ils n'ont pas droit au statut de combattant, les membres du personnel des EMSP seront considérés comme des civils.

La détermination du statut d'une personne revêt une grande importance. En effet, seuls les combattants ont le droit de participer directement aux hostilités¹⁸⁷ ; cela signifie qu'ils sont à l'abri de poursuites judiciaires pour leur simple participation aux hostilités, aussi longtemps qu'ils ne commettent pas d'infractions graves au DIH ou de crimes internationaux. Ils ont également droit au statut de PG lorsqu'ils tombent au pouvoir de l'ennemi¹⁸⁸. En revanche, ils peuvent faire l'objet d'attaques à tout moment. Les personnes qui n'ont pas droit au statut de combattant seront considérées comme des civils et, en tant que tels, seront protégées contre les attaques directes¹⁸⁹, sauf si elles participent directement aux hostilités¹⁹⁰. Cependant, « 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 hostilités¹⁹¹ ». Les employés des EMSP ayant le statut de civils accompagnant les forces armées au sens de l'article 4, paragraphe 4, lettre A de la Convention III ont droit au statut de PG¹⁹².

Dans un conflit armé non international, il n'y a pas de statut de combattant ou de PG. Par conséquent, aux fins du principe de distinction, toutes les personnes qui ne sont pas membres des forces armées étatiques ou de groupes armés organisés d'une partie au conflit, sont des civils et ont donc droit à être protégés contre les attaques directes, sauf s'ils participent directement aux hostilités. Les membres des forces armées organisées d'une partie non étatique au conflit constituent la force armée de cette partie, laquelle se compose uniquement d'individus dont la fonction continue est de participer directement aux hostilités¹⁹³.

Le statut du personnel d'une EMSP devrait être clairement fixé avant leur mission et les membres des EMSP devraient être informés de leur statut au regard du DIH et des conséquences juridiques qui en découlent¹⁹⁴. Les membres du personnel d'une EMSP qui sont des combattants devraient être identifiables en tant que tels¹⁹⁵.

186 Sur cette question, voir, par exemple, Emanuela-Chiara Gillard, « Quand l'entreprise s'en va-t'en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 88, n° 863, 2006 ; et Lindsey Cameron, « Les entreprises militaires privées : leur statut en droit international humanitaire et l'influence de ce dernier sur leur réglementation », *Revue internationale de la Croix Rouge*, Vol. 88, n° 863, 2006.

187 PA I, art. 43, par. 2

188 Voir CG III, art. 4 ; PA I, art. 44, par. 1

189 PA I, art. 51, par. 2 ; PA II, art. 13, par. 3 ; CICR, Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 1.

190 Voir le commentaire sur la déclaration 25.

191 CICR, Guide interprétatif, *op. cit.* note 123, p. 37, Recommandation III.

192 « Les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent, celles-ci étant tenues de leur délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé », CG III, art. 4, par. 4, lettre A

193 Voir *ibid.* Voir aussi le commentaire sur la déclaration 25.

194 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques 10, 14, 30, 35, 40, 63 et 67.

195 « Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les

Bien qu'il se rapporte à un autre point de droit, à savoir la responsabilité des États, le commentaire de la déclaration 7, a) et b) peut aussi être pertinent puisqu'il traite de la question du personnel d'une EMSP ayant le statut de combattant au sens du DIH.

25. Si ce sont des personnes civiles selon le droit international humanitaire, les membres du personnel d'EMSP ne peuvent pas faire l'objet d'attaques, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.

En temps de conflit armé, les attaques ne peuvent être dirigées que contre des combattants et des objectifs militaires¹⁹⁶. Les civils ne doivent pas être l'objet d'attaques¹⁹⁷. Pour bénéficier de cette protection, les employés civils des EMSP doivent respecter une condition : ne pas participer directement aux hostilités. S'ils ne respectent pas cette condition, ils perdent leur protection contre les attaques, mais seulement pendant la durée de leur participation¹⁹⁸.

Sur la notion de participation directe aux hostilités, après six années de discussions et de recherches conduites par des experts, le CICR a publié un *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, qui vise à clarifier le sens et les conséquences de la participation directe aux hostilités au sens du DIH¹⁹⁹. Selon le Guide interprétatif, pour qu'un acte spécifique constitue une participation directe aux hostilités, trois critères cumulatifs doivent être remplis :

- « 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)²⁰⁰ ».

combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque », PA I, art. 44, par. 3. Voir aussi le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonne pratique 16.

196 PA I, art. 48.

197 *Ibid.*, art. 51.

198 *Ibid.*, art. 51, par. 3.

199 Voir CICR, Guide interprétatif, *op. cit.* note 123. Voir aussi CICR, Clarification sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire : *Compte rendu des travaux des experts (2003-2008)*, 2009, disponible sur : <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/direct-participation-article-020709.htm>.

200 Voir CICR, Guide interprétatif, *op. cit.* note 123, p. 22. Voir le Guide interprétatif pour une analyse détaillée de ces critères et de la notion de participation directe aux hostilités.

Différentes tâches effectuées par les EMSP peuvent constituer une participation directe aux hostilités. Par exemple, apporter des munitions près de la ligne de front²⁰¹, fournir un renseignement de nature tactique et directement relié aux opérations militaires :

« le fait d'empêcher l'adversaire d'utiliser à des fins militaires certains biens, équipements et parties de territoire, 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 (...), le fait de provoquer des interférences électroniques avec des réseaux informatiques militaires (...) [tels] attaques contre les réseaux informatiques ; exploitation des réseaux informatiques ; écoute clandestine des communications du haut commandement de l'adversaire ; transmission d'informations de ciblage tactique en vue d'une attaque²⁰² » peut constituer une participation directe aux hostilités.

Recruter du personnel militaire ou fournir un entraînement ou un service d'entretien des armes aux forces armées n'est pas en soi constitutif d'une participation directe aux hostilités²⁰³. Cependant, « si des personnes sont spécifiquement recrutées et entraînées pour l'exécution d'un acte hostile prédéterminé, de telles activités seront considérées comme faisant partie intégrante de cet acte et, par conséquent, équivaldront à une participation directe aux hostilités²⁰⁴ ».

Quand la tâche qu'ils accomplissent constitue une participation directe aux hostilités, les employés d'une EMSP perdront leur protection contre les attaques pendant toute la durée d'exécution de cette tâche. À cet égard, il doit être souligné que les mesures préparatoires à un acte spécifique de participation directe aux hostilités, tels le déploiement vers ou le rapatriement depuis l'emplacement de son exécution, font partie intégrante de cet acte²⁰⁵.

Le fait que l'exécution d'une tâche spécifique puisse amener le personnel d'une EMSP à participer directement aux hostilités, doit être pris en compte par l'EMSP lorsqu'elle conclut un contrat ; son personnel devrait être informé des risques et des conséquences de la participation directe aux hostilités, et être convenablement formé sur ce sujet. En outre, les tâches exécutées par les employés d'une EMSP et le lieu où ils se trouvent, peuvent les exposer à un risque accru d'être tués ou blessés incidemment, même s'ils ne participent pas directement aux hostilités²⁰⁶. À cet égard, il pourrait être recommandé qu'ils se distinguent clairement des combattants en évitant, par exemple, de porter des uniformes ressemblant à ceux des militaires²⁰⁷.

201 Voir *ibid.*, p. 56.

202 Voir *ibid.*, p. 50

203 Voir Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann, *op. cit.* note 19, art. 47, par. 1806.

204 CICR, Guide interprétatif, *op. cit.* note 123, p. 56.

205 *Ibid.*, p. 65, Recommandation VI.

206 Voir *ibid.*, p. 37, Recommandation III.

207 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonne pratique 16.

26. Les membres du personnel d'EMSP :

a) ont l'obligation, indépendamment de leur statut, de respecter le droit international humanitaire applicable ;

Le DIH est contraignant pour tous les individus dans un contexte de conflit armé. La majorité des règles sont prévues pour s'appliquer aux parties à un conflit et aux membres de leurs forces armées. Cependant, les civils doivent également respecter le DIH quand leurs actes sont liés aux hostilités. En outre, le statut de civil ou de combattant d'une personne n'a aucun effet sur sa responsabilité pénale en ce qui concerne les crimes de guerre²⁰⁸. Les membres du personnel d'EMSP devraient être conscients de leurs droits et obligations en vertu du DIH et convenablement formés à cet égard.

b) sont protégés en tant que personnes civiles selon le droit international humanitaire, à moins qu'ils ne soient incorporés dans les forces armées régulières d'un État ou qu'ils ne soient membres de forces, groupes ou unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable devant l'État ; ou qu'ils ne perdent autrement leur protection, dans la mesure déterminée par le droit international humanitaire ;

Comme mentionné ci-dessus, en DIH, les civils sont des personnes qui ne sont pas membres des forces armées d'une partie à un conflit²⁰⁹. Dans un conflit armé international, les employés des EMSP sont des civils sauf s'ils sont incorporés dans les forces armées d'un État ou s'ils peuvent être considérés comme membres des forces, groupes ou unités armés qui sont placés sous le commandement responsable d'une partie au conflit (article 43 du PA I)²¹⁰. Les employés des EMSP qui ont le statut de civil accompagnant les forces armées sont aussi des civils²¹¹ (voir les commentaires des déclarations 8 et 24).

Le personnel d'une EMSP qui n'a pas le statut de combattant sera protégé contre les attaques sauf s'il participe directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation (voir les commentaires des déclarations 24 et 25). Cependant, le statut d'un civil ne change pas si il ou elle, participe directement aux hostilités. Si les civils participent directement aux hostilités, ils perdent leur protection contre les attaques durant leur participation²¹², mais ils ne deviennent pas combattants pour autant.

Pendant un conflit armé non international, comme le statut de combattant n'existe pas, les membres du personnel d'EMSP seront des civils protégés contre les attaques, à moins qu'ils ne participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Aux fins du principe de distinction, les membres du personnel des EMSP travaillant pour un groupe armé organisé appartenant à une partie non étatique à un conflit et ayant une fonction de combat continue, devraient

208 Voir Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), *Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire n° TPIR-96-4-A, Arrêt (Chambre d'appel), 1^{er} juin 2001, par. 443 et 444.

209 Voir PA I, art. 50 ; et CICR, *Étude sur le droit coutumier*, *op. cit.* note 13, Règle 5.

210 Voir E.-C. Gillard, *op. cit.* note 186, pp. 532-541.

211 CG III, art. 4, A, 4).

212 PA I, art. 51, 3).

être considérés comme des membres des forces armées de cette partie non étatique et perdront leur protection contre les attaques directes pendant la durée de l'exercice de cette fonction²¹³.

c) ont droit au statut de prisonnier de guerre dans un conflit armé international s'ils sont des personnes qui suivent les forces armées en remplissant les conditions de l'article 4 a) 4) de la troisième Convention de Genève ;

Le statut de PG est accordé à certaines catégories de personnes pendant un conflit armé international lorsqu'elles tombent aux mains d'un ennemi. Les combattants ont droit au statut de PG. Généralement les civils n'y ont pas droit, sauf quand ils accompagnent les forces armées d'une partie au conflit et qu'ils remplissent les exigences de l'article 4, A, 4) de la CG III²¹⁴.

Cependant, comme précisé dans le commentaire de la Convention III, la possession d'une carte n'est pas une condition *sine qua non* du droit au traitement de prisonnier de guerre, mais plutôt une sauvegarde supplémentaire²¹⁵.

Aux termes de l'article 4, A) 5) de la Convention III, « les membres des équipages, y compris les commandants, pilotes et apprentis, de la marine marchande et les équipages de l'aviation civile des Parties au conflit qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu d'autres dispositions du droit international » seront aussi bénéficiaires du statut de PG. Les employés des EMSP qui peuvent prétendre au statut de PG devront être traités conformément aux exigences de la Convention III.

Les PG qui ont le statut de combattant ne peuvent pas être poursuivis pour avoir participé directement aux hostilités. Toutefois, la Puissance détentrice peut les poursuivre pour d'éventuels crimes de guerre ou d'autres crimes internationaux. Leur détention n'est pas l'expression d'une punition, mais vise plutôt à les empêcher de participer à nouveau au conflit. Cependant, il convient de rappeler que les civils (y compris ceux bénéficiant du statut de PG sur le fondement de l'article 4 A, 4 et 5) ne bénéficient pas du privilège du combattant (autrement dit, avoir le droit de participer directement aux hostilités). Par conséquent, ils ne bénéficient pas d'une immunité contre les poursuites internes pour des actes de guerre licites, c'est-à-dire, pour avoir participé directement aux hostilités dans le respect du DIH²¹⁶.

d) doivent respecter, dans la mesure où ils exercent des prérogatives de puissance publique, les obligations de l'État au regard des droits de l'homme ;

Dans l'exécution de leurs tâches, les employés des EMSP qui exercent une prérogative de puissance publique, de même que ceux agissant comme agents de l'État, doivent se conformer aux obligations de l'État au regard du DIDH. Ils devraient être pleinement conscients des obligations internationales de l'État au nom duquel ils effectuent leurs tâches et avoir reçu une formation adéquate à cet effet. En outre, le droit interne peut

213 Voir les commentaires des déclarations 24 et 25 ; et Guide interprétatif du CICR, II^e partie, Recommandations et Commentaires, *op. cit.* note 123, p. 27.

214 *Op. cit.* note 192. Pour le modèle de carte d'identité : <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=4946170FCA7C6F87C12563140043A9C0&action=openDocument>.

215 J. Pictet, *op. cit.* note 19, p. 65, Commentaire sur l'art. 4, A, 4).

216 Voir CICR, Guide interprétatif, *op. cit.* note 123, p. 39, Recommandation III, et p. 86, Recommandation X.

directement imposer des obligations de DIDH au personnel des EMSP exerçant une autorité gouvernementale²¹⁷.

Comme ils traitent de questions connexes, les commentaires des déclarations 4, 7, c), 8, 10, 15 et 19 peuvent aussi être pertinents.

e) sont passibles de poursuites s'ils commettent des actes reconnus comme des crimes par le droit national applicable ou le droit international.

Les employés des EMSP sont obligés de se conformer au droit interne de l'État territorial, contractant ou d'origine, ou de tout État quand il est applicable. Le droit international établit une responsabilité pénale individuelle pour de nombreux actes, y compris les crimes de guerre, crimes de génocide ou crimes contre l'humanité.

L'implication d'un individu dans la commission d'un crime peut prendre différentes formes. Par exemple, l'article 25 du Statut de Rome instituant la CPI prévoit la responsabilité pénale individuelle dans les cas où une personne commet un crime, ordonne, sollicite ou incite à sa commission, aide, encourage ou assiste autrement à sa commission, contribue par tout autre moyen à la commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant avec un but commun, ou tente de commettre un tel crime. La responsabilité pénale individuelle peut ainsi couvrir un large éventail de comportements²¹⁸.

De plus, il peut être appelé que seuls les combattants ont le droit de participer directement aux hostilités et peuvent bénéficier de l'immunité contre les poursuites internes pour des actes conformes au DIH, mais susceptibles de constituer des crimes sur le fondement du droit pénal interne. Les civils ne bénéficient pas d'une telle immunité et peuvent être poursuivis pour tous les actes constitutifs d'un crime qu'ils commettent : meurtre, homicide, agression, préjudice corporel, actes de négligence, etc. Par conséquent, les employés des EMSP ayant un statut de civil dans un conflit armé international, ou travaillant dans un contexte de conflit armé non international, sont passibles de poursuites pénales internes pour des actes par ailleurs licites en DIH.

Comme mentionné, les États accordant une immunité au personnel des EMSP devant leurs juridictions nationales, doivent garantir qu'une enquête sera menée et que les personnes suspectées d'avoir commis un crime seront poursuivies et, le cas échéant, punies par les autorités d'un ou d'autres États²¹⁹.

Dans la mesure où il traite de questions connexes, il est aussi possible de se référer au commentaire de la déclaration 23.

217 Voir, sur ce sujet, Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 460–499. Voir aussi *Kadic c. Karadzic*, *op. cit.* note 56, et *Ibrahim c. Titan Corp.*, 391 F. Suppl. 2d 10 (D.D.C. 2005), par. 14 ; et Cour administrative d'Appel de Bordeaux, *Société nationale des chemins de fer c. MM. Georges Lipietz et S.*, n° 06BX01570, 27 mars 2007 (confirmé par le Conseil d'État en décembre 2007 : *MM. Georges Lipietz et S. c. Société nationale des chemins de fer*).

218 Sur cette question, voir, par exemple, Chia Lehnardt, « Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law », *European Journal of International Law*, Vol. 19, n° 5, 2008 ; Hans Vest, « Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, n° 3, 2010 ; et Norman Farrell, « Attributing Criminal Liability to Corporate Actors : Some Lessons from International Tribunals », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, n° 3, 2010.

219 Voir le Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques 22, 51, 52 et 73.

F. Responsabilité du supérieur hiérarchique

27. Les supérieurs hiérarchiques des membres du personnel de l'EMSP, tels que :

- a) les fonctionnaires gouvernementaux, qu'ils soient chefs militaires ou supérieurs hiérarchiques civils, ou
- b) les administrateurs et les gérants de l'EMSP, peuvent être tenus responsables des crimes de droit international commis par les membres du personnel de l'EMSP sous leur autorité et contrôle effectifs, lorsqu'ils n'ont pas exercé sur eux le contrôle qui convenait, conformément aux règles du droit international. La responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas engagée uniquement en vertu d'un contrat.

La responsabilité des chefs militaires pour des crimes de guerres commis par leurs subordonnés, fondée sur le manquement du chef à prendre des mesures pour empêcher ou punir la commission de tels crimes, est une règle établie de longue date en DIH²²⁰. C'est également une règle de droit coutumier dans les conflits armés internationaux et non internationaux²²¹.

La responsabilité pour manquement au devoir d'agir (omission) est étroitement liée à l'obligation pour les chefs militaires de prendre toutes les mesures nécessaires et raisonnables en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer la commission de violations ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites²²². Si certains aspects de la responsabilité du supérieur hiérarchique sont encore en cours d'examen par les juridictions internationales, la jurisprudence a clarifié d'importants éléments de la responsabilité du supérieur.

Premièrement, « un commandant (...) est celui qui détient le pouvoir ou l'autorité, *de jure* ou *de facto*, d'empêcher [son] subordonné de commettre un crime ou de l'en punir après coup²²³ ». Pour établir la responsabilité du supérieur, le test standard est celui du contrôle effectif : « aussi longtemps que le commandant exerce un contrôle effectif sur [ses] subordonnés, et dans la mesure où il peut les empêcher

220 PA I, art. 86, 2. ; Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, 25 mai 1993, Doc. NU S/RES/827 (Statut du TPIY), art. 7, 3) ; Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, 8 novembre 1994, Doc. NU, S/ RES/955 (Statut du TPIR), art. 6, 3) ; Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 28. Voir aussi Tribunal militaire international de Nuremberg (TMI Nuremberg), *États-Unis c. Wilhelm von Leeb et al.* (procès du Haut-Commandement), Affaire n° 12, arrêt, 30 décembre 1947-28 octobre 1948, et l'affaire List (procès des otages), arrêt, 8 juillet 1947-28 octobre 1948 ; Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (TMI Tokyo), *Affaire des grands criminels de guerre*, arrêt, 4-12 novembre 1948 ; TPIY, *Procureur c. Delalić*, Affaire n° IT-96-21-A, Arrêt (Chambre d'appel), 20 février 2001, par. 189-198 et 222-241 ; et TPIR, *Procureur c. Bagilishema*, Affaire n° TPIR-95-1A, arrêt (chambre d'appel, motifs), 3 juillet 2002, par. 24-62.

221 Voir ICRC, Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, Règle 153.

222 Voir PA I, art. 87 ; et le Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 28, a), ii).

223 TPIY, *Procureur c. Delalić*, *op. cit.* note 220, par.192.

de commettre des crimes ou les en punir après coup, il peut être tenu responsable de ces crimes s'il n'use pas de ses moyens de contrôle²²⁴ ».

Deuxièmement, les commandants pourront voir leur responsabilité pénale individuelle engagée pour des actes commis par leurs subordonnés s'ils savaient ou avaient des raisons de savoir l'existence de ces actes²²⁵, par exemple, s'ils avaient une information qui les auraient avisés de possibles actes illicites commis par leurs subordonnés²²⁶. Le Statut de Rome instituant la CPI prévoit une *mens rea* légèrement différente en exigeant qu'il soit prouvé que le commandant savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que les forces commettaient ou étaient sur le point de commettre un crime.

La responsabilité des supérieurs hiérarchiques concerne non seulement les chefs militaires, mais également les **supérieurs civils**²²⁷. Ainsi, les dirigeants civils de l'État ou d'autres entités, y compris des entreprises²²⁸, peuvent être tenus pénalement responsables sur le fondement de cette règle. C'est aussi une règle de droit coutumier dans les conflits internationaux et non internationaux²²⁹.

L'étendue de la responsabilité des supérieurs civils n'est pas encore définitivement fixée. Le TPIY et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) ont appliqué le test du contrôle effectif et l'exigence de la *mens rea*, que le supérieur soit un commandant militaire ou civil²³⁰. Ainsi, le TPIR a retenu la responsabilité du directeur d'une usine de thé, en tant que supérieur hiérarchique, pour le comportement de ses employés parce qu'il exerçait *de jure* une autorité sur ses employés en ce qu'il « exerçait un contrôle juridique et financier sur ses employés, particulièrement grâce au pouvoir qu'il avait de recruter et de licencier les employés de l'usine à thé²³¹ ».

224 *Ibid.*, par.198.

225 *Ibid.*, par.239.

226 *Ibid.*, par. 216–240.

227 Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 28, b) ; Statut du TPIY, *op. cit.* note 220, art. 7, 3) ; Statut du TPIR, *op. cit.* note 220, art. 6, 3) ; TPIR, *Procureur c. Akayesu*, Affaire n° TPIR-96-4, Arrêt (chambre de première instance), 2 septembre 1998, par. 490–449 ; TPIY, *Procureur c. Delalić*, *op. cit.* note 220, par. 196.

228 Voir, par exemple, TPIR, *Procureur c. Musema*, Affaire n° TPIR-96-13-T, Arrêt (chambre de première instance), 27 janvier 2000.

229 Voir CICR Étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 13, commentaires sur la Règle 153 :

« (i) *L'autorité civile de commandement*. Outre le personnel militaire, des civils peuvent aussi être responsables de crimes de guerre sur la base du principe de la responsabilité des supérieurs. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dans l'affaire Akayesu en 1998 comme dans l'affaire Kayishema et Ruzindana en 1999, ainsi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire Delalić en 1998, ont adopté ce principe, qui est aussi contenu dans le Statut de la Cour pénale internationale. Les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone parlent, en termes généraux, de "supérieur", de même que de nombreux manuels militaires et législations nationales. »

230 Voir, par exemple, TPIR, *Procureur c. Bagilishema*, Affaire n° TPIR-95-1A, Arrêt (Chambre d'appel), 3 juillet 2002, par. 50.

231 Voir *Procureur c. Musema*, *op. cit.* note 228, par. 880 :

« La chambre relève qu'en vertu de ces pouvoirs, il était loisible à Musema de prendre les mesures appropriées à l'encontre d'un employé, telles que le licenciement ou la menace de licenciement de son poste à l'usine à thé, s'il s'avérait que celui-ci était l'auteur d'actes visés par le Statut. La chambre considère également qu'en vertu de ses pouvoirs, il était loisible à Musema de prendre les mesures nécessaires pour essayer d'empêcher l'utilisation des véhicules, des uniformes ou des autres biens de l'usine à thé aux fins de la commission de tels actes ou de punir toute personne qui en ferait un tel usage. »

Le Statut de Rome limite la responsabilité des supérieurs hiérarchiques civils aux activités des subordonnés « relevant de [leur] responsabilité et de [leur] contrôle effectifs²³² », une exigence qui n'existe pas pour les chefs militaires qui, par la nature des structures militaires, ont un contrôle plus strict sur leurs troupes (comme un système disciplinaire plus strict à leur disposition) que celui que les supérieurs hiérarchiques civils ont sur leur subordonnés.

En outre, le Statut de Rome fixe un seuil de *mens rea* plus élevé pour les supérieurs hiérarchiques civils que pour les chefs militaires. Alors que la responsabilité du chef militaire est établie dès lors qu'il « savait (...) ou aurait dû savoir que [ses subordonnés] commettaient ou allaient commettre [des] crimes »²³³, la responsabilité du supérieur hiérarchique est établie s'il « savait (...) ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement²³⁴ ». En d'autres termes, le supérieur hiérarchique civil doit avoir été « délibérément aveugle » face à l'information qui était mise à sa disposition²³⁵.

En raison du fait que les EMSP peuvent être amenées à travailler en étroite collaboration avec des unités militaires ou avec des groupes armés organisés, ou en raison de la nature de leurs activités, on ne peut exclure la possibilité qu'un de leurs employés soit tenu pour responsable, en tant que chef militaire, même si cette personne dispose d'un statut de civil en vertu du DIH.

En effet, l'article 28, a) du Statut de Rome ne se réfère pas seulement aux chefs militaires mais aussi aux personnes « faisant effectivement fonction de chef militaire²³⁶ ». Par conséquent, malgré leur statut de civil et le fait qu'ils travaillent pour une société privée, les membres du personnel des EMSP pourraient, dans certaines circonstances, être tenus pénalement responsables en vertu des règles applicables aux chefs militaires²³⁷.

Voir aussi TPIY, *Procureur c. Aleksovski*, Affaire n° IT-95-14/1-T, Jugement de première instance 25 juin 1999, par. 78 :

« La Chambre considère, par conséquent, qu'il n'est pas indispensable que le supérieur ait eu la capacité, *de jure* ou *de facto*, de prendre lui-même des sanctions. La simple possibilité de transmettre des rapports aux autorités suffit, dès lors que l'autorité civile, de par sa position dans la structure hiérarchique, est supposée agir de la sorte lorsque des exactions sont commises et que, compte tenu de cette position, la probabilité que ces rapports déclenchent l'ouverture d'une enquête ou l'imposition de mesures disciplinaires, voire pénales, est élevée ».

232 Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 28, b), ii).

233 *Ibid.*, art. 28, a), i).

234 *Ibid.*, art. 28, b), i).

235 Kai Ambos, « Superior Responsibility », in Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones (Dir. Pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, p. 870.

236 Sur cette notion, voir CPI, *Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, affaire n° ICC-01/05-01/08, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo (Chambre préliminaire II), par. 408-410.

237 Voir Roberta Arnold et Otto Triffterer, « Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors », in Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2^e éd., C. H. Beck Hart Nomos, Munich, 2008. Sur les exigences relatives à la structure militaire et à la hiérarchie, voir TPIY, *Procureur c. Mucic et consorts*, Affaire n° IT-96-21-A, Arrêt (Chambre d'appel), 20 février 2001, par.193.

La responsabilité du supérieur hiérarchique pour d'autres crimes en droit international : la responsabilité du supérieur hiérarchique est également prévue pour d'autres crimes en droit international, tels les crimes contre l'humanité et le crime de génocide²³⁸. Mais, par ailleurs, un doute subsiste quant au point de savoir si, et dans quelle mesure, le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'applique, en droit international, à d'autres crimes. Alors qu'il n'est pas inscrit dans la Convention (CCT), le Comité contre la torture a considéré que les supérieurs hiérarchiques sont responsables « lorsqu'ils savaient ou auraient dû savoir que [leurs subordonnés] commettaient, ou étaient susceptibles de commettre, ces actes inadmissibles et qu'ils n'ont pas pris les mesures de prévention raisonnables qui s'imposaient²³⁹ ». La CIPPDF consacre le principe de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques en son article 6. Naturellement, le droit international n'interdit pas aux États d'adopter des règles relatives à la responsabilité du supérieur hiérarchique pour d'autres crimes. En effet, ceci peut être une manière pour les États de promouvoir et de faire respecter le DIH et le DIDH par le personnel des EMSP.

238 Statut du TPIY, *op. cit.* note 220, art. 4, 5 et 7, 3) ; Statut du TPIR, *op. cit.* note 220, art. 2, 3 et 6, 3) ; et Statut de Rome, *op. cit.* note 93, art. 6, 7 et 28.

239 Comité contre la torture, Observation générale 2, mise en œuvre de l'article 2 par les États parties, Doc. NU, CAT/C/GC/CRP.1/Rec.4, 23 novembre 2007, par. 26 ; voir, de la même manière, *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 767, par. 776–778 (9th Cir. 1996).