

Together for humanity
Ensemble pour l'humanité
Juntos por la humanidad
معاً من أجل الإنسانية



30IC/07/8.4
Original: anglais

**XXX^e CONFÉRENCE INTERNATIONALE
DE LA CROIX-ROUGE ET DU CROISSANT-ROUGE**

Genève, Suisse
26-30 novembre 2007

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

Document préparé par le Comité international de la Croix-Rouge

Genève, octobre 2007

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

TABLE DES MATIÈRES

- I. Introduction**
- II. Le DIH et le terrorisme**
- III. Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement ou la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence**
- IV. La conduite des hostilités**
 - 1. Généralités, notamment la guerre asymétrique**
 - 2. La notion de « participation directe aux hostilités »**
 - 3. Réglementer l'emploi des armes à dispersion**
- V. Les conflits armés non internationaux**
- VI. Réglementer les compagnies militaires ou de sécurité privées**
- VII. L'occupation et autres formes d'administration d'un territoire étranger**
- VIII. Renforcer le respect du DIH : le rôle des sanctions**

Annexes :

- 1) *Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement / la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence*
- 2) *Ordre du jour de la XXX^e Table ronde de San Remo sur « La conduite des hostilités : revisiter le droit des conflits armés 100 ans après les Conventions de La Haye de 1907 et 30 ans après les Protocoles additionnels de 1977 »*
- 3) *Renforcer le respect du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*

Résumé

Ce rapport a pour but de susciter la réflexion et le débat sur un certain nombre de défis d'actualité dans le domaine du droit international humanitaire (DIH), retenus par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), et d'esquisser des perspectives d'actions du CICR pour clarifier et développer le DIH. Ce rapport assure le suivi de plusieurs questions spécifiques soulevées dans un rapport précédent sur le même sujet, qui a été présenté à la XXVIII^e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en 2003, et donne une vue d'ensemble des nouvelles questions qui se dessinent et méritent d'être discutées. S'il est vrai que ce rapport a été essentiellement rédigé comme document de base pour la XXX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, le CICR espère qu'il pourra également intéresser un public plus vaste.

L'**introduction** décrit le contexte général dans lequel le rapport a été écrit et les éléments sur lesquels il repose.

Au cours des années qui ont suivi la XXVIII^e Conférence internationale, la relation entre conflits armés et actes de terrorisme, et le rôle du DIH en la matière, ont continué à susciter d'importants débats, tant parmi les spécialistes que dans un public plus vaste. Le besoin de procéder à un nouvel examen de la pertinence du DIH en matière de terrorisme est souvent mentionné, sans toutefois faire référence à des déficiences spécifiques de cette branche du droit. Le chapitre II de ce rapport, **le DIH et le terrorisme**, présente différents défis liés au DIH et aux actes terroristes, la question de la définition de la lutte contre le terrorisme en termes juridiques et le statut de diverses personnes dans ce contexte. Il explique les analyses juridiques actuelles du CICR sur ces questions, en soulignant que le DIH dans son ensemble est pertinent. Néanmoins, le rapport reconnaît que les actes de terrorisme posent des défis juridiques spécifiques et conclut que la lutte contre le terrorisme exige l'application d'un ensemble de mesures, notamment en matière d'investigation, de diplomatie, de finance, d'économie, de droit et d'éducation, couvrant tous les contextes, en temps de paix comme en temps de conflit armé, et que le DIH ne saurait être le seul outil juridique de référence dans un engagement aussi complexe.

Le chapitre III est axé sur une question qui fait l'objet d'une attention particulière en matière de lutte contre le terrorisme, à savoir les **principes en matière de procédure et les mesures de protection pour l'internement ou la détention administrative**. Cette question est cependant de portée bien plus vaste et mérite des explications plus complètes concernant tous les conflits armés et autres situations de violence. En 2005, le CICR a établi des lignes directrices qui traduisent sa position institutionnelle à ce sujet (Annexe 1).

Le chapitre IV, **La conduite des hostilités**, est divisé en trois sections. Il commence par réaffirmer le point de vue du CICR selon lequel le cadre juridique existant, constitué par le droit des traités et le droit international coutumier, est, dans l'ensemble, approprié pour faire face aux conflits armés d'aujourd'hui. Il reconnaît cependant que les règles tirées des traités ou du droit coutumier, qui, selon le rapport de 2003 du CICR avaient besoin d'être clarifiées, sont probablement encore plus difficiles à appliquer concrètement aujourd'hui, dans un contexte qui se caractérise de plus en plus par la guerre asymétrique (à cause notamment de l'engagement croissant des groupes armés non étatiques) et par la guerre urbaine. Il conclut qu'il n'est pas possible, à priori, de résoudre ces difficultés en développant le droit des traités. Dans de telles situations, ce ne sont généralement pas les règles qui font défaut, mais la volonté (ou parfois la capacité) des parties à un conflit armé – et de la communauté internationale – de les mettre un œuvre, notamment par le biais du droit pénal.

Dans la deuxième section de ce chapitre, nous proposons une information complémentaire sur le suivi des réunions d'experts tenues par le CICR et l'Institut TMC Asser, dont le but est de proposer une interprétation cohérente de la notion de **participation directe aux hostilités** selon le DIH.

La troisième section est axée sur le coût humain de l'emploi des **armes à dispersion** et les défis posés par ces armes, sur le plan juridique, à certaines règles de base sur la conduite des hostilités (le principe de distinction, l'interdiction des attaques indiscriminées, la proportionnalité dans les attaques et les précautions possibles). De l'avis du CICR, il y a de solides arguments en faveur de l'élaboration de règles spécifiques destinées à réglementer l'usage de telles armes, notamment les caractéristiques propres aux armes à dispersion, l'histoire des souffrances causées par ces armes et le fait que les règles générales du DIH sur les méthodes et moyens de guerre ont un effet plutôt limité pour empêcher que ces armes causent des problèmes graves pendant et après un conflit armé.

La majorité des conflits armés contemporains ne présentent pas un caractère international. La vie journalière de nombreux civils pris dans ces conflits est synonyme de crainte et de souffrance extrême. L'ampleur que prend la souffrance humaine dans de telles situations est très préoccupante pour l'action du CICR. Le renforcement de la protection des personnes touchées par les conflits armés non internationaux constitue donc une priorité majeure du CICR. Le chapitre V, **Les conflits armés non internationaux**, expose la pensée juridique du CICR suite à la publication de son étude sur le droit international humanitaire coutumier en 2005. Cette étude montre que de nombreuses règles naguère applicables aux conflits armés internationaux sont désormais contraignantes en tant que droit coutumier dans les conflits armés non internationaux. Malgré l'évolution du droit international coutumier depuis l'adoption du Protocole additionnel II en 1977, un certain nombre de défis significatifs sont encore à relever. Certains d'entre eux sont décrits dans le présent rapport. En outre, la question du respect du DIH dans les conflits armés non internationaux reste une préoccupation majeure pour le CICR. Le travail réalisé à ce sujet depuis 2003 est résumé dans cette section (voir aussi l'annexe 3).

Depuis quelques années, un nombre croissant de tâches, traditionnellement effectuées en temps de guerre par les forces armées ou de sécurité officielles des États, sont sous-traitées à des compagnies militaires ou de sécurité privées. Si la présence de ces compagnies dans des situations de conflit n'est pas nouvelle, leur nombre a augmenté et, surtout, la nature de leurs activités a changé. Le chapitre VI, **Réglementer les compagnies militaires ou de sécurité privées**, explique que le CICR s'intéresse moins à participer au débat sur la légitimité de faire appel à des compagnies privées dans les conflits armés qu'à trouver des moyens de faire en sorte que ces compagnies respectent mieux le DIH. Ainsi, ce chapitre se concentre sur les obligations de ces compagnies et des États, notamment en matière de DIH, et décrit les objectifs d'une initiative conçue par le gouvernement suisse, en coopération avec le CICR, visant à encourager les compagnies militaires ou de sécurité privées, qui opèrent en situation de conflit, à respecter le DIH et le droit international des droits de l'homme. L'initiative a été lancée en 2006.

D'aucuns considèrent que le droit de l'occupation est actuellement inadapté à la complexité des situations auxquelles il est applicable, car ils estiment qu'il ne tient pas assez compte de l'évolution des droits de l'homme et que certaines de ses règles constituent un obstacle à « l'occupation à des fins de transformation » (*transformative occupation*). De plus, des expériences récentes ont montré qu'il était nécessaire de définir clairement le cadre juridique régissant l'administration d'un territoire par une force multinationale ou par une administration civile internationale et d'analyser la pertinence du DIH et du droit de l'occupation dans ce contexte. Le chapitre VII, **L'occupation et autres formes d'administration d'un territoire étranger** traite de ces questions et d'autres sujets connexes.

Une meilleure mise en œuvre du DIH, aussi bien en temps de paix qu'en cas de conflit armé, reste une priorité permanente pour le CICR. Le chapitre VIII, **Renforcer le respect du DIH : le rôle des sanctions**, est axé sur une initiative prise par le CICR pour étudier le rôle des sanctions et leur effet dissuasif sur les auteurs de violations graves du DIH, la nature et les caractéristiques de ces sanctions, ainsi que le contexte dans lequel elles sont appliquées.

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

I. INTRODUCTION

Ce document est le deuxième rapport sur « Le droit international humanitaire (DIH) et les défis posés par les conflits armés contemporains », qui a été préparé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pour une Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Au cours des années qui ont suivi la présentation du premier rapport à la XXVIII^e Conférence internationale en décembre 2003, la réalité journalière des conflits armés n'a, bien entendu, pas changé. Étant donné qu'une description réelle des divers conflits armés qui ravagent aujourd'hui le monde dépasse les limites de ce rapport, nous nous contenterons d'affirmer que la guerre continue, inexorablement, à entraîner la mort, la destruction, la souffrance et des dommages de toutes sortes.

Aujourd'hui, les civils continuent à être frappés de plein fouet par les conflits armés. Ils restent les principales victimes des violations du DIH commises par les forces gouvernementales et les groupes armés non étatiques. Les attaques délibérées contre les civils, le déplacement forcé de populations, la destruction d'infrastructures vitales pour la population civile et de biens de caractère civil, ne sont que quelques exemples d'actes interdits qui sont perpétrés régulièrement. Les personnes civiles sont aussi victimes de violations du droit telles que le meurtre, la disparition forcée, la torture, les traitements cruels et les outrages à la dignité personnelle, le viol et les autres formes de violence sexuelle. Ils sont utilisés comme boucliers humains. Les personnes détenues en raison d'un conflit armé sont privées de leurs droits fondamentaux, notamment de conditions de détention et de traitement appropriés, de garanties procédurales destinées à prévenir la détention arbitraire et du droit à un procès équitable. Le personnel médical et les travailleurs humanitaires sont également victimes de violations du DIH. Dans de nombreux cas, les organisations humanitaires sont empêchées de mener à bien leurs activités ou gênées dans leur effort de travailler avec efficacité. Cela aggrave encore les souffrances des personnes qui devraient bénéficier de l'assistance et de la protection de ces organisations. En outre, les attaques contre les journalistes et autres membres des médias sont une source de préoccupation croissante.

Si les souffrances infligées par la guerre n'ont pas changé, ces quatre dernières années ont été caractérisées par une meilleure sensibilisation de l'opinion publique au DIH et à ses règles fondamentales – et, par conséquent, aux actes qui constituent des violations de ces règles. Les principes et les normes du DIH sont non seulement le centre d'intérêt des débats d'experts habituels, mais font de plus en plus l'objet d'un examen approfondi et complet de la part des gouvernements, des milieux universitaires et des médias. Il convient de saluer et d'encourager la croissance de l'intérêt pour le DIH et l'augmentation de la sensibilisation à cette branche du droit, en se rappelant que la connaissance de tout ensemble de règles est une condition nécessaire à sa mise en œuvre. De plus, les Conventions de Genève de 1949 sont devenues universelles, ce qui les rend juridiquement contraignantes envers tous les pays du monde. Nous espérons que l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, publiée en 2005, contribuera aussi à mieux faire connaître les règles qui régissent tous les types de conflits armés.

Le fait que l'on peut dire que le DIH s'est étendu au delà des milieux d'experts pour entrer pleinement dans le domaine public signifie, cependant, qu'il existe un risque croissant que l'interprétation et la mise en œuvre de ses règles soient politisées. Les quatre dernières

années ont donné des preuves de cette tendance générale. Parfois, des États ont nié l'applicabilité du DIH à certaines situations, même si les faits sur le terrain indiquaient clairement qu'il s'agissait d'un conflit armé. Dans d'autres cas, des États ont tenté d'élargir le champ d'application du DIH pour inclure des situations qui ne pouvaient pas, en se basant sur les faits, être considérées comme des conflits armés. Outre les controverses sur la question de la définition juridique d'une situation de violence, dans certains cas, on ne peut parler que de mauvaises interprétations opportunistes de certaines règles juridiques spécifiques qui sont bien établies. La tendance de certains acteurs à mettre en avant des violations prétendument perpétrées par d'autres, sans montrer aucune volonté de reconnaître celles qu'ils commettent eux-mêmes, a aussi porté préjudice à l'application adéquate du DIH.

Il faut souligner que la politisation du DIH l'emporte sur le but même de cet ensemble de règles. Les principaux bénéficiaires du DIH sont les civils et les personnes hors de combat. L'édifice même du DIH est fondé sur l'idée selon laquelle certaines catégories de personnes doivent être protégées autant que possible contre les effets de la violence, quelle que soit la partie au conflit à laquelle elles appartiennent, et indépendamment des raisons avancées pour justifier le conflit armé. La non application ou l'application sélective du DIH, ou la mauvaise interprétation de ses règles à des fins internes ou politiques, peuvent avoir, et ont même inévitablement des conséquences directes sur la vie et les moyens d'existence des personnes qui ne participent pas ou ne participent plus aux hostilités. Une approche fragmentaire du DIH est en contradiction avec le principe fondamental d'humanité, qui doit s'appliquer de la même façon à toutes les victimes des conflits armés, s'il veut garder sa signification propre. Les parties aux conflits armés ne doivent pas oublier que, du fait de la logique même du DIH, des interprétations politisées ou biaisées du droit n'ont pas seulement un impact sur la seule partie adverse. Souvent, après quelques temps, on voit ses propres civils et combattants détenus exposés aux effets pernicioeux de la politisation réciproque et de la mauvaise interprétation du droit par l'adversaire.

Le but de ce rapport, à l'instar du rapport précédent, est de donner un aperçu de quelques-uns des défis que les conflits armés contemporains posent au DIH, d'encourager la poursuite des réflexions sur ces défis et d'esquisser des perspectives d'action pour le CICR. Le rapport repose sur les éléments résumés ci-dessous.

En premier lieu, les traités de droit humanitaire, notamment les Conventions de Genève et leurs deux Protocoles additionnels de 1977, complétés par les règles de droit humanitaire coutumier, restent le cadre de référence pertinent pour réglementer les comportements en cas de conflit armé. Du point de vue du CICR, les principes et les règles de base qui régissent la conduite des hostilités et le traitement des personnes tombées au pouvoir de l'ennemi (les deux domaines principaux du DIH), continuent à traduire un équilibre raisonnable et pragmatique entre les exigences de la nécessité militaire et celles de l'humanité. Comme il sera traité plus loin dans ce rapport, les actes de violence impliquant des éléments transnationaux, qui représentent le défi global le plus récent pour le DIH, ne constituent pas nécessairement un conflit armé au sens juridique. En outre, le DIH n'est certainement pas le seul régime juridique qui peut être utilisé pour faire face à ces diverses formes de violence.

Ensuite, le CICR est d'avis que dans un conflit armé, la principale cause de souffrance et de violation du DIH reste l'incapacité à mettre en œuvre les normes existantes – du fait de l'absence de volonté politique ou pour d'autres raisons – plutôt que le manque de règles ou leur déficience.

Troisièmement, le droit n'est qu'un des nombreux outils utilisés pour régir le comportement humain. En effet, aucune branche du droit, international ou interne, n'est censée régir complètement et de façon autonome un phénomène aussi complexe que la violence. Si le DIH a pour but de réglementer certains comportements dans un conflit armé, il y aura

cependant toujours des États, des groupes armés non étatiques et des personnes qui ne seront pas dissuadés de violer les règles, quelle que soit la sanction. L'augmentation des attaques-suicides contre des civils, dans le cadre d'un conflit armé ou en temps de paix, en est un exemple actuel. En d'autres termes, si l'on ne compte que sur le droit pour éliminer ou limiter la violence, il faut en comprendre les limites. À l'heure d'envisager des solutions à tout problème de violence, il faut aussi tenir compte des facteurs qui ont une influence décisive sur le comportement humain, notamment les facteurs politiques, économiques, sociaux et culturels.

Enfin, ce rapport étudie un certain nombre de questions qui pourraient poser des défis au DIH. La sélection n'est pas exhaustive et ne vise pas à inclure toute la gamme des sujets liés au DIH, que le CICR envisage de traiter actuellement ou à l'avenir.

II. LE DIH ET LE TERRORISME

Si, comme nous l'avons affirmé plus haut, les principes et les règles du DIH sont entrés dans le domaine public ces dernières années, c'est en grande partie grâce au débat sur le rapport entre conflit armé et actes de terrorisme. La question qui se pose le plus souvent est de savoir si le DIH a un rôle à jouer en matière de terrorisme, et quel est ce rôle.

Le DIH et les actes de terrorisme

Si l'on analyse la pertinence du droit international, notamment du DIH, en matière de terrorisme, la question qui se pose est : « Qu'est-ce que le terrorisme ? ». Les définitions sont nombreuses, tant dans la législation interne qu'au niveau international, mais personne n'ignore qu'il n'y a actuellement aucune définition juridique internationale de portée générale. Aux Nations Unies, le projet de Convention générale sur le terrorisme international a été bloqué durant plusieurs années, notamment sur la question de savoir s'il fallait exclure de la Convention les actes commis dans le cadre d'un conflit armé.¹

Cependant, en dépit de l'absence d'une définition de portée générale à l'échelon international, les actes terroristes sont des crimes en vertu du droit national et des conventions internationales et régionales sur le terrorisme, et peuvent même constituer des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité s'ils répondent aux critères requis. Ainsi, contrairement à certains autres domaines du droit international, « le terrorisme », bien qu'il n'existe pas de définition universellement reconnue, est abondamment réglementé. Le CICR croit néanmoins que le terme lui-même reste très sujet à des interprétations politiques subjectives et qu'une définition juridique n'est pas susceptible de réduire l'impact émotionnel de son utilisation.

Le DIH est l'ensemble des règles applicables quand la violence armée atteint le niveau de conflit armé *et il se limite aux conflits armés*, qu'ils soient internationaux ou non internationaux. Si les traités pertinents sont les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs deux Protocoles additionnels de 1977, le DIH englobe cependant une gamme d'autres instruments juridiquement contraignants, ainsi que le droit coutumier. **Bien que le DIH ne donne pas de définition du terrorisme, il interdit explicitement la plupart des actes commis contre des civils et des biens de caractère civil dans un conflit armé, actes qui seraient communément considérés comme « terroristes » s'ils étaient commis en temps de paix.**

Conformément à un principe de base du DIH, les personnes engagées dans un conflit armé doivent en tout temps distinguer les civils des combattants et les biens de caractère civil des

¹ Voir note 3.

objectifs militaires. Le principe de distinction est une des pierres angulaires du DIH. Il en découle des règles spécifiques destinées à protéger les civils, telles que l'interdiction des attaques délibérées ou directes contre des civils ou des biens de caractère civil, l'interdiction des attaques sans discrimination et l'utilisation de « boucliers humains », et d'autres règles régissant la conduite des hostilités, dont le but est de protéger les civils et les biens de caractère civil contre les effets des hostilités. Le DIH prohibe également la prise d'otages, qu'il s'agisse de civils ou de personnes qui ne participent plus aux hostilités.

Quand la violence atteint l'intensité d'un conflit armé, on pourrait soutenir **qu'il n'est pas très utile de qualifier de « terroristes » la plupart des actes de violence contre les civils ou les biens de caractère civil, car de tels actes constituent déjà des crimes de guerre en vertu du DIH.** Les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre peuvent faire l'objet de poursuites pénales de la part des États conformément aux dispositions existantes du droit international, et en cas de violations graves définies comme telles par les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I, ils doivent également faire l'objet de poursuites pénales, y compris en vertu du principe de la juridiction universelle.

En outre, le DIH interdit les « mesures de terrorisme » et les « actes de terrorisme » contre des personnes au pouvoir d'une partie au conflit. Ainsi, la IV^e Convention de Genève (art. 33) dispose que « les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites », et le Protocole additionnel II (art. 4. 2. d)) interdit les « actes de terrorisme » contre les personnes qui ne participent pas ou ne participent plus aux hostilités. Le contexte auquel se rapportent ces interdictions tend à indiquer que l'objectif principal est de mettre en évidence un principe juridique général, à savoir que la responsabilité pénale est individuelle et que ni les personnes ni la population civile dans son ensemble ne peuvent être soumises à des peines collectives, qui sont, de toute évidence, des mesures susceptibles de provoquer la terreur.

Dans les sections relatives à la conduite des hostilités, les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève interdisent aussi les actes visant à semer la terreur parmi la population civile. Le Protocole additionnel I (art. 51. 2) et le Protocole II (art. 13. 2) disposent que :

“Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.”

Le but premier de ces dispositions est de réaffirmer qu'en cas de conflit armé international ou non international, il est interdit de commettre des actes qui n'apportent pas d'avantage militaire précis. Alors qu'une attaque contre un objectif militaire, même si elle est conforme au droit, est susceptible de répandre la terreur parmi les civils, les dispositions en question prohibent les attaques qui ont précisément pour objectif de terroriser les civils, telles que les campagnes de bombardements ou de tirs isolés contre les civils dans les zones urbaines, et qui ne sauraient être justifiées par l'avantage militaire attendu.

L'interdiction explicite des actes de terrorisme contre des personnes au pouvoir de l'ennemi et l'interdiction de tels actes commis au cours des hostilités – ainsi que les autres règles de base mentionnées plus haut – démontrent que le DIH protège les civils et les biens de caractère civil contre ce genre d'agressions quand elles sont perpétrées en situation de conflit armé. **Ainsi, dans les conflits armés actuels, le problème n'est pas le manque de règles, mais le manque de respect de ces règles.**

Un défi récent pour le DIH est la tendance des États à qualifier de « terroristes » tous les actes de guerre commis par des groupes armés organisés dans le cadre d'un conflit armé, en particulier d'un conflit armé non international. Bien qu'il soit généralement admis que les parties à un conflit armé international peuvent, en vertu du DIH, attaquer licitement leurs

objectifs militaires respectifs, les États sont peu enclins à reconnaître l'application du même principe aux conflits armés non internationaux. Ainsi, les États engagés dans des conflits armés non internationaux qualifient de plus en plus fréquemment tous les actes commis par des insurgés d'actes de « terrorisme », même si, selon le DIH, de tels actes ne sont pas illicites (par exemple les attaques contre du personnel ou des installations militaires). Ce que l'on néglige, dans ce contexte, c'est que la différence fondamentale entre le DIH et le régime juridique qui régit le terrorisme est que le DIH est basé sur le principe selon lequel certains actes de violence – contre des objectifs militaires – ne sont pas interdits. Néanmoins, tout acte de « terrorisme » est par définition interdit et criminel.²

Il ne faut pas oublier qu'il est nécessaire de distinguer les actes de guerre licites des actes de terrorisme, afin de ne pas amalgamer ces deux régimes juridiques. Cela est particulièrement important dans les conflits armés non internationaux, où tout acte de violence perpétré par un groupe armé organisé contre un objectif militaire reste de toute façon sujet à des poursuites pénales sur le plan interne. La tendance à qualifier ces actes, en outre, de « terroristes », peut décourager les groupes armés de respecter le DIH, et peut aussi constituer une entrave à un éventuel processus politique visant à résoudre le conflit.

La qualification juridique

La qualification juridique de ce que l'on appelle souvent la « guerre mondiale contre le terrorisme » est également l'objet de vives controverses.³ Alors qu'aujourd'hui ce terme fait partie du langage courant dans certains pays, il faut distinguer, à la lumière du DIH, s'il n'est qu'un artifice rhétorique ou s'il désigne un conflit armé mondial au sens juridique. Sur la base de l'analyse des faits disponibles, le CICR ne partage pas l'opinion selon laquelle il s'agit d'une guerre mondiale et il procède au cas par cas pour donner une qualification juridique des situations de violence qui sont communément associées à la « guerre contre le terrorisme ». En bref, quand la violence atteint l'intensité d'un conflit armé, qu'il soit international ou non international, le DIH est applicable. Si tel n'est pas le cas, d'autre corpus de droit interviennent.

En vertu des Conventions de Genève de 1949, les conflits armés internationaux sont ceux qui opposent des États. Ainsi, la guerre entre la coalition dirigée par les États-Unis en 2001 et le régime taliban en Afghanistan (qui fait partie de la « guerre contre le terrorisme »), est un exemple de conflit armé international.

Le DIH ne prévoit pas de conflit armé international entre des États et des groupes armés non étatiques pour la simple raison que les États n'ont jamais eu la volonté d'accorder aux groupes armés les privilèges dont bénéficient les membres des armées régulières.⁴ Dire qu'une guerre mondiale est menée contre des groupes tels qu'Al-Qaïda signifierait que, selon le droit de la guerre, les partisans de ces groupes devraient avoir les mêmes droits et obligations que les membres des forces armées régulières. Il était déjà clair en 1949

² Comme nous l'avons mentionné plus haut, aux Nations Unies, l'un des problèmes principaux qui a bloqué la conclusion des négociations sur le projet de Convention générale sur le terrorisme international est la question de savoir s'il faut exclure de la Convention les actes commis dans un conflit armé. S'il est généralement admis que les actes commis par des forces armées étatiques dans un conflit armé international ne seraient pas couverts par la Convention, le point de discorde est la question de savoir si les actes commis par des groupes armés non étatiques devraient aussi être exclus. C'est pourquoi le CICR estime que la Convention ne doit pas définir comme « terroristes » les actes qui sont autorisés par le DIH lorsqu'ils sont commis par des groupes armés organisés dans des conflits armés non internationaux. Comme nous l'avons déjà souligné, tout acte de violence commis par des groupes armés organisés est déjà punissable en vertu du droit pénal interne.

³ Récemment, on a limité la « guerre mondiale contre le terrorisme » à « Al-Qaïda, les talibans et autres forces connexes », mais cette définition ne change pas les principes de base de l'analyse.

⁴ La seule exception est énoncée à l'article 1.4 du Protocole additionnel I et est sujette à des conditions spécifiques, à savoir l'existence d'une guerre de libération nationale.

qu'aucune nation n'envisagerait de dispenser de poursuites pénales selon le droit national les membres de groupes armés non étatiques ayant commis des actes de guerre qui n'étaient pas interdits par le droit international – ce qui est le fondement du statut de combattant et de prisonnier de guerre. Les rédacteurs des Conventions de Genève, traités qui accordent le statut de prisonnier de guerre dans des conditions strictement définies, étaient tout à fait conscients des réalités politiques et pratiques qui caractérisent les conflits armés internationaux et ont élaboré les dispositions du traité en conséquence.

La « guerre contre le terrorisme » peut aussi prendre la forme d'un conflit armé non international tel que celui qui a lieu actuellement en Afghanistan entre le gouvernement afghan, soutenu par une coalition d'États, et différents groupes armés, à savoir ce qui reste des taliban et Al-Qaïda. Malgré une composante internationale sous la forme de présence militaire étrangère chez l'une des deux parties, ce conflit est non international, car il se déroule avec le consentement et le support des autorités locales et n'oppose pas deux États. Les hostilités en cours en Afghanistan sont donc régies par les règles du DIH applicables aux conflits armés non internationaux, qu'il s'agisse de traités ou de droit coutumier. Le même corpus de droit serait applicable à des circonstances similaires, où la violence a atteint l'intensité d'un conflit armé, et où un acteur armé non étatique est partie au conflit (par ex. la situation de la Somalie).

Reste à savoir si, dans leur ensemble, les actes de terrorisme perpétrés dans le monde (hormis les situations de conflit armé comme en Afghanistan, en Irak ou en Somalie), font partie d'un seul et unique conflit armé au sens juridique. En d'autres termes, peut-on dire que les attentats à la bombe de Glasgow, Londres, Madrid, Bali ou Casablanca peuvent être attribués à une seule et unique partie à un conflit armé tel que le conçoit le DIH ? Peut-on en outre prétendre que la violence qui a frappé chacun de ces endroits a atteint l'intensité d'un conflit armé ? Dans les deux cas, la réponse semble négative.

De plus, il est évident que les autorités des États concernés n'ont pas appliqué les règles régissant la conduite des hostilités lorsqu'elles ont enquêté sur les personnes soupçonnées d'avoir planifié et réalisé des actes de terrorisme, chose qu'elles auraient été autorisées de faire si elles avaient considéré qu'il s'agissait d'un conflit armé. Les règles du DIH leur auraient permis d'attaquer directement les suspects et même de provoquer dans les environs ce que l'on appelle des « dommages collatéraux » contre des civils ou des biens de caractère civil, à condition que ce dommage accidentel ne soit pas excessif par rapport à l'avantage militaire attendu. Au lieu de cela, elles ont appliqué le droit relatif au maintien de l'ordre. Elles ont essayé de capturer les suspects pour ensuite les traduire en justice, tout en s'efforçant d'évacuer les édifices civils afin d'éviter de porter préjudice aux personnes, aux bâtiments et aux objets se trouvant à proximité.

En résumé, chaque situation de violence armée organisée doit être étudiée dans son contexte spécifique et faire l'objet d'une qualification juridique fondée sur des situations de fait, qui précise s'il s'agit ou non d'un conflit armé. Le droit de la guerre a été conçu pour les situations de conflit armé, aussi bien d'un point de vue pratique que juridique. Il faut toujours garder à l'esprit que les règles du DIH, par exemple celles qui régissent la détention ou les situations où il est licite de prendre la vie de l'ennemi dans un conflit armé international, permettent une plus grande flexibilité que les règles applicables aux situations de violence qui ne sont pas des conflits armés, et qui sont régies par d'autres corpus de droit, tels que les droits de l'homme. En d'autres termes, il est aussi dangereux qu'inutile, dans la pratique, d'appliquer le DIH à des situations qui ne sont pas des guerres. Nombreux sont ceux qui ne sont pas conscients de ce danger.

Statut des personnes

Le CICR procède également au cas par cas, se fondant sur les faits disponibles, pour déterminer le régime juridique qui régit le statut et les droits des personnes détenues en

relation avec ce que l'on appelle la « guerre mondiale contre le terrorisme ». Si une personne est détenue en relation avec un conflit armé international, les traités pertinents du DIH sont pleinement applicables. Si une personne est détenue en relation avec un conflit armé non international, la privation de liberté est régie par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, les autres traités applicables, le droit international coutumier et d'autres corpus de droit tels que les droits de l'homme et le droit national. Si une personne est détenue hors conflit armé, ces autres corpus de droit sont les seuls applicables.

Dans ce contexte, il convient de réaffirmer que le DIH attribue le statut de combattant (et de prisonnier de guerre) aux membres des forces armées *seulement dans un conflit armé international*. La caractéristique principale de ce statut est qu'il autorise les combattants à participer directement aux hostilités et leur garantit l'immunité contre les poursuites pénales pour des actes accomplis conformément au DIH, tels que les attaques licites contre des objectifs militaires. En cas de capture, les combattants deviennent prisonniers de guerre et, en cette qualité, ne peuvent pas être poursuivis ou condamnés pour avoir participé aux hostilités. Le corollaire est que les combattants capturés peuvent être internés, sans autre forme de procès, jusqu'à la fin des hostilités actives. Néanmoins, les combattants capturés peuvent faire l'objet de poursuites pénales pour crimes de guerre ou autres actes criminels commis avant ou durant l'internement. En cas de poursuites pénales, la troisième Convention de Genève dispose qu'un jugement ne pourra être valablement rendu contre un prisonnier de guerre que s'il a été prononcé par les mêmes tribunaux et selon la même procédure que pour les personnes appartenant aux forces armées de la puissance détentrice. Fréquemment, on ne comprend pas que des prisonniers de guerre qui ont été acquittés dans le cadre d'une procédure pénale puissent être internés par la puissance détentrice jusqu'à la fin des hostilités actives. En cas de doute quant au statut d'un belligérant capturé, la décision doit être prise par un tribunal compétent.

Les traités de DIH ne font aucune référence explicite aux « combattant illégaux ». Cette appellation est une abréviation qui désigne les personnes – civiles – qui ont participé directement aux hostilités, *dans un conflit armé international*, sans être membres des forces armées telles que définies par le DIH, et qui sont tombées au pouvoir de l'ennemi. En vertu des règles du DIH applicables aux conflits armés internationaux, les civils jouissent d'une protection contre les attaques « sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ». Nul ne conteste qu'outre la perte de protection contre les attaques pendant la durée de leur participation directe, les civils, contrairement aux combattants, peuvent également faire l'objet de poursuites pénales en vertu du droit national pour le simple fait d'avoir pris part aux hostilités. En d'autres termes, ils ne jouissent pas du « privilège » du combattant consistant à ne pas être passible de poursuites pour avoir pris les armes, et sont donc parfois qualifiés de « belligérants non privilégiés » ou de « combattants illégaux ».

Concernant le statut et les droits des civils qui ont participé directement aux hostilités *dans un conflit armé international* et qui sont tombés au pouvoir de l'ennemi, on distingue fondamentalement deux courants d'idées. D'après le premier, les « belligérants non privilégiés » ne sont couverts que par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et, éventuellement, par l'article 75 du Protocole additionnel I, applicable soit en tant que droit des traités, soit en tant que droit coutumier. D'après le second courant, partagé par le CICR,⁵ les civils qui ont participé directement aux hostilités et qui remplissent les critères de nationalité énoncés dans la quatrième Convention de Genève (art. 4),⁶ restent des

⁵ Cette interprétation est implicitement reconnue à l'article 45.3 du Protocole additionnel I, du moins pour les États parties à ce traité : « Toute personne qui, ayant pris part à des hostilités, n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre et ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable conformément à la IV^e Convention a droit, en tout temps, à la protection de l'article 75 du présent Protocole. »

⁶ En vertu de l'article 4 de la quatrième Convention :

personnes protégées au sens de cette Convention. Ceux qui ne remplissent pas les critères de nationalité sont pour le moins protégés par les dispositions de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et par l'article 75 du Protocole additionnel I, applicable soit en tant que droit des traités, soit en tant que droit coutumier.

Ainsi, il n'existe pas une catégorie de personnes touchées par des conflits armés internationaux ou impliquée dans ces conflits qui échapperait à toute protection accordée par le DIH. De même, il n'existe pas un « fossé » entre les troisième et quatrième Conventions de Genève, en d'autres termes un statut intermédiaire où tomberaient les « belligérants non privilégiés » qui remplissent les critères de nationalité.

À ce stade se posent évidemment les questions de savoir ce qui constitue une participation « directe » aux hostilités et comment définir l'aspect temporel de la participation (la formulation est : « pendant la durée de cette participation »). Comme nous l'expliquons au chapitre IV.2 de ce rapport, le CICR s'emploie à clarifier cette question depuis 2003.

Les personnes qui ont participé directement aux hostilités peuvent être internées par l'adversaire si la sécurité de la puissance détentrice le rend absolument nécessaire. En vertu de la quatrième Convention, une personne protégée qui a été internée a le droit de faire reconsidérer la décision sur l'internement dans le plus bref délai et de la faire réviser automatiquement tous les six mois. Pendant son internement, elle peut être considérée comme étant privée de certains droits et privilèges prévus par la quatrième Convention de Genève, dont l'exercice porteraient préjudice à la sécurité de l'État (art. 5), cela dans les limites fixées par le droit des traités et le droit international coutumier.

Conformément à la quatrième Convention de Genève, les personnes internées doivent être libérées le plus rapidement possible après la fin des hostilités liées au conflit armé international durant lequel elles ont été capturées, et même avant, à moins qu'elles fassent l'objet de poursuites pénale ou qu'elles aient été reconnues coupables d'un délit pénal. Cela signifie qu'après la fin d'un conflit armé international, la quatrième Convention de Genève ne peut plus être considérée comme un cadre juridique pertinent pour la détention de personnes ne faisant pas l'objet de poursuites pénales.

En somme, il est difficile d'imaginer quelles autres mesures, en dehors de : a) la perte de la protection contre les attaques, b) l'internement justifié par des raisons de sécurité, c) la perte éventuelle de certains droits et privilèges pendant l'internement et d) poursuites pénales, pourraient être appliquées aux personnes qui ont participé directement aux hostilités, sans les exposer au risque de faire l'objet de violations graves de leur droit à la vie, à l'intégrité physique et à la dignité de la personne en vertu du DIH, telles que les tentatives d'assouplir l'interdiction absolue de la torture et des traitements cruels et inhumains. Le CICR s'opposerait à de telles tentatives.

Le *statut de combattant*, qui comporte le droit de participer directement aux hostilités, et le *statut de prisonnier de guerre* n'existent pas dans les *conflits armés non internationaux*. Les civils qui participent directement aux hostilités dans de tels conflits sont sujets, pendant la durée de cette participation, aux mêmes règles relatives à la perte de la protection contre les attaques directes, qui s'appliquent aux conflits armés internationaux. Le séminaire d'experts

« Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes. »

« Les ressortissants d'un État qui n'est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle. Les ressortissants d'un État neutre se trouvant sur le territoire d'un État belligérant et les ressortissants d'un État co-belligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'État dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent. »

mentionné plus haut vise notamment à expliquer la notion de « participation directe aux hostilités » dans le contexte des conflits armés non internationaux. Lorsque des civils sont détenus dans le cadre d'un conflit armé non international, ils ne bénéficient pas, du point de vue juridique, du statut de prisonniers de guerre et peuvent être poursuivis par l'État détenteur en vertu du droit national pour tout acte de violence commis lors du conflit, notamment, bien sûr, les crimes de guerre. Leurs droits et le traitement qui leur est réservé en détention sont régis par le droit humanitaire, les droits de l'homme et le droit national.

Il faut souligner qu'indépendamment du statut juridique, nul ne peut être soumis à des actes interdits par le DIH, tels que le meurtre, les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, la torture, les traitements cruels et inhumains, les atteintes à la dignité des personnes ou l'absence de jugement équitable. Les « combattants illégaux » sont en ce sens pleinement protégés par le DIH et il est faux d'affirmer qu'ils ont des droits minimum ou aucun droits. Un des buts du droit de la guerre est de protéger la vie, la santé et la dignité de toutes les personnes concernées ou touchées par un conflit armé. Il est inconcevable que le fait d'appeler quelqu'un « combattant illégal » (ou tout autre dénomination) soit suffisant pour le priver des droits garantis à toute personne en vertu du droit.

Les observations que venons de faire sur la relation entre le DIH et le terrorisme ne sont pas exhaustives et ne signifient pas qu'il soit inutile de continuer à réfléchir à l'interaction entre les deux régimes juridiques – le DIH et celui qui régit le terrorisme – ou de clarifier et de développer le droit. En effet, comme nous le montrerons dans le commentaire sur les principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement ou la détention administrative (voir chapitre III et annexe I), le CICR s'emploie à trouver des moyens de répondre aux défis juridiques spécifiques posés par les actes de terrorisme. Nous soutenons que **la lutte contre le terrorisme exige l'application d'un ensemble de mesures, notamment en matière d'investigation, de diplomatie, de finance, d'économie, de droit et d'éducation, couvrant tous les contextes, en temps de paix comme en temps de conflit armé, et que le DIH ne saurait être le seul outil juridique de référence dans un engagement aussi complexe.**

Tout au long de son histoire, le DIH a montré qu'il savait s'adapter à de nouveaux types de conflits armés. Le CICR est prêt à aider les États et les autres parties prenantes à clarifier et à développer les règles qui régissent les conflits armés, si ce sont ces règles qui s'avèrent insuffisantes – et non pas la volonté politique d'appliquer les règles existantes. **Le défi primordial pour le CICR, et les autres parties prenantes, sera alors d'assurer que toute clarification et toute innovation contribuent à préserver les normes actuelles de protection garanties par le droit international, notamment le DIH.** Le CICR est conscient de l'importance des défis que doivent relever les États pour remplir leur obligation de protéger leurs citoyens contre les actes de violence indiscriminée destinés à semer la terreur parmi la population civile. Néanmoins, le CICR est convaincu que toutes les mesures qui sont prises – notamment les efforts visant à clarifier et à développer le droit – doivent se maintenir dans un cadre juridique approprié, qui avant tout, respecte la dignité humaine et les garanties fondamentales auxquelles ont droit toutes les personnes.

III. PRINCIPES EN MATIÈRE DE PROCÉDURE ET MESURES DE PROTECTION POUR L'INTERNEMENT OU LA DÉTENTION ADMINISTRATIVE

En vertu de la quatrième Convention de Genève, l'internement est la mesure de contrôle la plus sévère qui peut être prise par une partie à un conflit armé international contre une personne protégée. La convention dispose que l'internement, qui est une forme de privation de liberté sans inculpation pénale, ne peut être imposé que pour « d'impérieuses raisons de sécurité » (art. 78) ou si la sécurité de la puissance détentrice le rend « absolument nécessaire » (art. 42). L'internement doit cesser une fois que les raisons qui le motivent

n'existent plus, ou au plus tard, à la fin des hostilités actives. La Convention énonce également des règles de procédure de base destinées à garantir que les États n'abusent pas de la liberté considérable dont ils jouissent en matière de définition des actes qui constituent une menace à leur sécurité. Il faut admettre cependant que les règles sont plutôt rudimentaires du point de vue de la protection individuelle. En outre, la pratique récente des États – par exemple l'internement par des États faisant partie d'une coalition multinationale – a été caractérisée par des divergences en matière d'interprétation et de mise en œuvre des règles applicables, ce qui donne lieu à de sérieuses préoccupations.

L'internement est aussi pratiqué dans les conflits armés non internationaux. Il est explicitement mentionné dans le Protocole additionnel II qui donne plus de précisions que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. Néanmoins, les dispositions du traité ne donnent pas d'indications complémentaires sur la procédure à adopter en cas d'internement. Nous estimons que cette lacune doit être comblée en se référant aux normes pertinentes des droits de l'homme et du droit national, vu que les règles du DIH applicables aux conflits armés non internationaux constituent un filet de sécurité qui est complété par les dispositions de ces corpus de droit.

Le défi posé par l'interprétation des dispositions du DIH en matière d'internement n'est donc pas nouveau. Ce qui a posé un problème plus récemment, surtout en raison des opérations contre le terrorisme, menées hors conflit armé, c'est la détention administrative, à savoir la détention sans inculpation pénale de personnes soupçonnées d'avoir participé, à des degrés divers, à des actes de terrorisme. Bien que le droit international des droits de l'homme n'interdise pas toute forme d'internement (par exemple, l'incarcération, dans certaines circonstances, d'immigrants en vue de leur expulsion), on a fait valoir que la détention administrative pour des raisons de sécurité nationale ne faisait pas partie de cette catégorie. La question analogue, mais différente, qui se pose est de savoir si, dans certains cas de détention administrative, les États peuvent déroger au droit à la liberté de la personne, et dans quelles conditions, en vertu des traités pertinents des droits de l'homme.

La pratique récente des États en matière d'élaboration et de mise en œuvre de lois anti-terrorisme, montre que la détention administrative est de plus en plus utilisée comme mesure préventive dans la lutte contre le terrorisme. Cependant, elle a aussi montré de profondes divergences dans l'interprétation du droit international des droits de l'homme, pour ce qui est des droits des personnes concernées en matière de procédure. De plus, il n'y a pas de consensus à l'échelon international sur la question de savoir si la détention administrative pour des raisons de sécurité est légale. Alors que de nombreux États semblent penser qu'elle est légale, quelques organisations non gouvernementales et certains experts contestent vigoureusement ce point de vue,

Vu l'évidence des besoins en matière de protection, et afin de garantir la cohérence de son dialogue avec diverses autorités détentrices, le CICR a élaboré des lignes directrices institutionnelles intitulées « Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement / la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence ». Le document, qui reflète la position officielle du CICR et sert de référence pour ses opérations, est annexé à ce rapport (annexe 1). Il énonce une série de principes généraux et de mesures de protection spécifiques, qui, de l'avis du CICR, devraient régir en tant que normes minimales toute forme de détention sans inculpation pénale. Les commentaires mettent en évidence les sources – traités et autres, notamment les politiques et les meilleures pratiques – sur lesquelles sont fondées les normes. Il est important de souligner que les principes et les mesures de protection énoncées dans les lignes directrices donnent des normes minimales destinées à être adaptées par la suite à chaque contexte spécifique.

Une réunion d'experts informelle sur les garanties à appliquer en matière de procédure dans les situations d'internement ou de détention administrative a été co-organisée par le CICR et la *Case Western Reserve University* dans l'Ohio (États-Unis) en septembre 2007. Cette réunion pourrait être le point de départ d'un échange de vues plus large avec les États et d'autres acteurs.

IV. LA CONDUITE DES HOSTILITÉS

Un certain nombre de conflits armés actuels et récents ont placé les questions relatives à la conduite des hostilités au sommet de l'ordre du jour des débats juridiques et militaires. Ces questions ont aussi stimulé l'intérêt du public, surtout du fait que les médias diffusent un grand nombre de photos et d'articles sur des civils tués ou blessés et des biens civils détruits lors d'opérations militaires. Les deux questions du ciblage et du choix des armes sont au cœur du débat. Les sections qui suivent sont donc axées sur les méthodes et moyens de combat.

1. Généralités, notamment la guerre asymétrique

Dans son rapport présenté à la XXVIII^e Conférence internationale en 2003, le CICR a présenté une étude exhaustive des principaux défis que doit relever le droit régissant la conduite des hostilités. Le rapport a mis en évidence les divergences d'interprétation de certaines règles, relatives notamment à la définition de l'objectif militaire, au principe de proportionnalité et aux mesures de précaution requises dans l'attaque et contre les effets d'une attaque. Dans l'ensemble, cette analyse reste pertinente aujourd'hui.

Les recherches réalisées dans le cadre de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier publiée en 2005, ont contribué à une meilleure connaissance des règles applicables à la conduite des hostilités dans les conflits armés internationaux et non internationaux. L'étude a confirmé que les principales dispositions du Protocole additionnel I sur la conduite des hostilités reflètent le droit coutumier applicable dans les conflits armés internationaux. Il a aussi montré que parmi ces dispositions, un grand nombre de règles sont coutumières dans les conflits armés non internationaux. Ainsi, l'évolution du droit coutumier a largement comblé les lacunes existant dans le droit des traités, qui est encore plutôt rudimentaire.

Il convient néanmoins de remarquer que, dans l'ensemble, les règles pertinentes analysées dans l'étude ne font que réaffirmer les dispositions du Protocole additionnel I, et de ce fait, ne clarifient pas les divergences actuelles en matière d'interprétation et d'application de certaines règles sur la conduite des hostilités. Cela ne doit pas être surprenant, car l'objectif de l'étude était d'examiner la pratique et l'*opinio juris* des États, afin de définir le contenu du droit coutumier. L'examen approfondi des pratiques collectées sur ce sujet n'a pas permis de formuler des règles coutumières plus détaillées que les dispositions pertinentes des traités.

En outre, il convient de noter que les règles tirées des traités ou du droit coutumier, qui, selon le rapport de 2003 du CICR avaient besoin d'être clarifiées, sont probablement encore plus difficiles à appliquer concrètement aujourd'hui, dans un contexte qui se caractérise de plus en plus par la guerre asymétrique (à cause notamment de l'engagement croissant des groupes armés non étatiques) et par la guerre urbaine.

La guerre asymétrique

La guerre asymétrique est caractérisée par des inégalités significatives entre les capacités militaires des parties belligérantes.⁷ Son but fondamental consiste à trouver le moyen d'éviter la supériorité militaire de la partie adverse. L'asymétrie rend souvent les confrontations armées d'aujourd'hui plus brutales, et il semble qu'elle laisse peu d'espace à la règle de droit. Si la guerre asymétrique présente de nombreuses facettes, elle touche spécifiquement le respect des règles les plus fondamentales sur la conduite des hostilités, à savoir le principe de distinction et l'interdiction de la perfidie. Cette section est axée uniquement sur les défis liés à cette facette, elle comprend plusieurs illustrations et ne prétend pas être exhaustive.

Lorsqu'elle fait l'objet d'une attaque, une partie belligérante qui a moins de capacité militaire et technologique peut être tentée de se soustraire aux méthodes et moyens de guerre modernes et sophistiqués. En conséquence, elle peut être amenée à s'engager dans des pratiques interdites par le DIH, telles que feindre d'avoir un statut protégé, frapper les combattants⁸ et les objectifs militaires au sein de la population civile et les biens de caractère civils ou utiliser des civils comme boucliers humains. Ces pratiques augmentent clairement le risque de provoquer incidemment des pertes dans la population civile et des dommages aux biens de caractère civil. La partie qui fait l'objet de l'attaque peut même parfois chercher délibérément à provoquer de telles pertes et dommages incidents. Le but final peut être de bénéficier de la forte impression négative véhiculée par la couverture médiatique de ces incidents. L'idée est de « générer » des images de personnes civiles tuées ou blessées, et de ce fait, de porter atteinte au soutien dont bénéficie l'adversaire pour continuer son action militaire.

Les États ou les groupes armés désavantagés technologiquement peuvent tenter de tirer parti du statut protégé de certains objets (sites religieux ou culturels, unités médicales) pour lancer des attaques. Des méthodes de combat telles que feindre d'avoir le statut de civil ou de non-combattant et mener des opérations militaires au milieu d'une foule de civils constituent souvent une perfidie. En outre, la partie la plus faible a souvent tendance à lancer des attaques directes contre des « cibles faciles » (*soft targets*), car, notamment dans les sociétés modernes, ces attaques causent les plus lourds dommages, ou aussi parce que cette partie est incapable d'atteindre le personnel ou les installations militaires de l'ennemi. En conséquence, la violence est dirigée contre les personnes civiles et les biens de caractère civil, parfois sous la forme d'attaques-suicide. Le recours à la prise d'otages est également un phénomène fréquent.

Les dangers de la guerre asymétrique concernent également les moyens de guerre susceptibles d'être utilisés par la partie désavantagée. Il est de plus en plus vraisemblable que les États et groupes armés qui sont impuissants face à un armement sophistiqué cherchent à acquérir – ou à construire – des armes chimiques, biologiques et même peut-être nucléaires (notamment le scénario de la « bombe sale » (*dirty bomb*)), contre lesquelles les moyens traditionnels de défense de la population civile et des biens de caractère civil sont inappropriés.

⁷ Si de nombreuses définitions différentes de la « guerre asymétrique » ont été données dans la doctrine, une tentative de définition de ce terme n'est pas du domaine de ce rapport. Tel qu'il est utilisé ici, ce terme désigne simplement une relation caractérisée par l'inégalité entre les belligérants, notamment en termes d'armement. L'asymétrie n'est certainement pas un phénomène nouveau, mais elle représente un élément commun de plus en plus courant dans les conflits armés contemporains.

⁸ La notion de « combattant » est utilisée dans son sens général, se référant aux personnes qui ne jouissent pas de la protection contre les attaques accordée aux civils, mais n'implique pas le droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre. Elle concerne donc les civils participant directement aux hostilités.

Un belligérant qui bénéficie de la supériorité militaire peut avoir tendance à assouplir les normes de protection des personnes civiles et des biens de caractère civil, en réponse aux violations constantes du DIH de la part de l'adversaire. Par exemple, face à des combattants ennemis et des objectifs militaires constamment cachés au milieu de la population civile et des biens de caractère civil, celui qui mène l'attaque – et qui est juridiquement lié par l'interdiction de lancer des attaques disproportionnées – peut, en réponse à la stratégie de l'adversaire, réviser progressivement son évaluation du principe de proportionnalité et accepter de provoquer incidemment davantage de pertes dans la population civile et de dommages aux biens de caractère civil. Une autre conséquence pourrait être une interprétation plus large de ce qui constitue une « participation directe aux hostilités » (voir section 2 ci-dessous). La partie bénéficiant de la supériorité militaire peut aussi être tentée d'adopter une interprétation plus large de la notion d'objectif militaire.⁹ Une telle évolution rendrait la population civile dans son ensemble plus vulnérable aux effets des hostilités.

En résumé, les déséquilibres militaires encouragent la partie la plus faible à compenser son infériorité en faisant abstraction des règles existantes sur la conduite des hostilités. Face à un ennemi qui refuse systématiquement de respecter le DIH, un belligérant peut avoir l'impression que les interdictions juridiques ont toujours un effet bénéfique sur l'adversaire. Le danger réel dans une telle situation est que l'application du DIH soit perçue comme préjudiciable par toutes les parties au conflit (« *spiral-down effect* » (dégradation progressive)), ce qui entraînera finalement une indifférence générale à l'égard du DIH et remettra en cause ses principes de base.

La guerre urbaine

La montée de la guerre urbaine pose des défis similaires en matière de définition d'un objectif militaire et d'interprétation du principe de proportionnalité et des mesures de précaution.¹⁰ Les opérations militaires au sol en milieu urbain sont particulièrement complexes : ceux qui se défendent contre une attaque bénéficient d'innombrables positions de tir et peuvent lancer une attaque n'importe où et à tout moment. La peur d'une attaque surprise est susceptible d'entraver la capacité des forces armées de l'attaquant à identifier correctement les forces ennemies et les objectifs militaires, et à évaluer les pertes civiles et les dommages contre des biens civils qui pourraient incidemment résulter de ses opérations. De même, les tirs d'artillerie et les bombardements aériens contre des objectifs militaires situés dans des villes sont compliqués, car ces objectifs se trouvent à proximité de la population civile et des biens de caractère civil.

Le CICR est d'avis que les défis posés au DIH par la guerre asymétrique et la guerre urbaine ne peuvent, à priori, être résolus en développant le droit conventionnel. Il faut souligner que, dans de telles circonstances, ce ne sont généralement pas les règles qui font défaut, mais la volonté (ou parfois la capacité) des parties à un conflit armé – et de la communauté internationale – de les mettre un œuvre, notamment par le biais du droit pénal. Le CICR reconnaît que les conflits armés d'aujourd'hui, spécialement les

⁹ La pensée – qui n'est pas nécessairement spécifique à la guerre asymétrique – qui préconise des attaques contre des objectifs « non militaires », afin de produire plus facilement les effets désirés par les opérations militaires, est particulièrement préoccupante. Par exemple, pour démoraliser l'ennemi ou monter la population contre le gouvernement, un belligérant peut décider de choisir des objectifs qui ne sont pas jugés essentiels à la survie de la population civile, tels que des installations destinées au divertissement ou aux loisirs, des magasins ou des boutiques qui vendent notamment des biens de luxe, objectifs qui ne correspondent pas à la définition traditionnelle d'objectifs militaires.

¹⁰ Il existe un lien entre la montée de la guerre urbaine et de la guerre asymétrique : des belligérants technologiquement inférieurs et incapables de se défendre en terrain découvert chercheront souvent à se réfugier en milieu urbain. Néanmoins, le lien entre les deux n'est pas automatique : dans la guerre asymétrique, une partie désavantagée peut aussi chercher à se réfugier, par exemple, dans des régions montagneuses isolées ; en outre, la guerre urbaine est de plus en plus courante dans les conflits armés symétriques.

conflits asymétriques, font peser de sérieuses menaces sur les règles découlant du principe de distinction. Il est primordial de résister à ces menaces et de s'employer à maintenir et à renforcer des règles qui sont essentielles à la protection des civils qui, très souvent, sont les plus durement touchés par les conflits armés. Les règles elles-mêmes sont aussi pertinentes pour les « nouveaux » types de conflits et de guerres, qu'elles ne l'étaient pour les conflits qui existaient à l'époque où elles ont été adoptées. Les valeurs fondamentales qui sont à l'origine de ces règles, et qui doivent être sauvegardées, sont intemporelles. S'il est concevable que des changements puissent être apportés dans des domaines spécifiques du DIH, tels que les restrictions et limitations relatives à l'emploi de certaines armes, un remaniement majeur des traités existants ne semble pas nécessaire à ce stade.

Néanmoins, il est toujours nécessaire d'évaluer la pertinence des règles existantes pour la protection des civils et des biens de caractère civil, d'améliorer la mise en œuvre de ces règles et de clarifier l'interprétation des concepts spécifiques sur lesquels sont fondées les règles. Cela doit cependant être réalisé sans toucher au cadre et aux principes fondamentaux du DIH, dont le but est précisément de garantir la protection des civils. En dépit de certains défauts dans quelques règles régissant la conduite des hostilités, dus en général à une formulation imprécise, ces règles continuent à jouer un rôle important pour limiter l'usage des armes. Toute atteinte portée au DIH peut faire rétrograder l'humanité vers une époque où l'usage de la force armée n'avait pratiquement pas de limites.

La XXX^e Table ronde organisée conjointement par l'Institut international de droit humanitaire et le CICR à San Remo du 6 au 8 septembre 2007 a « revisité » le droit de la conduite des hostilités (voir le programme à l'annexe 2). Ce sujet, choisi pour commémorer le centenaire des Conventions de La Haye de 1907, ainsi que le 30^e anniversaire des deux premiers Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, a donné lieu à des discussions sur le droit découlant des traités existants et sur l'évolution des règles qui régissent la conduite des hostilités. En outre, l'accent a été mis sur l'analyse des défis qui se poseront en matière de mise en œuvre des règles pertinentes, et sur les solutions possibles aux prétendus défauts de ces règles, pouvant poser des problèmes aux personnes chargées de leur application pratique.

2. La notion de « participation directe aux hostilités »

En ce qui concerne la conduite des hostilités, le DIH distingue essentiellement deux catégories générales de personnes, à savoir les membres des forces armées, qui conduisent les hostilités au nom des parties à un conflit armé, et les civils, qui sont présumés pacifiques¹¹ et doivent être protégés contre les dangers découlant des opérations militaires. S'il est vrai que tout au long de l'histoire la population civile a toujours contribué, dans une mesure plus ou moins large, à l'effort général de guerre, de telles activités étaient typiquement menées à quelque distance du champ de bataille. Elles comportaient notamment la production ou la fourniture d'armes, d'équipements, de nourriture et d'abris, ainsi que le soutien économique, administratif et politique. Traditionnellement, seule une faible minorité de civils participaient à la véritable conduite des opérations militaires.

Les dernières décennies ont vu ce schéma changer radicalement. Les opérations militaires ont progressivement passé des champs de bataille aux zones peuplées de civils, et les civils ont participé davantage aux activités plus étroitement liées à la conduite des hostilités. Plus récemment encore, les tâches des forces armées ont eu tendance à être transférées à des civils (« *civilianization* »), ce qui signifie que de nombreux fournisseurs privés, du personnel des services de renseignements et d'autres fonctionnaires civils du gouvernement ont commencé à participer aux conflits armés modernes. En outre, dans de nombreux conflits armés contemporains, les opérations militaires ont atteint un niveau de complexité sans

¹¹ Ce terme est utilisé pour désigner les civils qui ne participent pas directement aux hostilités.

précédent et font intervenir une grande variété de ressources humaines et techniques interdépendantes, notamment des systèmes d'armes actionnées à distance, des réseaux informatiques et des systèmes de reconnaissance ou de guidage par satellite.

D'une manière générale, la distinction de plus en plus floue entre les fonctions civiles et militaires, le mélange des acteurs armés avec la population civile pacifique, la large variété des tâches et activités réalisées par des civils dans les conflits armés contemporains et la complexité des moyens et méthodes de guerre modernes, ont été source de confusion et d'incertitude pour la mise en œuvre du principe de distinction dans la conduite des hostilités. Ces difficultés s'aggravent davantage encore quand les acteurs armés ne se distinguent pas de la population civile, comme c'est le cas lors de la conduite d'opérations militaires clandestines ou secrètes ou quand des personnes agissent comme « paysans le jour et combattants la nuit ». Par conséquent, les civils pacifiques sont plus susceptibles d'être pris pour cible par erreur, gratuitement ou de façon arbitraire, alors que les membres des forces armées, incapables d'identifier correctement leurs adversaires, courent un risque croissant d'être attaqués par des personnes qu'ils ne peuvent pas distinguer des civils pacifiques – tout en ayant l'obligation (ils ont dû être formés à cet effet) de protéger les civils.

Questions juridiques essentielles

Cette évolution accentue l'importance de distinguer non seulement les civils des forces armées, mais encore les civils qui ne participent pas directement aux hostilités des civils « qui participent directement aux hostilités ». En vertu du DIH, la notion de « participation directe aux hostilités » se réfère à un comportement individuel qui, s'il est affiché par des civils, suspend la protection dont ils jouissent contre les dangers qui découlent des opérations militaires. De plus, pendant la durée de leur participation directe aux hostilités, les civils peuvent être directement attaqués comme s'ils étaient des combattants.¹² La notion de participation « directe » ou « active » aux hostilités, qui découle de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, se trouve dans de nombreuses dispositions du DIH. Néanmoins, en dépit des graves conséquences juridiques qui sont en jeu, ni les Conventions de Genève, ni leurs Protocoles additionnels n'établissent une définition de la conduite qui équivaut à une participation directe aux hostilités. Il est donc nécessaire de répondre aux trois questions suivantes, qui concernent les conflits armés internationaux aussi bien que les conflits armés non internationaux :

- *Qui est considéré comme un civil dans le cadre de la conduite des hostilités ?* La réponse à cette question délimitera le cercle des personnes qui sont protégées contre les attaques directes « sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ».
- *Quelle conduite équivaut à une participation directe aux hostilités ?* La réponse à cette question définira la conduite individuelle entraînant la suspension du droit d'un civil à la protection contre les attaques directes.
- *Quelles sont les conditions précises auxquelles les civils participant directement aux hostilités perdent la protection dont ils jouissent contre les attaques directes ?* La réponse clarifiera des questions telles que la durée de la perte de la protection des civils, les mesures de précaution et les présomptions qui prévalent en cas de doute, les limites imposées par le DIH à l'usage de la force contre des objectifs légaux et les conséquences qu'entraîne la restauration de la protection des civils.

Initiative du CICR

¹² Art. 51.3 du Protocole additionnel I ; art. 13.3 du Protocole additionnel II ; règle 6, Henckaerts, Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Genève, CICR, 2005.

En 2003, le CICR, en coopération avec l'Institut TMC Asser, a initié un processus de recherche et de réflexion au cours duquel des experts se sont penchés sur la notion de « participation directe aux hostilités » en vertu du DIH. L'objectif était d'identifier les éléments constitutifs de cette notion et de donner des conseils pour son interprétation dans les conflits internationaux et non internationaux. L'accent a été mis sur l'interprétation de la notion de « participation directe » en relation avec la conduite des hostilités. Le régime juridique applicable en cas de capture ou de détention de personnes ayant participé directement aux hostilités n'a été traité que de façon très marginale. En outre, les experts ne se sont consacrés qu'à l'analyse et à l'interprétation du DIH, sans préjudice des questions que pourrait poser la participation directe des civils aux hostilités dans le cadre d'autres régimes de droit international, notamment les droits de l'homme ou le droit régissant le recours à la force entre les États lorsqu'il s'agit d'opérations transfrontalières.

Quatre réunions d'experts informelles ont été tenues à La Haye et à Genève entre 2003 et 2006.¹³ Chaque réunion a rassemblé 40 à 50 experts juridiques provenant de milieux militaires, gouvernementaux et universitaires, ainsi que d'organisations internationales et non gouvernementales, participant à titre personnel.

La *première réunion d'experts* a établi les bases de la recherche et a débouché sur la conclusion unanime que la notion de participation directe aux hostilités devait faire l'objet d'une interprétation plus approfondie et que le CICR devrait diriger ce processus. La *deuxième réunion d'experts* a analysé le sujet plus en détails sur la base d'un questionnaire exhaustif, qui a été distribué aux experts avant la réunion et qui était axé sur une large gamme d'exemples pratiques et de questions théoriques. La *troisième réunion d'experts* a traité quelques-unes des questions juridiques les plus complexes, telles que les conséquences de l'appartenance à un groupe armé organisé sur l'applicabilité des règles régissant la participation directe aux hostilités (dans un conflit armé non international), la durée de la perte de la protection et la présence de fournisseurs privés et d'employés civils en zone de conflit.

Suite à ces réunions, les organisateurs ont rédigé le projet d'un document intitulé « *Interpretive Guidance* » (Conseils sur l'interprétation) sur la notion de participation directe aux hostilités, pour discussion à la *quatrième réunion d'experts*. Les commentaires apportés durant cette dernière réunion ont contribué à l'élaboration d'une version révisée du document, laquelle a été soumise aux experts pour commentaire en juillet 2007. Sur la base de ces commentaires, les organisateurs achèveront la mise au point du document.

Le document « *Interpretive Guidance* » tentera de présenter une interprétation cohérente du DIH en matière de participation directe des civils aux hostilités. Le document, accompagné du compte rendu complet des réunions d'experts, devrait être publié au courant de 2008.

3. Réglementer l'emploi des armes à dispersion

L'emploi des armes à dispersion n'est certainement pas le seul problème préoccupant lié aux armes dans le contexte des conflits armés contemporains. Toutefois, il est récemment devenu un sujet de première importance dans le débat international sur les moyens et les méthodes de guerre. Étant donné que les défis posés par les armes à dispersion sont étroitement liés aux règles essentielles de la conduite des hostilités (principe de distinction, interdiction des attaques menées sans discrimination, règle de proportionnalité et précautions), ce sujet est traité dans la présente section.

¹³ La Haye le 2 juin 2003, La Haye les 25 et 26 octobre 2004, Genève du 23 au 25 octobre 2005 et Genève du 27 au 28 novembre 2006. Un aperçu des discussions et des divers points de vue exprimés lors des réunions d'experts est présenté dans les comptes rendus succincts disponibles sur le site : <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl311205>.

Les armes à dispersion : un problème persistant

Les armes à dispersion constituent un problème persistant depuis des dizaines d'années. Dans presque chaque conflit armé dans lequel elles ont été utilisées, un nombre important de ces armes n'ont pas explosé comme prévu. Longtemps après la fin des combats, elles continuent donc à tuer et à mutiler d'innombrables civils, avec des conséquences sociales et économiques tragiques pour des communautés entières. Au Laos et en Afghanistan, par exemple, les armes à dispersion utilisées dans les années 70 et 80 tuent et blessent aujourd'hui encore des civils. Comme elles ont contaminé de grandes étendues de terre, les sous-munitions non explosées ont fait de l'agriculture une activité dangereuse et empêché le développement et la reconstruction. Dans ces deux pays, l'enlèvement de ces armes et d'autres restes explosifs de guerre a mobilisé de rares ressources nationales et internationales.

Malheureusement, des conflits plus récents sont venus allonger la liste des États déjà confrontés aux conséquences de l'emploi de telles armes. L'Érythrée, l'Éthiopie, l'Irak, le Liban, la Serbie et le Soudan sont des exemples de pays dans lesquels les armes à dispersion ont été utilisées au cours de la dernière décennie. Comme en Afghanistan et au Laos, ils doivent maintenant gérer cet héritage meurtrier de la guerre.

Les préoccupations soulevées par les armes à dispersion ne sont toutefois pas limitées aux effets, après le conflit et sur le long terme, des sous-munitions non explosées. Elles sont dues aux dangers que posent aussi ces armes pendant les conflits armés, quand elles fonctionnent comme prévu. Les armes à dispersion répandent une foule de sous-munitions explosives sur de très grandes étendues. Certains modèles peuvent même saturer une zone ciblée de 30 000 m². De plus, la précision des sous-munitions libérées dépend souvent très largement du vent, des conditions météorologiques, et de la fiabilité des systèmes complexes de lanceurs. De ce fait, il est difficile de contrôler les effets de ces armes, et le risque est grand qu'elles fassent de nombreuses victimes civiles, surtout quand les objectifs militaires et les civils se mêlent dans la zone ciblée.

Les préoccupations au regard du droit international humanitaire

Aucun traité de droit international humanitaire n'a de règles spécifiques régissant les armes à dispersion. Toutefois, les caractéristiques et les conséquences de leur emploi soulèvent de graves questions quant à savoir si elles peuvent être utilisées conformément aux règles essentielles du droit humanitaire. Certaines de ces questions fondamentales sont développées ci-dessous.

1. La question est posée de savoir si les armes à dispersion peuvent être utilisées contre des objectifs militaires situés dans des zones à forte densité de population, et ce, conformément aux *règles du droit international humanitaire relatif au principe de distinction* et à ***l'interdiction des attaques menées sans discrimination***. Ces règles sont conçues pour que les attaques soient dirigées contre des objectifs militaires spécifiques et ne soient pas de nature à frapper sans distinction des objectifs militaires et des civils ou des biens de caractère civil.

Comme cela a déjà été mentionné, la plupart des armes à dispersion sont conçues pour répandre un grand nombre de sous-munitions sur de très grandes étendues. En outre, de nombreux types de sous-munitions sont à chute libre et utilisent des parachutes ou des rubans pour ralentir leur chute et s'armer. Cela signifie que ces explosifs peuvent être déclenchés par le vent ou déviés de leur cible s'ils sont libérés à une vitesse ou à une altitude incorrectes. Ils peuvent souvent atterrir dans des zones autres que celles où se trouvent les objectifs militaires spécifiques ciblés.

De plus, il semblerait que les effets de ces armes sur de vastes zones et le nombre élevé de sous-munitions non guidées qui sont libérées rendent difficile, voire impossible, la distinction entre les objectifs militaires et les civils ou les biens de caractère civil dans une région ciblée à forte densité de population.

2. Les préoccupations concernent aussi **la règle de la proportionnalité**. Cette règle admet qu'une attaque menée contre un objectif militaire légitime peut faire des victimes civiles et causer des dommages aux biens de caractère civil. Elle exige cependant que, si une attaque est projetée, ses effets indirects sur les civils ne dépassent pas l'utilité militaire anticipée. Une attaque qui provoque incidemment un nombre excessif de victimes civiles ou de dommages par rapport à l'utilité concrète et directe militaire anticipée serait disproportionnée et, par conséquent, interdite.

Il est clair que l'application de la règle de la proportionnalité pendant la planification et le déroulement d'une attaque où des armes à dispersion sont utilisées doit comporter une évaluation des conséquences indirectes prévisibles pour les civils pendant l'attaque (morts et blessures immédiates) et l'examen des effets prévisibles des sous-munitions qui deviennent des restes explosifs de guerre. Concernant les restes explosifs de guerre, cela a été confirmé tout récemment dans la Déclaration finale de la troisième Conférence d'examen de la Convention sur certaines armes classiques. Dans cette Déclaration, les États parties ont indiqué que les effets prévisibles des restes explosifs de guerre sur les populations civiles étaient un facteur à prendre en compte dans l'application des règles de droit international humanitaire relatives au principe de la proportionnalité et aux précautions à prendre dans une attaque.

La principale question qui se pose à cet égard est ce que l'on entend par « prévisible ». Est-il crédible d'affirmer aujourd'hui que les conséquences à court, moyen ou long termes des sous-munitions non explosées sont imprévisibles, surtout quand ces armes sont utilisées dans des zones à forte densité de population ou à proximité ? Comme les conflits armés passés l'ont montré, on peut s'attendre à ce que des civils présents dans une zone cible soient obligés d'aller chercher de la nourriture et de l'eau, de se faire soigner et de mener d'autres activités quotidiennes qui les mettent en danger. S'ils ont quitté la zone pendant les hostilités, il est tout à fait prévisible qu'ils y retourneront à la première occasion et qu'ils seront exposés au danger des sous-munitions non explosées.

3. **Les règles sur les précautions pratiquement possibles** sont particulièrement importantes quand des armes à dispersion sont utilisées, compte tenu de leurs effets pendant et après un conflit armé¹⁴. Ces règles exigent que les deux camps prennent des mesures spécifiques pour réduire le risque que des civils ou des objets de caractère civil soient attaqués par erreur, et pour réduire au minimum le nombre de victimes civiles quand une attaque est lancée. De telles mesures impliquent de choisir et de vérifier soigneusement les cibles, d'annuler ou de suspendre des attaques, de diffuser des avertissements avant une attaque et d'éviter de placer des objectifs militaires dans des zones fortement peuplées.

La principale question ici est : comment les règles relatives aux précautions pratiquement possibles dans les attaques sont-elles appliquées à la lumière des caractéristiques connues et des effets prévisibles des armes à dispersion ? Pour respecter l'obligation de prendre toutes les précautions pratiquement possibles dans le choix des moyens et des méthodes d'attaque afin d'éviter de faire des victimes civiles, et en tout cas d'en réduire le nombre au minimum, et d'occasionner des dommages indirects, il faudrait, par exemple, que les parties à un conflit armé examinent la précision de l'arme à dispersion et son système de ciblage, la taille de son mode de dispersion, la quantité de restes explosifs de guerre susceptibles d'être libérés, la présence de civils et leur proximité par rapport aux objectifs militaires, et le recours à d'autres munitions et tactiques. Il faudrait peut-être aussi que les sous-munitions ne soient

¹⁴ Protocole additionnel I (art. 57 et 58) et droit international coutumier.

pas utilisées dans les zones à forte densité de population et que l'emploi d'autres armes soit envisagé. Vu le grand nombre de mesures possibles, pourquoi le nombre élevé de victimes civiles des armes à dispersion reste-t-il une caractéristique courante et prévisible des conflits armés dans lesquels ces armes sont utilisées ? La persistance de ce problème soulève des questions quant à savoir dans quelle mesure les règles sur les précautions pratiquement possibles sont appliquées dans le cas des armes à dispersion.

4. Une étape importante vers la réduction, après un conflit armé, des effets des armes à dispersion et d'autres restes explosifs de guerre a été franchie en 2003, lorsque les États parties à la Convention sur certaines armes classiques ont adopté le Protocole relatif aux restes explosifs de guerre. Le Protocole, qui est entré en vigueur le 12 novembre 2006, fournit un cadre de référence important pour la réduction des dangers, après un conflit, que représentent les munitions non explosées et les munitions abandonnées, sous toutes leurs formes. Le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a demandé à tous les États d'adhérer à cet accord historique dans les meilleurs délais.

Le Protocole ne contient toutefois pas de mesures juridiquement contraignantes permettant d'empêcher l'augmentation constante de la charge mondiale des restes explosifs de guerre. L'ampleur du problème continue de croître beaucoup plus rapidement que le rythme des opérations d'enlèvement. Les armes à dispersion contribuent très largement à ce problème. Le Protocole ne tient pas compte non plus du risque élevé d'effets indiscriminés causés par les armes à dispersion, lorsque les sous-munitions explorent à l'impact comme prévu, en particulier si elles frappent une zone habitée.

L'action du CICR

Le CICR et de nombreuses Sociétés nationales ont demandé instamment aux gouvernements de prendre des mesures urgentes pour traiter le problème des armes à dispersion. Afin d'examiner les moyens d'y parvenir, le CICR a organisé une réunion à Montreux (Suisse), du 18 au 20 avril 2007, réunissant des experts gouvernementaux et des experts indépendants. Cette réunion a permis un échange de vues franc et approfondi sur les nombreuses questions d'ordre humanitaire, militaire, technique et juridique liées aux armes à dispersion et l'examen des possibilités de réduire leurs effets sur les populations civiles.

Le CICR estime que les caractéristiques spécifiques des armes à dispersion, leur histoire marquée par les graves problèmes qu'elles posent sur le plan humanitaire, surtout quand elles sont utilisées contre des objectifs militaires situés dans des zones à forte densité de population, et les questions soulevées ci-dessus sont de solides arguments en faveur de l'élaboration de règles spécifiques destinées à réglementer l'usage de ces armes. Compte tenu de l'évolution récente de la situation au niveau international et des enseignements tirés de la réunion de Montreux, le CICR est d'avis qu'un nouveau traité de droit international humanitaire réglementant les armes à dispersion devrait être conclu. Ce traité devrait : i) interdire l'emploi, la mise au point, la production, le stockage et le transfert des armes à dispersion imprécises et non fiables ; ii) exiger la destruction des stocks existants d'armes à dispersion imprécises et non fiables ; et iii) prévoir l'assistance aux victimes, l'enlèvement des armes à dispersion et des activités visant à réduire les effets de ces armes sur les populations civiles. **Jusqu'à ce qu'un tel traité soit adopté, le CICR estime que les États devraient, unilatéralement, mettre fin sans délai à l'emploi de ces armes, interdire leur transfert et détruire les stocks existants.**

Un accord international de ce genre permettrait, s'il est adopté, de bien avancer sur la voie de la réduction des effets futurs des armes à dispersion. Le CICR continuera en priorité à travailler avec les gouvernements et les Sociétés nationales pour accélérer les négociations et la conclusion d'un nouveau traité de droit international humanitaire sur les armes à dispersion.

V. LES CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX

La majorité des conflits armés contemporains ne présentent pas un caractère international. La vie journalière de nombreux civils pris dans ces conflits est synonyme de crainte et de souffrance extrême. La prise délibérée de civils pour cible, le pillage et la destruction de biens de caractère civil, les déplacements forcés de population, l'utilisation de civils comme boucliers humains, la destruction d'infrastructures vitales pour les civils, le viol et d'autres formes de violence sexuelle, la torture, les attaques menées sans discrimination – ce sont là des actes de violence, parmi d'autres, qui caractérisent malheureusement trop souvent les conflits armés non internationaux dans le monde entier. Les défis posés par ces conflits sont, dans une certaine mesure, liés au manque de règles applicables, mais surtout, au manque de respect du droit international humanitaire.

De véritables défis

L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève énonce les premières règles que doivent observer les parties à un conflit armé non international. Ces règles protègent les personnes qui ne participent pas ou ne participent plus activement aux hostilités, et ce, en interdisant le meurtre, les mutilations, les tortures, les traitements cruels, les prises d'otages, les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants. Les condamnations prononcées sans un jugement préalable « assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés » sont elles aussi interdites. L'article précise que les obligations énumérées constituent un filet de sécurité « minimum » que les parties sont tenues d'observer.

Au fil du temps, les protections énoncées dans l'article 3 commun ont fini par être considérées comme tellement essentielles à la préservation d'une certaine humanité au cœur des conflits qu'elles sont appelées aujourd'hui les « considérations élémentaires d'humanité », qui doivent être observées dans tous les types de conflit armé, car elles relèvent du droit international coutumier¹⁵. **L'article 3 commun est donc devenu une base de référence à laquelle on ne peut déroger en aucune circonstance. Il s'applique au traitement de toutes les personnes se trouvant dans des mains ennemies, indépendamment de leur classification juridique ou politique et quel que soit le détenteur.**

Le droit qui régit les conflits armés non internationaux a connu une évolution constante depuis sa première codification, en particulier avec l'adoption, en 1977, du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève de 1949, qui « développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève¹⁶ ». Toutefois, on peut dire du droit conventionnel qu'il ne répond pas encore à certains besoins essentiels en matière de protection dans les conflits armés non internationaux.

L'évolution du droit international coutumier au cours des 30 dernières années a eu partiellement raison de la nature rudimentaire du droit conventionnel¹⁷. Les règles

¹⁵ Cour internationale de justice, *Nicaragua c. États-Unis*, par. 218.

¹⁶ Parmi les autres traités applicables aux conflits armés non internationaux figurent la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, et ses protocoles, et la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

¹⁷ Voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Genève, CICR, 2005 : sur les 161 règles coutumières en vigueur recensées dans cette étude, 147 sont considérées comme applicables à ces situations. Dans certains domaines, les règles sont identiques ou semblables à celles contenues dans le droit conventionnel, en particulier dans le Protocole additionnel II. Dans d'autres domaines, l'étude recense des règles

coutumières ont l'avantage de s'appliquer à toutes les parties à un conflit armé – État et entité non étatique – indépendamment de tout processus officiel de ratification. En fait, elles comblent certaines lacunes et s'appliquent à des questions qui ne sont pas suffisamment traitées dans le droit conventionnel, notamment pour ce qui est de la conduite des hostilités. La cristallisation du droit coutumier a, à la fois, développé et renforcé les règles du droit humanitaire applicables aux conflits armés non internationaux. Toutefois, si le droit international coutumier est une source du droit international, comme l'est aussi le droit conventionnel, ses règles et son contenu sont souvent contestés du fait qu'ils sont en grande partie non écrits. En outre, il existe encore des domaines où le droit conventionnel et le droit coutumier restent limités. Certains sont abordés ailleurs dans le présent rapport :

- L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève énonce des obligations minimales concernant les personnes détenues. Toutefois, il ne donne pas d'indication sur tous les aspects de la détention auquel il peut s'appliquer. Par exemple, il ne précise pas les garanties de procédure pour l'internement, qui est une forme de privation de liberté imposée pour des raisons impérieuses de sécurité reconnue par le droit humanitaire (voir chapitre III). De l'avis du CICR, il faudrait s'appuyer sur d'autres corpus et sources du droit, ainsi que sur des politiques appropriées, pour développer un régime qui corresponde à l'article 3 commun. La position institutionnelle du CICR annexée au présent rapport en tient compte (annexe 1).
- Malgré le développement considérable du droit international coutumier, certaines questions relatives au *droit sur la conduite des hostilités*, à savoir la notion de participation directe aux hostilités, méritent un examen plus approfondi.

D'autres défis, qui touchent aux règles elles-mêmes ou aux faits sur le terrain, concernent le champ d'application du droit conventionnel. Il est encore parfois difficile de déterminer si et quand une situation donnée constitue un conflit armé non international.

Dans certains cas, par exemple, il n'est pas clair si un groupe qui a recours à la violence peut être considéré comme une « partie au conflit » au sens de l'article 3 commun. Mis à part le niveau de violence exercée, il faut aussi prendre en compte la nature du groupe non gouvernemental quand une situation est qualifiée en termes juridiques. Quand la structure interne du groupe est mal définie ou quand une chaîne de commandement clandestine est présente, la question qui se pose est de savoir si le groupe est suffisamment organisé pour être qualifié de partie à un conflit armé. Cette qualification doit être faite au cas par cas¹⁸. C'est uniquement quand le niveau de violence exercée et que les parties impliquées remplissent les conditions d'un conflit armé non international que les règles pertinentes du droit international humanitaire s'appliquent.

Pour conclure, malgré le développement du droit international coutumier, la clarification et éventuellement le développement du droit applicable aux conflits armés non internationaux demeurent un défi majeur.

Outre ces défis d'ordre juridique, le droit qui régit les conflits armés non internationaux doit en relever d'autres, d'ordre pratique, le plus important étant probablement le conflit armé asymétrique. Toutefois, la réponse aux défis posés par ce type de conflit ne semble pas relever du domaine juridique – en particulier du développement du droit humanitaire. La conduite des hostilités par la partie militairement inférieure (souvent l'entité non étatique), qui est couramment condamnée dans ce type de conflit, est déjà constitutive de violations graves du droit humanitaire et peut entraîner une responsabilité pénale individuelle (attaques menées contre des civils, des biens de caractère civil et surtout des biens protégés, le

qui vont au-delà du droit conventionnel en vigueur et qui ont par conséquent contribué à combler les lacunes de la réglementation des conflits armés internes.

¹⁸ Voir aussi « Le DIH et le terrorisme ».

recours aux boucliers humains, les prises d'otages, etc.). Une dérogation de la partie militairement supérieure à ses obligations par réaction aux violations commises par l'autre camp n'est pas une option non plus. Une telle démarche résulterait d'abord en un affaiblissement, puis en une érosion des divers types de protection pour lesquels la communauté internationale lutte depuis longtemps. Elle conduirait presque inévitablement à de graves violations contre la vie, l'intégrité physique et la dignité, violations jusqu'à ce jour interdites par le droit humanitaire. Les États et d'autres acteurs qui vont peut-être trop vite pour proclamer que le droit ne peut plus traiter de manière adéquate les formes contemporaines de la violence armée devraient s'en souvenir.

Tenant compte de ces considérations, le CICR entend examiner les types contemporains et les types nouveaux de violence armée et évaluer l'état actuel du droit des conflits armés non internationaux à la lumière du droit conventionnel et du droit international coutumier. Sur la base des résultats, il déterminera s'il est nécessaire de clarifier ou de développer davantage le droit, en vue de renforcer la protection des personnes et des biens touchés par les conflits armés non internationaux.

Respect du droit humanitaire dans les conflits armés non internationaux

Les discussions qui ont eu cours dans les séminaires régionaux d'experts, organisés par le CICR en 2003, ont montré que c'est dans les conflits armés non internationaux qu'il est le plus difficile de mieux faire respecter le droit humanitaire, surtout dans le cas de parties non étatiques à ces conflits. En effet, des circonstances particulières telles que la nature de plus en plus fragmentée des conflits armés qui se déroulent dans des États faibles ou déstructurés, la nature asymétrique de la plupart des conflits et la participation croissante des civils aux hostilités ont tendance à fragiliser le respect du droit. Cela étant, la recherche de nouvelles façons de mieux faire appliquer et respecter le droit humanitaire doit être considérée comme une priorité.

On notera que des efforts considérables ont été faits au cours des 15 dernières années pour que les auteurs de violations graves du droit humanitaire soient poursuivis et punis. Des tribunaux *ad hoc* ont été créés, ainsi que la Cour pénale internationale et des tribunaux spéciaux ou mixtes. S'il est vrai qu'il faut continuer dans ce sens, **il faut aussi veiller à ce que le droit humanitaire soit mieux respecté quand un conflit armé se déroule. Il est de la plus haute importance de renforcer les mécanismes de prévention si l'on veut que le droit remplisse son rôle protecteur. Les États ont un rôle déterminant à jouer à cet égard.**

Sur la proposition des experts invités aux séminaires régionaux, le CICR a porté son attention sur cet aspect du problème. Il en a résulté, entre autres, une publication : *Accroître le respect du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux* (annexe 3). Cette publication est basée sur l'expérience acquise par le CICR dans les conflits armés non internationaux. Elle résume quelques-uns des grands défis auxquels le CICR a été confronté et les leçons qu'il a tirées des démarches qu'il a entreprises pour mieux faire respecter le droit humanitaire. Elle comprend aussi un aperçu de ses activités de diffusion, des outils juridiques et des méthodes de persuasion utilisés par l'institution pour que le droit humanitaire soit mieux respecté. Les principales conclusions sont décrites sommairement dans les paragraphes suivants. En plus des outils présentés, il convient de ne pas oublier que les États ne participant pas à un conflit armé non international ont un rôle à jouer – unilatéralement ou collectivement – pour que le droit humanitaire soit respecté, et aussi par rapport à des acteurs armés non étatiques. Cette responsabilité existe dans la mesure où les États ont ou peuvent avoir quelque influence sur le comportement des parties à un conflit armé. Il n'est pas obligatoire de parvenir à un résultat, mais il y a plutôt une « obligation de moyen » pour les États de prendre toutes les mesures appropriées possibles pour tenter de faire cesser les violations du droit humanitaire.

Lorsqu'il essaye d'engager un dialogue avec les parties aux conflits armés non internationaux et de les amener à mieux respecter le droit humanitaire, le CICR est confronté aux difficultés suivantes :

Diversité des conflits et des parties

Les conflits armés non internationaux peuvent prendre des formes extrêmement variées. Ils vont des combats classiques, similaires aux conflits armés internationaux, à d'autres qui sont par essence non structurés. Les parties – qu'il s'agisse d'États ou de groupes armés organisés – sont elles aussi très différentes les unes des autres de par leur caractère. Le degré de connaissance du droit, les motifs qui sous-tendent la participation à un conflit armé, l'intérêt ou la nécessité d'une reconnaissance internationale ou d'une légitimité politique : tous ces éléments ont une influence directe sur la conformité d'une partie au conflit avec le droit. Les groupes armés organisés, en particulier, sont extrêmement différents. Certains sont très centralisés (avec une forte hiérarchie, une chaîne du commandant effective, des capacités de communication, etc.), tandis que d'autres sont décentralisés (avec des factions semi-autonomes ou dissidentes opérant sous une structure hiérarchique mal définie). Les groupes peuvent aussi différer dans le degré de contrôle territorial qu'ils exercent, dans leur capacité à former des membres, et dans les mesures disciplinaires ou sanctions prises à l'encontre des membres qui violent le droit humanitaire.

Refus de l'applicabilité du droit humanitaire

Il n'est pas rare qu'une partie à un conflit armé non international – un État ou un groupe armé – nie l'applicabilité du droit humanitaire. Il se peut, par exemple, que les autorités gouvernementales ne soient pas d'accord pour qu'une situation particulière soit qualifiée de conflit armé. Elles affirmeraient au contraire qu'il s'agit d'une situation de « tension » ou de simple banditisme ou encore de terrorisme, et que cette situation ne saurait être assimilée à celle d'un conflit armé non international, car reconnaître qu'un tel conflit armé a lieu conférerait implicitement, de leur point de vue, une « légitimité » au groupe armé. Il se peut également que des groupes armés non étatiques nient l'applicabilité du droit humanitaire, en affirmant qu'il s'agit d'un corpus de droit créé par les États et qu'ils ne sauraient être liés par des obligations qui ont été ratifiées par le gouvernement contre lequel ils luttent. En pareil cas, le droit constituera rarement un cadre de référence pertinent, en particulier pour les groupes dont les actions sont déterminées par une idéologie forte.

Absence de volonté politique pour mettre en œuvre le droit humanitaire

Il se peut qu'une partie ne manifeste que peu, voire aucune volonté politique de se conformer aux dispositions du droit humanitaire. Lorsque l'objectif d'une partie à un conflit armé non international est intrinsèquement contraire aux principes, aux règles et à l'esprit du droit humanitaire, la volonté politique d'appliquer le droit fera défaut.

Ignorance du droit

Dans de nombreux conflits armés non internationaux, les porteurs d'armes ayant peu ou pas de formation au droit humanitaire sont directement impliqués dans les combats. Cette ignorance du droit entrave considérablement les efforts visant à faire mieux respecter le droit humanitaire et à réglementer le comportement des parties aux conflits.

Sur la base de sa longue expérience des situations de conflit armé non international, le CICR a tiré un certain nombre d'enseignements qui pourraient être utiles pour s'adresser plus efficacement aux parties aux conflits armés non internationaux, afin d'améliorer le respect du droit humanitaire.

Présentation « stratégique » du droit

Se limiter à sensibiliser les parties à un conflit armé au droit ou à leurs obligations spécifiques ne suffit pas à assurer le respect du droit. Il importe que le droit soit présenté et examiné de manière « stratégique », c'est-à-dire de façon pertinente et adaptée au contexte, et dans le cadre d'un plan délibéré d'engagement avec les parties. Cela est nécessaire pour que les parties développent une attitude positive à l'égard du droit, une première mesure vers le respect du droit. Présenter le droit de manière « stratégique » implique de connaître et de comprendre les motivations et les intérêts d'une partie. Il sera ensuite plus facile de lui expliquer pourquoi il est dans son intérêt de respecter le droit. Les arguments peuvent s'appuyer sur les considérations suivantes : l'efficacité et la discipline militaires ; l'attente d'un respect réciproque et l'intérêt mutuel ; la réputation (l'adhésion au droit humanitaire peut améliorer l'image de la partie ou sa position par rapport à l'opinion publique), l'appel à des valeurs culturelles fondamentales qui reflètent celles contenues dans le droit humanitaire, les intérêts à long terme (comme la facilitation de la réconciliation nationale après un conflit et le retour à la paix) et le risque de poursuites pénales.

Comprendre les caractéristiques du conflit et des parties et s'y adapter

Compte tenu de la grande diversité des conflits armés et des parties, il n'existe pas d'approche uniforme au problème du non-respect du droit humanitaire. Tous les efforts visant à accroître le respect du droit seront plus efficaces s'ils tiennent compte des caractéristiques d'une situation donnée. Cela vaut surtout pour les parties elles-mêmes. Il sera particulièrement utile de connaître et de comprendre les motivations et l'intérêt d'une partie, afin de lui expliquer pourquoi elle a intérêt à respecter le droit.

Action dans le contexte d'un long processus d'engagement

Les tentatives visant à influencer le comportement des parties à un conflit armé non international seront plus efficaces si elles s'inscrivent dans un processus d'engagement et d'établissement de relations avec chacune des parties. Un processus d'engagement sur le long terme fournit aussi des occasions d'obtenir des informations sur les caractéristiques des parties et de former ainsi une base permettant d'examiner le droit de manière « stratégique ». De plus, il offrira des possibilités d'examiner les questions concernant la volonté et la capacité politiques des parties de respecter le droit.

Outre les activités de diffusion et de formation, cruciales si l'on veut faire connaître les règles du droit humanitaire et construire une base de discussion sur le respect du droit, le CICR et d'autres acteurs humanitaires ont utilisé un certain nombre d'outils juridiques pour que les parties à un conflit armé non international respectent mieux le droit humanitaire. Ces outils ne garantissent pas par eux-mêmes un meilleur respect, mais ils fournissent néanmoins une base sur laquelle des démarches juridiques peuvent être entreprises et l'obligation de rendre des comptes exigée. Parmi ces outils, qui sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre, figurent :

- les accords spéciaux conclus entre les parties à un conflit armé non international par lesquels elles s'engagent explicitement à respecter le droit humanitaire (voir l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève)
- les déclarations unilatérales (ou « déclarations d'intention ») faites par des groupes armés parties aux conflits armés non internationaux, dans lesquelles ils s'engagent à se conformer au droit humanitaire
- l'inclusion du droit humanitaire dans les codes de conduite destinés aux groupes armés

- les références au droit humanitaire dans les accords de cessez-le-feu ou de paix
- l'octroi d'amnisties en cas de simple participation aux hostilités

On peut espérer que cette publication, *Accroître le respect du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, qui vient d'être résumée, apportera des informations et une aide utiles à ceux qui envisageraient de s'engager dans une entreprise de ce type.

VI. RÉGLEMENTER LES COMPAGNIES MILITAIRES OU DE SÉCURITÉ PRIVÉES

Ces dernières années, les tâches traditionnelles de l'État et de ses forces armées en temps de guerre ont de plus en plus été sous-traitées à des compagnies militaires ou de sécurité privées. Si la présence de ces compagnies dans les situations de conflit armé n'est pas nouvelle, leur nombre a augmenté et, surtout, la nature de leurs activités a changé. En plus du soutien logistique, tâche plus traditionnelle, ces compagnies participent de plus en plus à des activités qui les placent au centre même des opérations militaires – et par là même, au contact étroit des personnes protégées par le droit international humanitaire. Ces activités comprennent notamment la protection du personnel et des ressources militaires, la formation des forces armées et les services de conseil, la maintenance des systèmes d'armes, l'interrogatoire des détenus et parfois même par la participation aux combats.

Les nombreuses discussions portant sur les compagnies militaires ou de sécurité privées sont centrées sur la légitimité de la sous-traitance de l'usage de la force et sur la question de savoir s'il faudrait imposer officiellement des limites au droit des États d'y recourir. Quel que soit le résultat de ces discussions, la seule hypothèse réaliste à moyen terme est que la présence des compagnies militaires ou de sécurité privées dans les conflits armés ne peut qu'augmenter. La tendance d'un grand nombre d'États de réduire les effectifs de leurs forces armées laisse penser qu'il y aura moins d'hommes disponibles pour les combats actifs. Compte tenu de la nature extrêmement complexe des systèmes d'armes modernes, les forces armées dépendent aussi de plus en plus de compétences techniques extérieures dans ce domaine. Par ailleurs, les compagnies militaires ou de sécurité privées continueront d'être engagées par les États dont les armées sont en sous-effectif ou insuffisamment formées. On voit même aujourd'hui des organisations internationales et non gouvernementales avoir recours aux services de ces compagnies pour leur propre sécurité. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir, des groupes d'opposition armés engagent eux aussi des compagnies militaires ou de sécurité privées. De même, il est possible, bien qu'improbable pour l'instant, que ces compagnies soient engagées pour des opérations militaires multinationales, si les États ne peuvent pas fournir les effectifs requis.

En raison de son mandat exclusivement humanitaire, l'intérêt du CICR n'est pas de s'associer au débat sur la légitimité du recours à des compagnies privées dans les conflits armés, mais plutôt à trouver les moyens de faire en sorte que ces compagnies respectent mieux le droit international humanitaire. La question pour le CICR n'est pas de savoir si ces compagnies devraient être présentes dans les conflits armés, mais plutôt ce que dit le droit humanitaire quand elles y sont. Quelles sont les obligations des compagnies militaires ou de sécurité privées et de leur personnel, et quelles sont les obligations des États ? C'est le point qui sera traité dans la partie suivante du présent rapport.

On dit parfois que les compagnies militaires ou de sécurité privées opèrent dans un vide juridique et que le droit international ne donne aucune réponse à la manière de traiter les violations commises par leur personnel. Ces questions ont fait l'objet de nombreux reportages médiatiques. Une telle déclaration générale est inexacte d'un point de vue juridique, et il est important de souligner que des obligations existent en la matière. Toutefois, il est aussi vrai que l'on rencontre des problèmes d'application compte tenu de la réticence ou de l'incapacité des États et d'autres parties à faire respecter les règles dans la pratique.

En outre, les règles internationales en vigueur sont parfois formulées d'une manière si générale qu'elles nécessitent une clarification, afin que les États disposent d'indications pratiques et réalistes sur la manière dont ils devraient les transposer dans leur système et leur pratique juridiques. C'est le cas, en particulier, pour deux questions importantes :

1. Le statut, les droits et les obligations des employés des compagnies militaires ou de sécurité privées ;
2. L'obligation des États de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire s'agissant d'activités menées par des compagnies militaires ou de sécurité privées.

Si la première question est assez claire au regard du droit, bien que souvent confuse dans la pratique, la deuxième nécessite une explication.

Statut, droits et obligations des employés des compagnies militaires ou de sécurité privées

Les compagnies militaires ou de sécurité privées sont des compagnies privées. Si le droit international humanitaire est contraignant pour les acteurs non étatiques, il en est seulement ainsi lorsqu'ils sont parties à un conflit armé (c'est-à-dire, des groupes armés organisés). En tant qu'entités juridiques, les compagnies militaires ou de sécurité privées ne sont pas liées par le droit humanitaire, contrairement aux membres de leur personnel qui, en tant que personnes, doivent se conformer au droit humanitaire dans les situations de conflit armé.

Les personnes qui travaillent pour des compagnies privées dans les conflits armés ont des droits et des obligations en vertu du droit international humanitaire – mais il n'existe aucun statut qui couvre tous les employés. Le statut de chaque personne dépend de la situation particulière dans laquelle elle opère et du rôle qu'elle y joue. Par ailleurs, l'attitude vis-à-vis des mercenaires, qui est souvent émotionnelle et hautement politique, a tendance à compliquer l'examen juridique de leur statut.

Dans les conflits armés internationaux, les employés des compagnies militaires ou de sécurité privées peuvent appartenir à l'une des catégories juridiques suivantes :

Premièrement, ils peuvent être membres des forces armées, au sens de l'article 4, section A, paragraphes 1 et 3, de la III^e Convention de Genève¹⁹, s'ils sont incorporés dans ces forces armées, comme cela a été le cas dans plusieurs situations. Toutefois, il est beaucoup plus fréquent que des États fassent appel à des compagnies militaires ou de sécurité privées parce qu'ils réduisent les effectifs de leurs propres forces armées. Il est dès lors peu probable que ces compagnies fassent partie des forces armées.

Deuxièmement, les employés des compagnies militaires ou de sécurité privées peuvent être membres de milices ou d'autres corps de volontaires appartenant à un État partie un conflit armé, au sens de l'article 4, section A, paragraphe 2, de la III^e Convention de Genève²⁰. C'est le cas si, dans une situation de conflit armé international, ils constituent un groupe « appartenant à » une partie au conflit et répondent aux quatre critères qui définissent ce groupe, c'est-à-dire avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés, avoir un signe distinctif fixe, porter ouvertement les armes et se conformer aux lois et coutumes de la guerre.

Troisièmement, il est probable qu'un certain nombre d'employés des compagnies militaires ou de sécurité privées se retrouvent dans la catégorie des civils qui accompagnent les forces armées, au sens de l'article 4, section A, paragraphe 4, de la III^e Convention de Genève – un des exemples mentionnés explicitement dans cet article concerne les membres civils

¹⁹ Voir aussi l'article 43 du Protocole additionnel I.

²⁰ *Ibid.*

d'équipages d'avions militaires et les fournisseurs. Il est important de souligner que les civils qui accompagnent les forces armées restent des civils. S'ils ont droit au statut de prisonnier de guerre dans un conflit armé international, ils n'ont pas le droit, en tant que civils, de participer directement aux hostilités et peuvent être poursuivis en vertu du droit national s'ils le font. Toutefois, tous les sous-traitants ne font pas partie de la catégorie des civils qui accompagnent les forces armées. Pour qu'une personne soit qualifiée comme telle, il doit y avoir un lien réel, c'est-à-dire qu'elle doit fournir un service aux forces armées, et pas seulement à l'État.

En fait, compte tenu des limitations inhérentes à toutes les catégories mentionnées ci-dessus, la majorité des employés des compagnies militaires ou de sécurité privées appartiennent à la catégorie des civils. En tant que tels, ils bénéficient de la protection qu'accorde le droit international humanitaire aux civils. Dans les conflits armés internationaux, ils sont couverts par la IV^e Convention de Genève (pour autant qu'ils répondent aux critères de nationalité énoncés à l'article 4), le Protocole additionnel I et le droit coutumier. Dans les conflits armés non internationaux, ils relèvent de l'article 3 commun, du Protocole additionnel II et du droit coutumier. Cependant, s'ils participent directement aux hostilités, ils perdent la protection contre les attaques, protection qui leur est accordée en tant que civils dans les deux types de conflit.

Enfin, au sujet du statut, le terme « mercenaire » doit être mentionné, puisqu'il est souvent utilisé, en particulier par les médias, pour décrire les employés des compagnies militaires ou de sécurité privées. D'un point de vue strictement juridique, cette description est inexacte dans la plupart des cas, compte tenu de la définition très restrictive que lui donne le droit international humanitaire. Pour être qualifiée de « mercenaire » aux termes du droit humanitaire, une personne doit répondre à chacun des six critères suivants (article 47 du Protocole additionnel I) : elle doit 1) avoir été recrutée spécialement pour combattre dans un conflit armé ; 2) prendre effectivement une part directe aux hostilités ; 3) être motivée essentiellement par le désir d'un avantage personnel ; 4) ne pas avoir la nationalité d'une partie au conflit ni être résident d'un territoire contrôlé par une partie au conflit ; 5) ne pas être membre des forces armées d'une partie au conflit ; 6) ne pas avoir été envoyée en mission officielle par un État qui n'est pas partie au conflit armé, en tant que membre des forces armées de cet État. Plusieurs de ces critères peuvent conduire à l'exclusion de la plupart des employés des compagnies militaires ou de sécurité privées de la catégorie « mercenaire » telle qu'elle est définie par le droit humanitaire. La raison est, d'abord, que la plupart des employés travaillant pour ces compagnies ne sont pas engagés spécifiquement pour combattre dans un conflit armé et qu'ils ne participent pas directement aux hostilités. Ils sont très souvent engagés pour fournir d'autres services, par exemple dans les domaines de la formation, de la sécurité des personnes ou des renseignements. Ensuite, tous les nationaux d'une des parties au conflit sont exclus. Enfin, rien qu'en incorporant ces employés dans ses forces armées, un État qui souhaite avoir recours aux compagnies militaires ou de sécurité privées évite ainsi que les membres de son personnel soient considérés comme des mercenaires, même si toutes les autres conditions sont remplies.

Dans tous les cas, selon les règles du droit humanitaire applicables aux conflits armés internationaux, une personne qui appartient à la catégorie des mercenaires n'est pas considérée comme un combattant et n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre (article 47 du Protocole additionnel I). Par conséquent, les mercenaires peuvent être poursuivis au titre du droit national pour leur participation directe aux hostilités. Cependant, à moins qu'ils ne remplissent les critères liés à la nationalité énoncés à l'article 4 de la IV^e Convention de Genève, les mercenaires sont des personnes protégées (dans les limites fixées par l'article 5 de cette Convention). Sinon, les dispositions de l'article 75 du Protocole additionnel I s'appliquent, puisqu'ils relèvent du droit conventionnel ou du droit international coutumier.

Les États sont, bien entendu, libres d'interdire les compagnies militaires ou de sécurité privées, ou d'interdire certains services rendus par ces compagnies, comme de participer directement aux hostilités. Par exemple, les États parties à la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires et à la Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique ont l'obligation de criminaliser le mercenariat dans leur législation nationale. La question du mercenariat est étroitement liée à la question de savoir dans quelle mesure un État peut et devrait sous-traiter le recours à la force et reste une question importante. Le droit humanitaire n'aborde toutefois pas cette question.

Obligations des États

Les États ont, en vertu du droit international, un certain nombre d'obligations concernant les activités des compagnies militaires ou de sécurité privées. Ces obligations doivent être clarifiées, afin que les États puissent mettre en place la législation et les mécanismes appropriés.

Au titre de l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève, tous les États ont l'obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire. Plusieurs catégories d'États ont un rôle à jouer, à savoir : les États qui engagent des compagnies militaires ou de sécurité privées, les États sur le territoire desquels ces compagnies opèrent, les États où les compagnies militaires ou de sécurité privées ont leur siège social, et les États dont les nationaux sont des employés de ces compagnies.

Les États qui engagent des compagnies militaires ou de sécurité privées ont des relations très étroites avec elles. D'emblée, il est important de souligner que ces États eux-mêmes conservent la responsabilité de respecter le droit humanitaire et de remplir les obligations qui en découlent. Par exemple, l'article 12 de la III^e Convention de Genève précise que, quelle que soit la personne responsable à titre individuel, la puissance détentrice demeure responsable du traitement réservé aux prisonniers de guerre. Cette relation étroite signifie aussi que les États sont directement responsables des actes commis par les compagnies militaires ou de sécurité privées quand ces actes peuvent être attribués aux États en vertu du droit de la responsabilité des États, notamment si lesdites compagnies ont qualité pour exercer partiellement l'autorité gouvernementale ou si elles agissent sur les instructions ou sous la direction ou le contrôle des autorités de l'État.

De plus, l'État qui passe un contrat avec une compagnie militaire ou de sécurité privée a l'obligation de faire en sorte que cette compagnie respecte le droit humanitaire. C'est une obligation juridique assez large, mais la meilleure pratique donne une indication sur la manière dont les États peuvent s'en acquitter. Par exemple, les États pourraient inclure, dans le contrat passé avec la compagnie, certaines conditions telles qu'une formation adéquate au droit humanitaire, l'exclusion d'activités spécifiques comme la participation à des opérations militaires, ou l'enquête de sécurité auprès des employés pour s'assurer qu'ils n'ont pas commis de violations par le passé .

Enfin, les États qui engagent des compagnies militaires ou de sécurité privées doivent, comme tous les autres États, réprimer les crimes de guerre et les autres violations du droit humanitaire commis par le personnel de ces compagnies.

Les États sur le territoire desquels opèrent les compagnies militaires ou de sécurité privées ont, eux aussi, l'obligation de faire en sorte que le droit humanitaire soit respecté sous leur juridiction. Pour cela, dans la pratique, ils peuvent adopter des réglementations qui fournissent un cadre juridique aux activités de ces compagnies. Par exemple, les États pourraient mettre en place un système d'enregistrement imposant certains critères aux compagnies militaires ou de sécurité privées ; ou ils peuvent avoir un système de délivrance

de permis, soit pour des compagnies individuelles, soit pour des services spécifiques prédéfinis, soit au cas par cas pour chaque service.

Les États où les compagnies militaires ou de sécurité privées ont leur siège ont, de même, l'obligation de faire respecter le droit humanitaire. Ils sont particulièrement bien placés pour prendre des mesures pratiques et efficaces, car, comme les États sur le territoire desquels opèrent les compagnies militaires ou de sécurité privées, ils ont la possibilité de réglementer les activités de ces compagnies et de leur délivrer des permis. Ils pourraient adopter des réglementations exigeant que lesdites compagnies remplissent un certain nombre de conditions pour fonctionner légalement, par exemple que leurs employés reçoivent une formation appropriée et soient soumis à une enquête de moralité adéquate.

Enfin, il convient de mentionner **les États dont les nationaux sont des employés des compagnies militaires ou de sécurité privées**. Si ces États n'ont quasiment aucun lien avec la compagnie en tant que telle ou avec l'opération, ils ont un lien juridictionnel solide avec les employés et sont ainsi bien placés pour exercer sur eux une juridiction pénale si les employés commettent des violations du droit humanitaire, même à l'étranger.

En bref, différentes catégories d'États ont des obligations en vertu du droit international humanitaire. Ces obligations forment ensemble un vaste cadre juridique international pour les opérations menées par les compagnies militaires ou de sécurité privées. Certaines de ces obligations sont relativement générales, et il est nécessaire de conseiller les États pour qu'ils puissent les mettre en pratique. Il y a diverses manières d'y parvenir efficacement et qui permettront de combler les dernières lacunes en matière d'obligation de rendre des comptes.

L'initiative de la Suisse relative aux entreprises militaires et aux entreprises de sécurité privées (réalisée en collaboration avec le CICR)

Devant le nombre croissant des compagnies militaires ou de sécurité privées présentes dans les conflits armés, le gouvernement suisse a lancé une initiative pour promouvoir le respect du droit international humanitaire et proposer des moyens de traiter cette question. Les objectifs de cette initiative²¹ sont les suivants :

1. Contribuer au débat intergouvernemental sur les questions soulevées par le recours à des entreprises militaires et à des entreprises de sécurité privées ;
2. Étudier et mettre au point des bonnes pratiques, sur la base des obligations existantes, afin d'aider les États à respecter et à faire respecter le droit international humanitaire et les droits de l'homme.

Le CICR travaille étroitement avec le gouvernement suisse à cette initiative, dans le but de mieux faire respecter le droit international humanitaire.

Après de premières consultations, deux réunions rassemblant des experts gouvernementaux, des universitaires, des représentants des organisations non gouvernementales et des membres de l'industrie ont eu lieu en 2006 ; il y a été question des obligations existantes et des possibilités de réglementation. Le processus se poursuivra tout au long de l'année 2008, avec des consultations d'experts sur des questions spécifiques et des réunions intergouvernementales.

²¹ Pour plus d'informations, consulter le site Web de l'initiative sur <http://www.eda.admin/psc>.

VII. L'OCCUPATION ET AUTRES FORMES D'ADMINISTRATION D'UN TERRITOIRE ÉTRANGER

L'occupation

L'occupation est une situation régie par le droit international. Elle est essentiellement fondée sur la notion de contrôle effectif d'un territoire, comme l'indique la définition qui en est donnée à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. »

On ne met pas en cause le fait que les dispositions pertinentes du Règlement de La Haye de 1907, de la IV^e Convention de Genève de 1949 et du Protocole additionnel I de 1977 sont encore pleinement applicables à tous les cas d'occupation totale ou partielle d'un territoire étranger, que cette occupation rencontre ou non une résistance armée. D'une manière générale, le droit de l'occupation est le cadre juridique pour l'exercice provisoire de l'autorité par une puissance occupante ; il essaie d'établir un équilibre entre les besoins de cette puissance en matière de sécurité, d'une part, et les intérêts de l'autorité chassée du pouvoir et ceux de la population locale, d'autre part. Dans l'interprétation classique du droit de l'occupation, la souveraineté sur le territoire ne revient pas à la puissance occupante, et il est essentiel que celle-ci préserve autant que possible le *status quo ante*. La puissance occupante est donc obligée de respecter les lois en vigueur et les institutions en place et de n'introduire de changements que s'ils sont nécessaires à l'accomplissement de ses obligations en vertu du droit de l'occupation, de maintenir l'ordre public et la sécurité publique, d'assurer l'administration régulière du territoire et d'assurer sa propre sécurité.

Le droit de l'occupation a toutefois été remis en cause au motif qu'il n'est pas adapté aux caractéristiques complexes des situations d'occupation plus récentes. Les réticences de certains États à accepter l'applicabilité du droit de l'occupation à des situations dans lesquelles ils sont impliqués ont été justifiées au motif que ces situations diffèrent considérablement de l'occupation classique par une force belligérante et qu'elles devraient être régies par un ensemble de règles plus spécifiques que le droit de l'occupation ne le permet actuellement.

Selon plusieurs universitaires, certaines notions fondamentales du droit international telles que le droit à l'autodétermination, ainsi que l'évolution intervenue dans le domaine des droits de l'homme, n'ont pas été prises en compte comme il convient dans le droit de l'occupation. L'applicabilité des droits de l'homme aux situations d'occupation a soulevé d'importantes questions qui méritent d'être examinées, comme de savoir dans quelle mesure et jusqu'où une puissance occupante peut appliquer cette branche du droit dans le territoire occupé. Le droit à l'autodétermination soulève, lui aussi, des questions, notamment si une puissance occupante peut prendre des mesures législatives pour encourager l'exercice de ce droit et si le droit à l'autodétermination peut justifier des changements radicaux dans le territoire occupé, qu'ils soient sociaux, économiques, politiques ou institutionnels.

Un plus large débat, lié au précédent, a lieu sur la supposée inadéquation croissante du principe qui sous-tend le droit de l'occupation, à savoir que l'exercice de l'autorité provisoire auquel l'occupant a droit ne permet pas l'introduction de changements radicaux à la structure juridique, politique, institutionnelle et économique du territoire en question. En effet, certains affirment que la nature statique du droit de l'occupation met exagérément en relief la nécessité de préserver le continuum sociopolitique dans le territoire occupé. Dans ce contexte, il a été mis en avant que la transformation d'un système gouvernemental oppressif ou que la reconstruction – par le biais de l'occupation – d'une société qui s'effondre pourraient se faire dans l'intérêt de la communauté internationale et seraient éventuellement nécessaires au maintien ou à la restauration de la paix internationale. Par conséquent, on

peut dire qu'il y a eu une divergence croissante entre le droit de l'occupation, qui exige que les lois et les institutions en place soient respectées, et la nécessité subjective de changer fondamentalement une société sous occupation dans certaines circonstances.

Les questions soulevées ci-dessus sont tout aussi pertinentes lorsque les buts favorisant la transformation dans certaines situations d'occupation – buts souvent justifiés par des considérations inspirées des droits de l'homme – résultent d'un mandat du Conseil de sécurité des Nations Unies. Certaines règles du droit de l'occupation ont provoqué un débat à propos de leur compatibilité avec des responsabilités énoncées par le Conseil de sécurité, étant donné que, dans certaines situations, on ne peut guère faire coïncider l'obligation de préserver le *status quo ante* avec le but de réformer un système de gouvernement. Certains ont décrit cette situation comme un conflit d'obligations ou comme un « calibrage » de la part du Conseil de sécurité des Nations Unies, soucieux de s'exempter de certaines parties du droit de l'occupation. Il semble que les experts acceptent certaines dérogations au droit de l'occupation dans la mesure où cela n'a pas d'incidence sur les normes de *jus cogens* contenues dans les instruments de droit humanitaire.

Aux fins du présent rapport, il est prématuré de proposer des réponses définitives, quelles qu'elles soient. On relèvera néanmoins que des limites doivent être fixées aux changements qui peuvent être opérés dans une situation d'occupation, si l'on accepte la nécessité d'un changement, comme certains le préconisent. Si une puissance occupante peut avoir une certaine souplesse dans l'application des normes relatives aux droits de l'homme, y compris le droit à l'autodétermination, on ne peut certainement pas lui laisser carte blanche pour changer la législation et les institutions afin qu'elles soient conformes à ses propres besoins ou valeurs d'ordre politique, juridique, culturel et économique. Le droit de l'occupation, il ne faut pas l'oublier, est un ensemble cohérent qui concilie judicieusement toute une série d'intérêts différents et dont on ne devrait pouvoir déroger que dans des circonstances exceptionnelles.

Autres formes d'administration d'un territoire étranger

Mis à part les divers défis que constituent les situations contemporaines d'occupation, d'autres défis sont posés par l'applicabilité du droit international humanitaire aux opérations de maintien de la paix menées par les Nations Unies, en particulier celles qui impliquent l'administration internationale d'un territoire au titre d'un mandat découlant du Chapitre VII [de la Charte des Nations Unies]. Dans plusieurs de leurs interventions effectuées dans le cadre de ce Chapitre VII, les Nations Unies n'ont pas toujours directement assumé des fonctions gouvernementales, mais au contraire, elles se sont appuyées sur les institutions nationales ou, quand celles-ci n'étaient pas disponibles, elles en ont confié la responsabilité aux forces engagées sur le terrain ou à un organisme spécifique chargé d'administrer le territoire concerné. Parmi les questions importantes que soulèvent ces situations figure notamment celle de savoir si le droit international humanitaire et le droit de l'occupation sont applicables à ce type d'opération des Nations Unies, et dans quelles circonstances. Il semble par conséquent nécessaire de définir clairement le cadre juridique régissant l'administration d'un territoire par des forces multinationales ou par une administration civile internationale, ainsi que la pertinence particulière du droit humanitaire et du droit de l'occupation dans ce contexte. Pour cela, il semblerait judicieux de procéder à un examen afin de déterminer si le droit humanitaire apporte des solutions pratiques à bon nombre des problèmes auxquels une administration internationale civile ou militaire est confrontée.

Sur la base des questions soulevées ci-dessus, ainsi que d'autres qui ont constitué récemment des défis pour le droit de l'occupation (certaines ont déjà été mentionnées dans le rapport soumis par le CICR à la XXVIII^e Conférence internationale), le CICR entend examiner si et dans quelle mesure les règles du droit de l'occupation devraient être renforcées, clarifiées ou développées. En 2007, le CICR a engagé un projet concernant le droit de l'occupation afin d'examiner les questions soulevées par des situations d'occupation

récentes et d'autres formes d'administration d'un territoire étranger. Le projet, qui comporte des consultations avec des acteurs clés et l'organisation de réunions d'experts, devrait faire suite aux discussions qui ont eu lieu à la réunion d'experts de 2003, réunion qui portait principalement sur l'applicabilité du droit international humanitaire et du droit de l'occupation aux opérations de paix multinationales. Avec l'aide d'experts juridiques, le CICR espère proposer des moyens concrets et procéduraux d'aller de l'avant.

VIII. RENFORCER LE RESPECT DU DIH : LE RÔLE DES SANCTIONS

Une meilleure application du droit international humanitaire en temps de paix comme dans les conflits armés est une priorité permanente du CICR. Dans son rapport à la XXVIII^e Conférence internationale, le CICR a porté toute son attention sur les moyens et les méthodes de parvenir à un meilleur respect du droit humanitaire dans les conflits armés, en mettant notamment l'accent sur l'importance et la portée de l'obligation des États de « respecter et [...] faire respecter » le droit humanitaire en toutes circonstances. Il a aussi organisé une série de cinq séminaires régionaux d'experts qui ont examiné, entre autres questions, les mécanismes, existants et potentiels, de contrôle et d'exécution du droit humanitaire²².

Quatre ans après que le rapport a été présenté à la XXVIII^e Conférence internationale, le but de parvenir à un meilleur respect, une mise en oeuvre et une exécution plus efficaces du droit humanitaire demeure un défi constant. La responsabilité en incombe avant tout aux parties aux conflits armés, États aussi bien qu'entités non étatiques.

La mise en oeuvre présuppose que tous les belligérants comprennent le droit et s'engagent à le respecter. Elle exige aussi que les États entreprennent une action suivie dans le cadre de leur système juridique et de leur pratique en vue d'adopter un large éventail de mesures nationales de mise en oeuvre requises par le droit humanitaire, notamment l'adoption de législation, l'élaboration de manuels militaires, une formation correcte et le contrôle du commandement au sein des forces armées et des forces de sécurité. En outre, des sanctions appropriées, de nature pénale ou disciplinaire, doivent être prévues et appliquées aux auteurs de violations des règles.

D'importants progrès ont été réalisés au cours des quatre dernières années dans les systèmes juridiques nationaux d'un grand nombre d'États qui ont essayé d'adapter leur législation et leur pratique aux dispositions du droit humanitaire et aux obligations qui en résultent. Cela s'est traduit notamment par la création, dans un nombre croissant d'États, de commissions nationales et d'autres organes chargés de conseiller leur gouvernement sur les questions liées au droit international humanitaire et à sa mise en oeuvre sur le plan national. Néanmoins, beaucoup reste à faire et cette question demeure une préoccupation constante du CICR.

D'autres progrès non négligeables ont été faits ces 15 dernières années par rapport à la mise en place de mécanismes internationaux pour la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle. Des tribunaux *ad hoc* ont été créés, ainsi que la Cour pénale internationale et des tribunaux internationalisés ou mixtes. Certains États ont également montré leur volonté d'exercer une compétence extraterritoriale pour les crimes de guerre, afin de poursuivre et punir les auteurs de violations graves du droit humanitaire devant leurs propres tribunaux nationaux. Toutefois, si l'on peut dire que la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle a considérablement évolué, faire que tous les belligérants sur le champ de bataille respectent mieux le droit humanitaire est et reste un défi de premier plan.

²² Un résultat concret des réunions d'experts est examiné au chapitre V.

L'initiative prise par le CICR pour étudier le rôle des sanctions et leur effet dissuasif sur les auteurs de violations graves du droit international humanitaire

En 2004, le CICR a publié une étude²³ sur les origines du comportement en temps de guerre, dont le but est d'identifier les facteurs qui conditionnent de manière décisive le comportement des porteurs d'armes dans les conflits armés. Une des principales conclusions de l'étude est que l'encadrement rigoureux des combattants, des ordres stricts et des sanctions effectives sont les leviers les plus efficaces pour obtenir des porteurs d'armes un meilleur respect du droit humanitaire.

Le CICR a examiné, et examine encore, ces conclusions de manière approfondie, se concentrant en particulier sur le rôle des sanctions quand il s'agit de mieux faire respecter le droit humanitaire. Il a aussi cherché à fournir des preuves supplémentaires à l'appui des conclusions de l'étude et a réfléchi sur deux questions reconnues comme essentielles. Ces questions ont trait à la nature et aux caractéristiques des sanctions et à l'environnement dans lequel elles sont appliquées. L'examen en cours devrait permettre à terme de dissuader les porteurs d'armes de commettre des violations graves du droit humanitaire.

La nature et les caractéristiques des sanctions

La première partie de l'examen du CICR porte principalement sur trois questions, à commencer par **la nature dissuasive des sanctions**, c'est-à-dire le rôle joué par la menace de la punition par opposition à la punition elle-même.

À ce propos, le CICR a observé que, si les sanctions sont appliquées de manière aléatoire et qu'elles sont donc imprévisibles, les combattants sont généralement prêts à prendre des risques et à enfreindre le droit puisqu'ils considèrent qu'il y a une grande probabilité qu'ils ne seront pas punis. En outre, si les sanctions sont considérées comme purement hypothétiques, elles n'auront aucune efficacité pour empêcher les violations, si lourde soit la peine encourue. Cela montre que l'efficacité et la légitimité des sanctions doivent être renforcées à tous les niveaux. En effet, le problème est moins un problème d'inadéquation des dispositions pénales qu'un problème de non-application. Au plus fort d'un conflit armé, les tribunaux – nationaux ou internationaux – ne peuvent généralement pas intervenir, et n'interviennent pas, en condamnant et en punissant les auteurs de violations. Il est donc nécessaire de trouver des solutions alternatives ou complémentaires pour traduire les sanctions dans la réalité. Si les auteurs de violations graves du droit humanitaire s'attendent à être punis, que ce soit par le système de justice pénale ou par tout autre moyen, leur comportement peut changer. À cet égard, il conviendrait d'étudier les sanctions disciplinaires en raison du signal rapide et efficace qu'elles envoient aux combattants et de la forte réprobation qui y est attachée en termes de rejet par les pairs. Il faut toutefois faire attention à deux éléments : premièrement, les sanctions disciplinaires pourraient être considérées comme visant à dissimuler la gravité d'un crime et, deuxièmement, elles pourraient être insuffisantes au regard des intérêts des victimes.

La deuxième question porte sur **les personnes auxquelles les sanctions s'appliquent**. Dans tous les types de conflit armé, le droit international étend la responsabilité pénale des violations au-delà du cercle des auteurs réels pour englober un grand nombre de participants éventuels, notamment les officiers supérieurs et les dirigeants civils. Le CICR est particulièrement intéressé à évaluer les effets de cette responsabilité étendue par rapport au rôle des personnes concernées (porteurs d'armes, chefs d'unité de campagne, commandants ou représentants civils) et les sanctions qui pourraient être associées à leur comportement illicite.

²³ Daniel Munoz-Rojas et Jean-Jacques Frésard, *Origines du comportement dans la guerre – Comprendre et prévenir les violations du DIH*, CICR, Genève, octobre 2004.

Le troisième point étudié concerne **les formes de justice** – civile ou militaire – et leur impact sur le renforcement du respect du droit humanitaire. Si l'on n'a pas prévu de compétence exclusive pour les tribunaux civils ou militaires, il faudra aussi s'employer à fixer les critères selon lesquels la répartition des compétences devrait être établie.

L'influence de l'environnement sur l'effet dissuasif des sanctions

La seconde partie de la réflexion a pour objet le contexte dans lequel se produisent les violations du droit humanitaire et l'applicabilité des sanctions. Déterminer les facteurs qui influencent le comportement dans les conflits armés nécessite une réflexion qui sort du cadre des sanctions et considère tous les éléments susceptibles d'influencer le comportement, surtout parce que les sanctions, manifestement, ne sont pas considérées et comprises de la même manière, partout, par les porteurs d'armes. Il y a aussi un avantage à tenter de réconcilier les valeurs des différents groupes avec celles du droit humanitaire. Le CICR est disposé à réaliser une étude sur l'efficacité des sanctions qui prendrait en considération l'influence des facteurs qui caractérisent des scénarios prédéterminés dans lesquels il est demandé que des sanctions soient appliquées, un domaine de recherche très peu exploré.

Les attentes des victimes et leurs besoins

Lorsqu'on examine le rôle des sanctions, il est important de bien réfléchir aux intérêts des victimes de violations du droit humanitaire et au type de système qui pourrait répondre au mieux à leurs attentes et à leurs besoins. Le fait que les procédures pénales ne prennent pas toujours en compte les intérêts des victimes est souvent source de frustration, de déception et de colère. L'établissement de la vérité, la réparation et la lustration, entre autres, sont des aspects qui jouent un rôle crucial en permettant aux sociétés et aux individus qui les composent de guérir et de reconstruire leur vie. Il n'est malheureusement pas possible de les traiter correctement dans le cadre d'un système traditionnel de justice pénale. Il convient dans ce cas d'envisager d'autres mécanismes. Ces mécanismes pourraient aussi imposer des sanctions aux auteurs des violations – d'une nature différente que les sanctions strictement pénales – qui résulteraient d'un processus de négociation entre les victimes, les auteurs et la société qui en subit les conséquences. Le CICR espère continuer à étudier des solutions alternatives ou complémentaires et mesurer leurs effets sur la prévention des violations graves du droit humanitaire.

Manière dont la recherche est menée

Afin de mener à bien cette recherche, le CICR travaille avec un groupe d'experts indépendants de différents horizons. Ils ont été invités à répondre par écrit à quatre études de cas et ont participé à deux réunions informelles, en avril 2006 et en juin 2007, où ils ont discuté de sujets divers tels que la nature des sanctions, les différentes formes de responsabilité et de justice, les risques d'une action en justice, et l'amnistie, les besoins des victimes et les mécanismes d'une justice de transition. Ces réunions ont permis de limiter le nombre de questions qui seront traitées lors d'une plus large réunion interrégionale qui se tiendra en novembre 2007. Le but de la réunion de novembre est d'élaborer et de rédiger des propositions concrètes qui aideront le CICR dans les efforts qu'il fournit aux Etats dans la mise en place d'un système intégré de sanctions, un système qui aurait une réelle influence à long terme sur le comportement des combattants et sur leur environnement, en vue de promouvoir un meilleur respect du droit international humanitaire.

ANNEXE 1 :

Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement / la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence.

ANNEXE 2:

Ordre du jour de la XXX^e Table ronde de San Remo sur « La conduite des hostilités : revisiter le droit des conflits armés 100 ans après les Conventions de La Haye de 1907 et 30 ans après les Protocoles additionnels de 1977 »



Comité International
de la Croix-Rouge (CICR)



Institut International
de Droit Humanitaire (IIDH)

30^{ème} Table Ronde de Sanremo
sur les sujets actuels du droit international humanitaire

La conduite des hostilités

***Revisiter le droit des conflits armés
100 ans après les Conventions de La Haye de 1907 et
30 ans après les Protocoles additionnels de 1977***

Ordre du jour

6 au 8 septembre 2007
Sanremo, Italie



***Sous le Haut Patronage
du Président de la République italienne
S.E. Dr. Giorgio Napolitano***

Mercredi, 5 septembre 2007

- 15.00 – 20.00 Inscription des participants - Centre des Congrès, Grand Hôtel de Londres
Toutes les sessions en plénière auront lieu au Centre des Congrès
- 18.00 – 20.00 Cocktail de bienvenu, Grand Hôtel de Londres

Jeudi, 6 septembre 2007

09.30-10.15

Session d'ouverture

Président : Prof. Michel Veuthey, Président a.i., Institut international de droit humanitaire

Message du Président de la République italienne, Giorgio Napolitano

Allocutions d'ouverture :

- Dr. Claudio Borea, Maire de Sanremo
- Sénateur Gianni Vernetti, Sous-secrétaire d'État, Affaires étrangères, Italie
- Brigadier-Général Erwin Dahinden, Département de la Défense, Suisse
- Dr. Liesbeth Lijnzaad, Conseillère juridique, Ministère des Affaires étrangères, Pays-Bas
- Dr. Massimo Barra, Président, Croix-Rouge italienne

Discours d'ouverture

- Dr. Jakob Kellenberger, Président, Comité international de la Croix-Rouge (CICR)

**I. La conduite des hostilités dans une perspective éthique, historique et prospective:
Introduction au thème de la table ronde**

(10.15 – 12.30)

Modérateur: Dr. Rolph K. Jenny

Vice Président, Institut international de droit humanitaire

- 10.15-10.35 Les fondements éthiques et philosophiques du droit de la conduite des hostilités
Dr. Hugo Slim, Chef de recherche, Centre pour le dialogue humanitaire, Genève
- 10.35-10.55 Des Conventions de La Haye de 1907 aux Protocoles additionnels de 1977 (et au-delà) – Évolution historique du droit de la conduite des hostilités
Dr. Philip Spoerri, Directeur du droit international, Comité international de la Croix-Rouge (CICR)
- 10.55-11.25 Pause café
- 11.25-11.45 Les mutations contemporaines de la guerre
Colonel (ret.) Thomas X. Hammes, Corps des Marines des Etats-Unis
- 11.45-12.30 Discussion
- 12.30-14.30 Déjeuner

**II. L'usage de la force en droit international humanitaire et en droits de l'homme
(14.30-15.40)**

Modérateur: Général Giuseppe Valotto, Président, Centre d'Etudes Supérieures sur la Défense (CASD),
Rome

- 14.30-14.55 Les règles relatives à la conduite des hostilités et au maintien de l'ordre: régimes complémentaires ou incompatibles?
Mme Jelena Pejic, Conseillère juridique, Comité international de la Croix-Rouge (CICR)
- 14.55-15.20 La conduite des hostilités dans le cadre du contre-terrorisme
Colonel William K. Lietzau, Corps des Marines des Etats-Unis, Washington D.C.
- 15.20-15.40 Discussion

III. Combattants et objectifs militaires *versus* personnes et biens civils (15.40-19.00)

Modérateur: Prof. Yves Sandoz, Membre, Comité international de la Croix-Rouge (CICR)

- 15.40-16.05 Les notions de combattant, de groupe armé, de personne et de population civile en conflit armé international
Général-Brigadier Kenneth Watkin, Juge avocat général, Forces armées canadiennes
- 16.05-16.30 Les notions de "combattant", de groupe armé, de personne et de population civile en conflit armé non international
Dr. Jann K. Kleffner, Assistant Professeur en Droit International, Université d'Amsterdam, Pays-Bas
- 16.30-16.50 Pause café
- 16.50-17.15 La notion de participation directe aux hostilités
Dr. Nils Melzer, Conseiller juridique, Comité international de la Croix-Rouge (CICR)
- 17.15-17.30 Discussion
- 17.30-18.00 La définition de l'objectif militaire
Dr. Knut Dörmann, Chef adjoint, Division juridique, CICR
- 18.00-18.20 Discussion
- 18.20-18.40 Le droit applicable en cas de doute sur la nature d'un objectif militaire
M. Daniel Klingele, Chef, Section Droits de l'homme et Droit international humanitaire, Affaires étrangères, Suisse
- 18.40-19.0 Discussion
- 19.30 Réception offerte par le Casino de Sanremo

Vendredi, 7 septembre 2007

IV. Méthodes de combat (09.00-12.30)

Modérateur: Prof. Marie Jacobsson, Conseillère juridique principale, Affaires étrangères, Suède
Membre, Commission de droit international

- 09.00-09.45 L'interdiction des attaques indiscriminées et le principe de proportionnalité: présentation du droit et études de cas
Prof. Ove Bring, Membre du Conseil, IIDH
M. Stéphane Bourgon, Conseil de défense auprès du TPIY, Canada
- 09.45-10.30 Les précautions dans l'attaque: présentation du droit et études de cas
Prof. Wolff Heintschel von Heinegg – Université européenne Viadrina, Frankfurt/Oder
Prof. Marco Sassoli, Université de Genève, Suisse
- 10.30-11.00 Discussion
- 11.00-11.30 Pause café
- 11.30-12.10 L'interdiction des boucliers humains et les précautions contre les effets des attaques: présentation du droit et études de cas
Prof. Michael Schmitt, Ecole de guerre navale des Etats-Unis
Prof. Françoise Hampson, Université d'Essex, Royaume-Uni
- 12.10-12.30 Discussion
- 12.30-14.30 Déjeuner

V. Moyens de combat (14.30-16.10)

Modérateur: Brigadier-Général Erwin Dahinden, Département de la Défense, Suisse

- 14.30-14.50** Le principe de l'interdiction des maux superflus ou des souffrances inutiles
Dr. Théo Boutruche, Assistant, Université de Genève, Suisse
- 14.50-16.10** Groupes de travail:
- **Biotechnologie et armes**
M. John Borrie, Institut des Nations Unies pour la recherche sur le désarmement
M. Richard Lennane - Département des Nations Unies pour les affaires de désarmement
 - **Les armes dites "non létales" et leurs implications juridiques**
M. Dominique Loye, Chef adjoint, Unité Mines-Armes, CICR
Prof. Marco Odello, Université d'Aberystwyth, Pays de Galles, Membre, IIDH
 - **Les armes causant des effets post-conflit sur les civils (mines, bombes à dispersion, restes explosifs de guerre)**
M. Roland Bettauer, Conseiller Juridique adjoint, Département d'Etat, Etats-Unis
Dr. Knut Dörmann, Chef adjoint, Division juridique, CICR
- 16.10-16.50** Pause café

VI. La Conduite des hostilités et régimes de protection spéciale (16.50 – 17.50)

Modérateur: Général Giorgio Blais, Vice-Président, Institut international de droit humanitaire

- 16.50-17.10** La conduite des hostilités et son impact sur l'assistance humanitaire
Général Arne W. Dahl, Procureur public, Bureau du Directeur, Norvège
- 17.10-17.30** La conduite des hostilités et la protection de l'environnement
Dr. Heike Spieker, Chef des Relations internationales et du droit humanitaire international, Croix-Rouge allemande
- 17.30-17.50** Discussion

VII. Guerre aérienne (17.50 - 19.00)

Modérateur: Prof. Edoardo Greppi, Université de Turin, Italie

- 17.50-18.30** Les spécificités du droit de la conduite des hostilités dans le cadre de la guerre aérienne
Prof. Yoram Dinstein, Membre du Conseil, IIDH
- 18.30-19.00** Discussion
- 20.30** Dîner officiel

Samedi, 8 septembre 2007

Moyens de combat (suite)

Modérateur: Brigadier-Général Erwin Dahinden, Département de la Défense, Suisse

- 09.00-09.50** Rapports des groupes de travail sur les moyens de combat
- Groupe I
 - Groupe II
 - Groupe III

Discussion

VIII. La mise en œuvre du droit de la conduite des hostilités (09.50-12-00)

Modérateur: Juge Fausto Pocar, Vice Président, Institut international de droit humanitaire
Président, TPIY

- 09.50-10.15** La mise en œuvre du droit de la conduite des hostilités par les forces armées: une vision de l'intérieur
Colonel (ret.) Charles Garraway, Royaume-Uni, Membre, IIDH

ANNEXE 3:

**Accroître le respect du droit international humanitaire
dans les conflits armés non internationaux**

**Comité international de la Croix-Rouge
avril 2007**

Sommaire

Avant-propos

Introduction

Le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux

Défis particuliers

Enseignements tirés

Accroître le respect par la diffusion des règles

Accroître le respect par les instruments juridiques

Accroître le respect par une « argumentation stratégique »

Remarques finales

AVANT-PROPOS

Le type de conflit armé le plus fréquent de nos jours est de caractère non international. Il implique des hostilités entre des forces armées gouvernementales et des groupes armés organisés non étatiques ou bien se produit entre les membres de ces groupes. Le conflit armé non international se caractérise notamment par le fait qu'il oppose d'ordinaire des personnes qui connaissent l'histoire politique et économique, l'organisation sociale, la culture et les coutumes de leurs opposants. Il se caractérise aussi hélas par une brutalité extrême qui accompagne si souvent les combats entre parties qui connaissent une situation identique ou comparable.

Le droit international humanitaire (DIH) fournit le cadre normatif par rapport auquel il convient d'évaluer le comportement des parties à des conflits armés non internationaux. Dès 1949, les États avaient convenu, dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, de respecter certaines normes minimum dans de telles guerres. Les dispositions de l'article 3 commun lient toutes les parties à des conflits armés non internationaux, y compris des groupes armés organisés non étatiques. Les dispositions de l'article 3 commun, qui sont qualifiées de « considérations élémentaires d'humanité », ont depuis lors été complétées par d'autres dispositions conventionnelles ainsi que par les dispositions du droit humanitaire coutumier qui régissent la conduite des parties aux conflits armés non internationaux.

L'élaboration de lois ne représente que la première étape permettant de garantir la protection de ceux qui ne prennent pas part aux hostilités, tels les civils, ou de ceux qui n'y prennent plus part, tels les blessés et les malades dans les forces armées et des groupes armés. Le vrai défi a toujours consisté à faire connaître les règles aux parties opposées et à s'assurer qu'elles sont appliquées. Cette publication vise à fournir aux États et aux groupes armés, ainsi qu'aux acteurs humanitaires et autres qui travaillent avec des parties aux conflits armés non internationaux, des suggestions sur les moyens d'améliorer encore l'application du droit.

On ne devrait pas avoir d'illusions sur les instruments juridiques ou arguments politiques dont on pourrait se prévaloir lorsque le droit est systématiquement bafoué, si la volonté politique de le respecter fait défaut. Les nombreuses causes différentes des conflits armés non internationaux, et la diversité des participants, signifient aussi que ceux qui espèrent aider les parties concernées à respecter le droit doivent œuvrer avec patience, sagesse et discernement. L'expérience a néanmoins montré que lorsque les conditions requises sont réunies, certains instruments juridiques et arguments politiques peuvent contribuer à persuader les parties au conflit à mieux se conformer à ces règles.

Cette publication présente un certain nombre d'instruments juridiques et d'arguments politiques que le CICR, et d'autres, ont employés avec des États et des groupes armés organisés pour assurer un respect accru du droit. Nous les recommandons à un plus large public non parce qu'ils ont toujours fonctionné mais parce que - dans des conditions appropriées - certains, ou tous, peuvent et devraient être essayés. En plus des efforts incessants accomplis par le CICR pour faire mieux respecter le droit - en appliquant les stratégies exposées dans ce texte - l'institution reste fermement attachée à explorer plus avant les moyens permettant de mieux protéger les personnes touchées par des conflits armés non internationaux.

Jakob Kellenberger
Président
Comité international de la Croix-Rouge

INTRODUCTION

La plupart des conflits armés contemporains ne sont pas internationaux de par leur caractère. Ils ont lieu à l'intérieur des frontières des États et opposent un État et un (des) groupe(s) armé(s) organisés non étatiques ou de tels groupes entre eux.

La vie quotidienne de nombreux civils en proie à de telles situations est régie par la peur ou la menace de destruction ou par des souffrances extrêmes. Les attaques délibérées contre des civils, la destruction des biens de caractère civil et le pillage, le transfert forcé de populations, l'emploi de civils comme boucliers humains, la destruction d'infrastructures vitales aux populations civiles, le viol et d'autres formes de violence sexuelle, la torture, les attaques sans discrimination, tous ces actes de violence et d'autres ne sont malheureusement que trop répandus dans les conflits armés non internationaux qui se produisent dans le monde.

Le droit international humanitaire (DIH) est un corpus juridique qui prévoit une protection essentielle de ceux qui sont directement touchés par un conflit armé, s'il est respecté par les parties audit conflit. Par contre, si le DIH n'est pas respecté, la souffrance des hommes augmente et il devient beaucoup plus difficile de réparer les conséquences du conflit.

Que faire pour combler ce fossé entre les bonnes intentions incarnées par le droit et la réalité des souffrances ? Que faire pour influencer le comportement des parties belligérantes ? Quels sont les défis en jeu ? Quelles stratégies ou quelles approches se sont avérées concluantes ? Quels enseignements tirer de la pratique ?

Dans ses opérations sur le terrain, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) s'attache à alléger et prévenir la souffrance des hommes – entre autres moyens – en priant instamment les parties aux conflits armés d'agir conformément au droit humanitaire. Cela comprend un dialogue confidentiel régulier, et des représentations, avec des États et des groupes armés

La présente publication se fonde sur la pratique du CICR dans les conflits armés non internationaux. Elle résume quelques-uns des grands défis que le CICR a relevés ainsi que les enseignements qu'il a tirés de ses efforts pour faire mieux respecter le DIH. Elle présente aussi un aperçu général des activités de diffusion, des instruments juridiques, et des méthodes de persuasion utilisés par le CICR pour assurer un respect accru du droit humanitaire.

Les « parties » dont il est question tout au long de cette publication sont des États ou des groupes armés organisés non étatiques qui sont parties aux conflits armés non internationaux et donc liés par le DIH.

MANDAT DU CICR : PROMOTION ET APPLICATION FIDÈLE DU DIH

L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 dispose que, dans des conflits armés non internationaux, « un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit ». En présentant cette offre officielle de services, le CICR se déclare lui-même prêt à exécuter les tâches que lui confère le droit humanitaire.

L'action du CICR dans les conflits armés non internationaux s'inspire de la mission de l'institution : elle consiste à protéger les vies et la dignité des victimes de conflit armé et vise à prévenir la souffrance par la promotion et le renforcement du droit humanitaire. Le DIH est un instrument essentiel dans l'accomplissement de cette mission. S'il est respecté par les parties à un conflit, ce corpus juridique apporte une protection essentielle à ceux qui sont touchés par des situations de conflit armé.

Dans le cadre du vaste mandat du CICR dans les conflits armés qui est – « d'assurer protection et assistance aux victimes militaires et civiles desdits événements »²⁴ – le respect du DIH est capital. Cette position est affirmée par les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui décrivent le mandat du CICR comme consistant à travailler « à l'application fidèle du droit international humanitaire »²⁵ et à « la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire. »²⁶

LE DIH DANS LES CONFLITS ARMÉS NON INTERNATIONAUX

Quelles sont les règles du DIH applicables aux conflits armés non internationaux ?

Les règles du DIH applicables dans des situations de conflits armés non internationaux sont énoncées à la fois dans le droit conventionnel et dans le droit coutumier.

L'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 s'applique spécifiquement en cas de conflit « ne présentant pas un caractère international ». Cela recouvre mais pas exclusivement des conflits armés entre gouvernements et groupes armés organisés, ou des conflits entre les groupes eux-mêmes. L'article 3 commun ne donne pas de définition du « conflit armé ». Plusieurs critères ont néanmoins été élaborés dans la pratique, à savoir :

- § Les parties au conflit doivent être identifiables, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir un minimum d'organisation et de structure, et une chaîne de commandement.
- § Le conflit armé doit avoir un niveau minimum d'intensité. Les parties ont d'ordinaire recours à leurs forces armées ou aux moyens militaires, et non seulement aux forces de police. La durée de la violence est un autre élément à prendre en considération.

L'article 3 commun *ne s'applique donc pas* aux situations de troubles intérieurs et de tensions internes, comme les émeutes et d'autres actes isolés et sporadiques de violence. Il importe également de noter que l'article 3 commun déclare expressément que son application n'a pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit.

L'article 3 commun, que l'on mentionne quelquefois comme une « convention miniature », précise la protection minimum à accorder à tous ceux qui ne prennent pas ou plus activement part aux hostilités (par exemple les civils, les membres des forces armées des parties au conflit qui ont été capturés, qui sont blessés, ou qui se sont rendus). L'article 3 prévoit un traitement humain et non discriminatoire de toutes ces personnes, il interdit en particulier les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle (notamment le meurtre, la mutilation, les traitements cruels et la torture), la prise d'otages, et les atteintes à la dignité des personnes, en particulier les traitements humiliants et dégradants. Il interdit également

²⁴ Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, adoptés par la XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge à Genève en octobre 1986, article 5 2) d).

²⁵ Voir *ibid.*, article 5 2) c).

²⁶ Voir *ibid.*, article 5 2) g).

les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti de toutes les garanties judiciaires reconnues comme indispensables. Enfin, il impose aux parties l'obligation de recueillir et de soigner les blessés et malades.

Comme l'a affirmé la Cour internationale de justice en 1986, les dispositions de l'article commun 3 reflètent le droit international coutumier et représentent la règle minimum à laquelle les parties à tout type de conflit armé n'ont pas le droit de déroger.²⁷

Article 3 commun

En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;
- b) les prises d'otages ;
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;
- d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

2) Les blessés, les malades et les naufragés seront recueillis.

Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit.

Les Parties au conflit s'efforceront d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.

L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit.

²⁷ Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, 1986 Cour internationale de justice, Rapports p.114, par. 218 et 219.

Le Protocole additionnel II aux quatre Conventions de Genève, adopté le 8 juin 1977, a été spécifiquement promulgué pour s'appliquer à certaines situations de conflit armé non international ; il a renforcé la protection au-delà des normes minimum contenues dans l'article 3 commun. Le Protocole additionnel II n'est applicable qu'après ratification par l'État concerné. Son champ d'application est plus restreint que celui de l'article 3 commun : il ne s'applique qu'aux conflits entre des forces armées étatiques et « des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole » (article premier, par.1, du Protocole additionnel II).

Comme l'article 3 commun, le Protocole additionnel II dispose que tous ceux qui ne prennent pas ou plus directement part aux hostilités doivent bénéficier d'un traitement humain et non discriminatoire. Il étend la protection prévue par l'article 3 commun, en y incluant la prohibition de punitions collectives, d'actes de terrorisme, de viol, de prostitution forcée et d'attentat à la pudeur, d'esclavage et de pillage. Il énonce des dispositions spécifiques et les protections de certaines catégories de personnes, tels que les enfants, les personnes privées de liberté en relation avec le conflit, les personnes poursuivies pour infractions pénales en relation avec le conflit, les personnes qui sont blessées, malades, naufragées, le personnel sanitaire et religieux, et la population civile (les attaques dirigées contre les populations civiles, la famine comme méthode de combat et le déplacement forcé sont tous interdits).

Un certain nombre d'**autres traités de droit humanitaire** s'appliquent également aux situations de conflit armé non international. On peut citer notamment le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel que modifié le 3 mai 1996 (Protocole II modifié à la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (CCW)), les Protocoles I, III, IV et V de la CCW, en vertu du paragraphe 6 de l'article 1 de la CCW, tel qu'adopté le 21 décembre 2001, la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954, et le deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 26 mars 1999.

Bien que l'existence d'un nombre si important de dispositions et de traités puisse sembler suffisante, les règles conventionnelles applicables aux conflits armés non internationaux sont, en fait, rudimentaires par rapport aux règles applicables dans les conflits armés internationaux. Non seulement elles sont moins nombreuses, mais elles sont aussi moins détaillées et, dans le cas du Protocole additionnel II, l'application de ces règles dépend des situations spécifiques décrites ci-dessus.

Les règles du **droit international humanitaire coutumier** comblent néanmoins quelques lacunes importantes dans le réglementation des conflits armés non internationaux.²⁸ Tout d'abord, bon nombre des dispositions du Protocole additionnel II sont maintenant considérées comme faisant partie du droit international coutumier et sont donc contraignantes pour toutes les parties aux conflits armés non internationaux. Elles couvrent notamment l'interdiction des attaques dirigées contre les personnes civiles, l'obligation de respecter et de protéger le personnel sanitaire et religieux, les unités et les moyens de transport sanitaires, l'interdiction de la famine, l'interdiction des attaques contre des biens indispensables à la survie de la population civile, l'obligation de respecter les garanties fondamentales des personnes qui ne prennent pas ou plus une part directe aux hostilités,

²⁸ Pour de plus amples informations sur le droit coutumier et pour une description complète des règles coutumières du DIH applicables en cas de conflit armé non international, voir l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier : J-M. Henckaerts, et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, éditions juridiques Bruylant, 2006.

l'obligation de rechercher et recueillir les blessés, les malades et les naufragés, l'obligation de rechercher et de collecter les morts, l'obligation de protéger les personnes privées de liberté, l'interdiction des déplacements forcés de civils, et des protections spécifiques pour les femmes et les enfants.

Le DIH coutumier va au-delà des dispositions rudimentaires de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II. La pratique a créé un nombre important de règles coutumières supplémentaires relatives à la conduite des hostilités (par exemple, la distinction entre objectifs militaires, l'interdiction des attaques sans discrimination et des attaques en violation du principe de proportionnalité), des règles relatives aux personnes et biens particulièrement protégés (par exemple, le personnel et le matériel des secours humanitaires, les journalistes, et les zones protégées), ainsi que des règles sur des méthodes particulières de combat (par exemple, l'ordre de ne pas faire de quartier et la perfidie).

Cependant, le DIH n'est pas le seul corpus juridique à garantir une protection aux personnes se trouvant dans des situations de conflit armé non international. Les dispositions du **droit international des droits de l'homme** – en particulier, les droits de l'homme auxquels il ne peut être dérogé – complètent certains aspects du DIH et protègent également ceux qui sont vulnérables en pareilles situations. En outre, **le droit interne** – dans l'État dans lequel se déroule un conflit – apporte souvent des protections supplémentaires, pose des limites au comportement, et peut constituer un cadre de garanties à respecter dans des situations de conflit armé non international.

Qui est lié par le droit humanitaire dans les conflits armés non internationaux ?

Toutes les parties aux conflits armés non internationaux – qu'il s'agisse d'acteurs étatiques ou de groupes armés – sont liées par les règles pertinentes du DIH.

Les États sont explicitement liés par les traités auxquels ils sont parties ainsi que par le droit coutumier applicable. En outre, l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève impose aux États Parties l'obligation de s'engager, en toutes circonstances, non seulement à « respecter », mais aussi à « faire respecter » le droit humanitaire.

Bien que seuls les États puissent formellement ratifier divers traités internationaux ou y devenir parties, les groupes armés parties à un conflit armé non international ont eux aussi l'obligation de se conformer à l'article 3 commun, au DIH coutumier, et le cas échéant, au Protocole additionnel II. La vaste pratique des cours et tribunaux internationaux et d'autres organes internationaux confirme cette obligation.

En tant que dispositions du droit coutumier s'appliquant à la fois aux États et aux groupes armés, cette obligation s'étend aux autres personnes ou groupes agissant en fait sur leurs instructions ou leurs directives ou sous leur contrôle.²⁹

Les États, non parties à un conflit armé, sont tenus aux termes de l'article 1 commun de s'abstenir d'encourager une partie à un conflit armé à violer le DIH et de prendre des mesures de nature à favoriser des violations. En outre, l'article 1 commun est généralement interprété comme exigeant des États non parties à un conflit armé de s'efforcer – au moyen d'une action positive – d'assurer le respect du DIH par les parties à un conflit. Cela signifie prendre des mesures appropriées — unilatérales ou collectives — à l'encontre des parties à un conflit qui violent le DIH et, en particulier, à intervenir auprès des États ou groupes armés auprès desquels ils peuvent avoir quelque influence. Il n'est pas obligatoire de parvenir à un résultat, mais il y a plutôt une « obligation de moyen » de prendre toutes les mesures appropriées possibles pour tenter d'empêcher les violations du DIH ou de les faire cesser.

²⁹ Voir l'étude du CICR, *op.cit.*, règle 139.

DÉFIS SPÉCIFIQUES

Les acteurs qui cherchent à s'engager avec des parties aux conflits armés non internationaux pour assurer un respect accru du DIH par lesdites parties, auront peut-être un certain nombre de défis à relever.

Diversité des conflits et des parties

Les conflits armés non internationaux peuvent prendre des formes extrêmement variées. Ils vont des combats classiques, similaires aux conflits armés internationaux à d'autres qui sont par essence non structurés. Cette diversité, dans les conflits et les parties prenantes à ces conflits, explique les raisons pour lesquelles il est très difficile de formuler des procédures uniformes ou des plans d'action types pour accroître le respect du droit humanitaire.

Les parties – qu'il s'agisse d'États ou de groupes armés organisés – sont également très différents les uns des autres de par leur caractère. Le degré de connaissance du droit, les motifs qui sous-tendent la participation à un conflit armé, l'intérêt ou la nécessité d'une reconnaissance internationale ou d'une légitimité politique : tous ces éléments ainsi que d'autres facteurs auront une influence sur les perspectives d'un engagement avec une partie pour faire en sorte qu'elle respecte mieux le droit. La volonté de débattre du droit et du conflit, ou de permettre à des parties tierces (par exemple, le CICR, d'autres acteurs humanitaires, des organes des Nations Unies, des États tiers neutres) d'être parties prenantes, s'exprime aussi à des degrés divers.

Les groupes armés organisés, en particulier, sont extrêmement différents. Certains sont très centralisés (avec une forte hiérarchie, une chaîne du commandement effective, des capacités de communication, etc.) tandis que d'autres sont décentralisés (avec des factions semi-autonomes ou dissidentes opérant sous une structure hiérarchique mal définie). Les groupes peuvent aussi différer dans le degré de contrôle territorial qu'ils exercent, dans leur capacité à former des membres, et dans les mesures disciplinaires ou sanctions prises à l'encontre des membres qui violent le droit humanitaire.

Le succès des initiatives prises par des acteurs ou des organisations humanitaires qui cherchent à s'engager avec les parties à un conflit armé non international – pour assurer un respect accru du droit – dépendra d'un certain nombre d'autres facteurs, notamment du degré d'accès au territoire dans lequel a lieu un conflit, de l'existence d'informations fiables concernant le conflit, ainsi que du niveau et de la qualité des contacts avec les leaders des parties.

Toute tentative d'engagement avec les parties à un conflit armé non international, à accroître le respect du droit, doit prendre en considération ces éléments et d'autres facteurs pertinents.

Refus d'applicabilité du droit humanitaire

Il n'est pas rare qu'une partie à un conflit armé non international – un État ou un groupe armé – nie l'applicabilité du droit humanitaire, et il est donc difficile d'engager une discussion sur le respect du droit.

Il se peut, par exemple, que les autorités gouvernementales, ne soient pas d'accord pour qu'une situation particulière soit qualifiée de conflit armé. Elles affirmeraient au contraire qu'il s'agit d'une situation de « tension » ou de simple banditisme et que cette situation ne saurait être assimilée à celle d'un conflit armé non international. Sur cette base, un État peut tenter d'empêcher ou de bloquer le contact avec un groupe armé ou l'accès à la zone géographique sous contrôle. Un État peut aussi se montrer réticent à permettre toute

négociation ou tout engagement qui, de son avis, conférerait une « légitimité » au groupe armé.

Il se peut également que des groupes non étatiques nient l'applicabilité du droit humanitaire en refusant de reconnaître un corpus de droit créé par les États, ou en affirmant qu'ils ne sauraient être liés par des obligations qui ont été ratifiées par le gouvernement contre lequel ils luttent. En pareils cas, le droit constituera rarement un cadre de référence pertinent, en particulier pour les groupes dont les actions sont déterminées par une idéologie forte.

Absence de volonté politique pour mettre en oeuvre le droit humanitaire

Tout acteur qui cherche à assurer un respect accru du droit risque d'avoir à relever un autre défi important : il se peut qu'une partie ne manifeste que peu voire aucune volonté politique de se conformer aux dispositions du droit humanitaire. Il est probablement très difficile de déterminer la force de la volonté politique dans une situation donnée, mais une connaissance approfondie du contexte, ainsi que de bons contacts et un dialogue avec des personnalités influentes, seront utiles.

Même au sein d'une partie à un conflit, les attitudes des différentes factions peuvent être diverses. Par exemple, il se peut que l'aile militaire reconnaisse l'importance du respect du droit, alors que les représentants politiques n'admettent pas l'applicabilité du droit humanitaire et n'appuient pas la mise en œuvre de ses dispositions. L'inverse aussi est possible.

Lorsque l'objectif d'une partie à un conflit armé non international est intrinsèquement contraire aux principes, aux règles et à l'esprit du droit humanitaire, la volonté politique d'appliquer le droit fera défaut. Considérons, par exemple, des parties qui commettent certains actes dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile déterminée, ou des parties qui ne s'intéressent qu'à saisir le contrôle des ressources économiques. En pareils cas, les violations du DIH sont les moyens par lesquels les objectifs sont poursuivis.

Sécurité et accès

Les menaces pour la sécurité dans les conflits armés non internationaux sont répandues, en particulier dans les conflits qui ne sont pas structurés ou lorsque les parties au conflit ne sont pas capables d'offrir des garanties de sécurité effectives. Les menaces pour la sécurité ou l'absence de garanties de sécurité peuvent empêcher d'accéder à certaines zones ou aux parties au conflit, ce qui risque de constituer un obstacle à tout dialogue quel que soit le sujet, y compris sur le droit humanitaire.

Ignorance du droit

Dans de nombreux conflits armés non internationaux, les porteurs d'armes ayant peu ou pas de formation au DIH sont directement impliqués dans les combats. Cette ignorance du droit entrave considérablement les efforts visant à faire mieux respecter le DIH et à régler le comportement des parties aux conflits. En effet, il est peu probable qu'un corpus juridique soit observé à moins que ceux qui sont chargés de le respecter et de l'appliquer aient reçu l'instruction et la formation nécessaires pour honorer leurs obligations au titre de ce corpus.

ENSEIGNEMENTS TIRÉS

La longue expérience du CICR en matière de situations de conflits armés non internationaux confirme que le DIH – s'il est respecté – contribue à prévenir et à alléger les souffrances en fournissant un cadre pour le comportement auquel les parties doivent se conformer. La section ci-après présente un certain nombre d'expériences tirées de la pratique du CICR.

Elle est suivie par une description des instruments juridiques sur lesquels il est possible de se fonder, le cas échéant, pour améliorer le respect du droit. Ces instruments sont interdépendants et complémentaires.

Présentation « stratégique » du droit

Se limiter à sensibiliser les parties à un conflit armé au droit ou à leurs obligations spécifiques ne suffit pas à assurer le respect du droit.

Il importe que le droit soit présenté et examiné de manière « stratégique », c'est-à-dire de façon pertinente et adaptée au contexte, et dans le cadre d'un plan délibéré d'engagement avec les parties. Cela est nécessaire pour que les parties élaborent une attitude positive à l'égard du droit, une première mesure vers le respect du droit.

Bien que les présentations du droit doivent toujours être précises et ne pas compromettre les dispositions existantes, il ne faut pas qu'elles restent théoriques ou « didactiques ». Il faut que le droit soit vu en termes concrets et opérationnels. La manière d'envisager le droit devrait également être convaincante et être adaptée aux circonstances en question. Il importe tout particulièrement de garder à l'esprit la motivation et l'idée que les parties ont d'un conflit.

La complexité juridique d'un dialogue doit aussi tenir compte du niveau de connaissances et de compétence des interlocuteurs avec lesquels il est conduit.

Comprendre les caractéristiques du conflit et des parties et s'y adapter

Compte tenu de la grande diversité des conflits armés et des parties, il n'existe pas d'approche uniforme au problème du manque de respect du droit humanitaire. Tous les efforts visant à accroître le respect du droit seront plus effectifs s'ils tiennent compte des caractéristiques d'une situation donnée.

Cela vaut tout particulièrement pour les parties elles-mêmes. Il sera très utile de connaître et de comprendre les motivations et l'intérêt d'une partie afin d'expliquer pourquoi elle a intérêt à respecter le droit (voir « argumentation stratégique »).

Ce n'est qu'en consacrant du temps et des ressources à mieux connaître le conflit et les parties en cause qu'on pourra évaluer les approches qui peuvent s'avérer les plus effectives ou prometteuses.

Action dans le contexte d'un long processus d'engagement

Les tentatives visant à influencer le comportement des parties à un conflit armé non international seront plus efficaces dans le contexte d'un processus d'engagement et de relations avec chacune des parties au conflit.

Un long processus d'engagement offre des possibilités de négocier un accès, d'instaurer de bons contacts avec des personnalités influentes, et d'obtenir des informations fiables sur les circonstances entourant le conflit ; il permettra aussi

d'obtenir des indications sur les caractéristiques d'une partie et d'examiner le droit de manière « stratégique ». De plus, il offrira, avec le temps, les possibilités d'examiner les questions concernant la volonté et la capacité politiques de la partie en question ainsi que son respect du droit. (voir « argumentation stratégique »).

Une perspective sur le long terme inclut des initiatives essentielles de « suivi ». Cela est particulièrement vrai lorsqu'on arrive à obtenir de la partie qu'elle s'engage à respecter le droit (voir « instruments d'engagement exprès »). Les parties devraient être encouragées et aidées à traduire leurs engagements dans la pratique. Le CICR s'y emploie par un processus en cours de dialogue bilatéral confidentiel et de représentations qui consistent notamment à rappeler à la partie ses obligations et ses engagements, à assurer le suivi et l'établissement de rapports, ainsi que la formation et le renforcement des capacités.

ACCROÎTRE LE RESPECT EN FAISANT CONNAÎTRE LES RÈGLES

Les activités de diffusion et de formation font partie des efforts du CICR visant à faire connaître les règles du droit humanitaire et à construire une base de discussion sur le respect du droit. Ces activités sont notamment destinées aux personnes ou aux groupes dont les actions et le comportement peuvent toucher les victimes de conflits armés ou faciliter l'action du CICR. Elles font intervenir les forces armées, la police, les forces de sécurité et d'autres porteurs d'armes, ainsi que les décideurs et guides d'opinion aux niveaux local et international.

La stratégie du CICR s'articule sur trois plans : sensibilisation, promotion du droit humanitaire par l'enseignement et la formation, et intégration du droit humanitaire dans des programmes officiels, juridiques, pédagogiques et opérationnels. Le but ultime est d'exercer une influence sur les attitudes et le comportement afin d'améliorer la protection des civils et d'autres victimes de conflit armé, de faciliter l'accès à ces victimes, et de renforcer la sécurité du personnel humanitaire.

Le CICR encourage les parties aux conflits armés à s'acquitter de leur obligation d'intégrer le DIH dans leur doctrine, leur enseignement, et dans les règles d'engagement. Si nécessaire, il les aide. Ce devoir découle des obligations de toutes les parties à respecter et assurer le respect du DIH. Le devoir de formation des membres au DIH est reconnu, en droit coutumier, comme liant à la fois les États et les groupes armés parties aux conflits armés non internationaux.³⁰

En droit conventionnel, le devoir incombant aux États de dispenser à leurs forces armées une instruction au DIH est énoncé dans les articles 47, 48, 127 et 144, respectivement, des quatre Conventions de Genève, et dans l'article 83 du Protocole additionnel I aux quatre Conventions de Genève. Cette obligation conventionnelle est applicable à la fois en temps de paix et en temps de conflit armé international. Le Protocole additionnel II, qui porte spécifiquement sur les conflits armés non internationaux, exige, dans son article 19, que le Protocole soit « diffusé aussi largement que possible ».

Il importe également de promouvoir et d'enseigner le DIH à la population civile. Conformément aux dispositions des Conventions de Genève (articles 47, 48, 127, 144) et du Protocole additionnel I (article 83), l'enseignement du droit humanitaire à la population civile devrait être entrepris même en temps de paix.

³⁰ Voir l'étude du CICR, *op. cit.*, règle 142.

Rôle du CICR : rappeler aux parties leurs obligations juridiques

Lorsqu'un conflit armé éclate, il importe d'informer formellement toutes les parties – les États et les groupes armés – de la qualification juridique de la situation et de leur rappeler les règles applicables, à savoir leurs obligations au regard du droit humanitaire.

Le CICR fait le plus souvent cette communication au moyen d'une lettre ou d'un mémorandum soumis directement aux parties à un conflit, d'une manière bilatérale et confidentielle. Lorsqu'il n'est pas possible d'établir un contact avec une ou plusieurs parties, le contact peut être instauré par le biais d'un communiqué de presse.

Le CICR envoie sa communication au début d'un conflit, ou durant un conflit si une situation particulière le justifie, ce qui fournit une base pour engager un dialogue encourageant le respect du droit. Sans cette communication préliminaire, il sera beaucoup plus difficile d'invoquer ensuite des règles protectrices spécifiques, une fois que les violations auront été commises.

ACCROÎTRE LE RESPECT PAR DES INSTRUMENTS JURIDIQUES

On trouvera ci-après un certain nombre d'instruments juridiques que le CICR et d'autres acteurs humanitaires ont utilisés pour faire mieux respecter le droit humanitaire par les parties à des conflits armés non internationaux.

Il faut reconnaître que de tels instruments ne garantissent pas par eux-mêmes un respect accru, mais fournissent néanmoins une base permettant des représentations juridiques et la mise en cause des responsables.

1. ACCORDS SPÉCIAUX

Les accords spéciaux entre parties à des conflits armés non internationaux permettent aux parties de s'engager explicitement à se conformer au droit humanitaire.

Comme ils se fondent sur le consentement mutuel des parties – et indiquent clairement que les parties ont les mêmes obligations au regard du DIH – les accords spéciaux peuvent aussi inciter davantage à respecter le droit.

L'article 3 commun déclare explicitement qu'un accord spécial n'a pas d'effet sur le statut juridique des parties à un conflit.

Description sommaire

Comme l'indique l'article 3 commun, les accords spéciaux permettent aux parties aux conflits armés non internationaux (soit entre un État et un (des) groupe(s) armé(s) ou entre groupes armés) de s'engager explicitement à se conformer au droit humanitaire.

Un accord spécial peut, soit créer de nouvelles obligations juridiques en allant au-delà des dispositions du DIH déjà applicables dans les circonstances précises (accord « constitutif »), soit réaffirmer simplement le droit qui lie déjà les parties, indépendamment de l'accord (accord « déclaratoire »). Il peut aussi se limiter à des règles spécifiques qui sont particulièrement pertinentes pour un conflit en cours ; en pareil cas, il conviendrait de préciser clairement que le champ limité d'application de l'accord est sans préjudice pour les autres règles applicables qui ne sont pas mentionnées dans l'accord.

Il faudrait encourager les parties à inclure des règles conventionnelles et des règles coutumières dans un accord spécial ; l'étude du CICR, *Droit international humanitaire coutumier*, peut servir à déterminer les règles tombant dans cette dernière catégorie.

Utilité

Un accord spécial peut prendre la forme d'une simple réaffirmation du droit applicable dans le contexte – ou celle d'un ensemble élargi de dispositions du DIH au-delà du droit déjà applicable – et garantir que les parties s'engagent clairement à respecter ce droit.

Un accord spécial fournira une base importante pour des interventions de suivi permettant de remédier aux violations du droit. Le fait qu'un leader identifiable pour chaque partie ait signé un accord spécial, prenant ainsi la responsabilité d'adhérer à l'accord, fournit non seulement une personne contact et un point de référence pour de futures représentations, mais donne aussi un signal clair à ses forces. En outre, comme il est fort probable qu'un accord spécial devienne public, un grand nombre d'acteurs de la communauté internationale seront au courant et pourront peut-être aider les parties à honorer leurs engagements.

Les avantages d'un accord spécial ne résident pas dans leur seul libellé. Le fait que les parties à un conflit aient été réunies pour négocier l'accord présente en soi un intérêt. Contrairement aux formes unilatérales d'engagement exprès pris individuellement par une partie (voir « Déclarations unilatérales » et « Codes de conduite »), les accords spéciaux – basés sur un consentement et un engagement mutuels, qui confèrent clairement des obligations égales au titre du DIH à toutes les parties – peuvent inciter davantage à respecter le droit.

Un accord spécial peut aussi s'avérer utile lorsque la qualification juridique d'un conflit semble incertaine ou lorsque les parties au conflit ne sont pas d'accord entre elles. Un accord spécial n'exige pas nécessairement que les parties s'entendent sur la question ; les dispositions du droit humanitaire étant acceptées, elles entrent en vigueur de par l'engagement exprès contenu dans l'accord.

Limitations / Obstacles

Les exemples d'accords spéciaux sont moins courants dans la pratique que ne le sont certains autres instruments juridiques. Cela s'explique notamment par le fait que les États peuvent appréhender que la conclusion d'un tel accord ne puisse conférer un degré de légitimité à un groupe armé. Toutefois, l'article 3 commun indique clairement que le fait de conclure un accord spécial n'aura pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit.

Dans la pratique, les accords spéciaux ont plus de chances d'être menés à bien lorsqu'un conflit semble de prime abord insoluble et/ou se déroule en termes plus ou moins égaux entre l'État et un (des) groupe(s) armé(s) – c'est-à-dire lorsqu'un groupe armé exerce un contrôle territorial important, a une chaîne de commandement effective, etc.

Un autre obstacle à la conclusion d'un accord spécial peut résider dans le manque de volonté des parties à s'engager dans un plus grand nombre d'obligations juridiques que cela ne serait autrement le cas.

Pratique

Il arrive que les parties à un conflit armé non international soient approchées directement par une partie tierce qui suggère de négocier les termes d'un accord spécial et qui les aide à le faire.

En 1992, par exemple, à l'invitation du CICR, les diverses parties au conflit dans la République de Bosnie-Herzégovine ont conclu un accord spécial. Alors que l'accord avait un impact limité en termes de prévention des violations du droit, son contenu est instructif. Le texte de l'accord commençait par l'engagement pris par les parties de respecter et de faire respecter les dispositions de l'article 3 commun, qui étaient citées intégralement. Les parties avaient également convenu de mettre en vigueur des dispositions supplémentaires concernant la protection des blessés, des malades et des naufragés, des hôpitaux et autres unités sanitaires et de la population civile ; ces dispositions supplémentaires couvraient également le traitement des combattants capturés, la conduite des hostilités, l'assistance à la population civile, et le respect envers la Croix-Rouge. Des articles précis des Conventions de Genève ou de leurs Protocoles additionnels, le cas échéant, étaient cités.

En plus des engagements complets sur le fond, l'accord de Bosnie-Herzégovine comportait un certain nombre d'autres dispositions. Tout d'abord, il disposait que l'accord n'avait pas d'effet sur le statut juridique des parties et ne portait pas préjudice au droit international des conflits armés en vigueur. Ensuite, l'accord comportait l'engagement de diffuser à la fois le DIH et les clauses de l'accord. En outre, des dispositions spécifiques avaient été prises concernant la mise en œuvre de l'accord avec l'obligation de mener des enquêtes sur les violations alléguées du DIH, de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les violations et punir leurs auteurs, ainsi que pour désigner des officiers de liaison et fournir des garanties de sécurité au CICR.

Entre autres exemples d'accords spéciaux, on peut relever l'accord de 1962 au Yémen et l'accord de 1967 au Nigeria, tous deux négociés par le CICR et tous deux contenant des engagements sur le respect des Conventions de Genève de 1949.

Certains accords entre les parties à un conflit armé non international portent à la fois sur le DIH et sur le droit relatif aux droits de l'homme et ne constituent donc pas des accords sur l'article 3 commun au sens strict. Par exemple, l'Accord de San José relatif aux droits de l'homme, conclu entre le gouvernement d'El Salvador et le Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) en 1990, comportait l'engagement de se conformer à l'article 3 commun et au Protocole additionnel II, ainsi qu'à diverses normes relatives aux droits de l'homme. L'Accord général relatif au respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire conclu entre le gouvernement de la République des Philippines et le Front démocratique national des Philippines (NDFP) en 1998 est un autre exemple.

Les engagements pris dans les accords spéciaux ont constitué une base pour les interventions de suivi avec les parties à un conflit, concernant soit le respect du DIH en général soit une question précise ou un objectif opérationnel. Par exemple, le CICR s'est fondé sur l'accord de Bosnie-Herzégovine en 1992, lorsqu'il a demandé aux parties de mettre en vigueur leurs engagements et de lui permettre de fournir secours et protection aux victimes du conflit. De même, le CICR a fondé ses représentations sur l'accord spécial de 1998 aux Philippines. D'autres acteurs humanitaires ont également basé diverses actions sur des accords spéciaux, par exemple la Mission d'observation des Nations Unies en El Salvador (ONUSAL) s'est fondée sur l'accord de 1990 en El Salvador.

Dans certains conflits, des tentatives de négociation d'un accord spécial n'ont pas abouti à un document complet mais ont fait l'objet de plusieurs accords séparés. Tel a été le cas au Tadjikistan, par exemple, lorsque les négociations se sont déroulées sous les auspices des

Nations Unies entre 1995 et 1997. Le CICR a assisté aux réunions en qualité d'observateur et a utilisé cette instance pour exprimer ses préoccupations d'ordre humanitaire.

Contenu des accords spéciaux

Un accord spécial peut se composer des éléments suivants : premièrement, une déclaration claire et directe des dispositions applicables du DIH, à la fois conventionnel et coutumier ; deuxièmement, l'engagement pris par les parties de respecter et de faire respecter ces dispositions du DIH ; troisièmement, une indication que l'accord ne modifie pas le statut juridique des parties au conflit ; quatrièmement, l'obligation des parties de diffuser le DIH et les clauses de l'accord spécial ; enfin, les dispositions de la mise en œuvre de l'accord spécial.

Il conviendrait également d'inclure, le cas échéant, des garanties et assurances de sécurité concernant l'action humanitaire dans des domaines relevant du contrôle des parties.

Dans le cas d'un accord spécial contenant quelques unes mais non toutes les dispositions pertinentes du DIH, l'accord devrait, si possible, indiquer clairement que le champ limité d'application est sans préjudice des autres règles applicables non mentionnées dans l'accord.

2. DÉCLARATIONS UNILATÉRALES

Les groupes armés parties aux conflits armés non internationaux peuvent faire une déclaration unilatérale (ou « déclaration d'intention ») dans laquelle ils déclarent leur engagement à se conformer au DIH.

Certains groupes armés prennent eux-mêmes l'initiative et déclarent leur engagement en faisant des déclarations publiques. En d'autres temps, le CICR ou un autre acteur ou organisme humanitaire initie, négocie et/ou reçoit les déclarations.

Description sommaire

Il est tout à fait clair que les parties aux conflits armés non internationaux sont toutes juridiquement liées par le DIH, mais que les groupes armés ne peuvent pas ratifier les instruments du DIH ou y devenir formellement parties. Il en résulte que des groupes armés peuvent considérer qu'ils ne sont pas techniquement liés par les obligations internationales énoncées dans le droit conventionnel. En outre, le manque d'engagement exprès d'un groupe armé risque d'entraver les efforts visant à diffuser les règles et à encourager le respect.

Par conséquent, le but principal d'une déclaration unilatérale est de donner aux groupes armés la possibilité d'exprimer leur engagement à respecter le DIH.

Il convient de souligner que les groupes armés restent liés par les dispositions et les règles du DIH applicables à un conflit donné – notamment à l'article 3 commun, au DIH coutumier et, le cas échéant, au Protocole additionnel II – qu'ils aient ou non fait une déclaration unilatérale.

Alors qu'il n'existe pas de pratique type en la matière, il faudrait prendre en considération la déclaration unilatérale et encourager son application. Elle peut ultérieurement servir de base aux activités de suivi. Le CICR a cité des déclarations unilatérales lorsqu'il a fait des représentations concernant des violations du droit humanitaire ou des offres de soutien pour des activités de diffusion.

Utilité

Les déclarations unilatérales donnent aux groupes armés la possibilité d'exprimer de manière explicite leur engagement à se conformer aux règles du droit humanitaire. La hiérarchie du groupe armé dispose ainsi de la possibilité d'assumer la responsabilité d'assurer que ses membres respectent le droit. En outre, les déclarations unilatérales peuvent aider les dirigeants d'un groupe armé à diffuser le DIH à ses membres.

Tout comme les autres formes d'« engagement exprès », la signification d'une déclaration universelle ne réside pas uniquement dans le fait qu'elle a été faite. Le processus de négociation d'une telle déclaration peut être utile dans l'engagement et le dialogue en cours avec un groupe armé. Les déclarations unilatérales, une fois qu'elles ont été faites, peuvent donner aux efforts de suivi une plus grande influence pour encourager le respect du droit.

Limitations / Obstacles

On laisse quelquefois sous-entendre que les déclarations unilatérales sont faites par des groupes armés pour des raisons politiques et qu'il y a donc peu de chances que les engagements qu'elles contiennent soient mis en œuvre avec succès. On appréhende aussi quelquefois qu'en acceptant de telles déclarations, le CICR ou d'autres acteurs humanitaires ne soient instrumentalisés par un groupe armé qui cherche à obtenir une légitimité politique.

Même si cela peut se produire, les considérations d'ordre politique poussent aussi les États à ratifier des traités ou à prendre d'autres engagements, ce qui n'empêche pas la communauté internationale d'accepter ces engagements ou d'essayer d'y orienter les États.

S'agissant des groupes armés, il ressort de la pratique que même si la motivation semble être de nature politique, il est néanmoins impossible de tirer parti de l'engagement exprès pris par un groupe armé.

L'incidence juridique des déclarations unilatérales a pu susciter de graves préoccupations ; il a même été soutenu que le fait d'encourager de telles déclarations risquait de jeter un doute sur le caractère contraignant du droit. Telle n'est pas la situation : les obligations contractées par les groupes armés au titre du DIH, qui sont applicables indépendamment de toute déclaration, restent inchangées, même si un groupe armé soumet une déclaration incomplète ou en définitive refuse de faire quelque déclaration que ce soit. Néanmoins, tout effort devrait être déployé pour veiller à ce que les déclarations unilatérales contiennent toutes les obligations existantes. Si une déclaration ne contient que certaines des règles applicables, les clauses de la déclaration devraient, si possible, indiquer qu'elles ne portent pas préjudice aux autres règles qui ne sont pas mentionnées.

Pratique

L'histoire de groupes armés qui font des déclarations unilatérales sur leur intention de se conformer aux dispositions du DIH est fort longue.

La teneur des déclarations unilatérales peut porter sur l'article 3 commun (par exemple en 1956 par le Front de Libération Nationale (FLN) en Algérie) ou à la fois sur l'article 3 commun et sur le Protocole additionnel II (en 1988 par les FMLN en El Salvador et en 1991 par le NDFP aux Philippines, par exemple). Les déclarations peuvent aussi faire état de

dispositions du DIH que le groupe armé s'engage à respecter, sans référence à des dispositions conventionnelles spécifiques (par exemple, Ejército de Liberación Nacional (ELN) en Colombie en 1995).

Outre les déclarations unilatérales faites à l'initiative des groupes armés, il est arrivé que le CICR ou d'autres acteurs demandent aux groupes armés de faire une déclaration écrite qui indique leur volonté de se conformer au DIH. Les demandes du CICR sont en général bilatérales et confidentielles, alors que d'autres acteurs et organisations tendent quelquefois à faire leurs demandes publiquement. Le CICR ou d'autres organisations ont présenté de telles demandes notamment en Colombie, en Indonésie, au Libéria, et au Soudan. L'Appel de Genève est une organisation non gouvernementale qui encourage les groupes armés à signer un « acte d'engagement » d'adhésion à une interdiction totale de mines antipersonnel et à une coopération en la matière.

Dès qu'il reçoit une déclaration unilatérale, le CICR accuse généralement réception puis encourage le groupe à prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre l'engagement contenu dans cette déclaration. Tel a été le cas, par exemple, en septembre 1987 lorsque la Coordinadora Guerrillera Simon Bolivar (CGSB) – un organisme qui regroupe plusieurs groupes armés parties au conflit en Colombie – a déclaré son intention de respecter le DIH ; cela a été aussi le cas avec les déclarations unilatérales reçues du NDFP aux Philippines en 1991 et en 1996.

De plus, le CICR utilise les déclarations unilatérales comme base de ses interventions de suivi, pour l'examen des violations alléguées du droit ou pour l'envoi d'un rappel général à un groupe de l'engagement qu'il a pris d'adhérer au DIH. De telles interventions auprès de groupes armés se sont produites en Angola, en Colombie, au Nicaragua, au Rwanda, en Afrique du Sud, à Sri Lanka, et dans d'autres pays.

Teneur des déclarations unilatérales

Les clauses d'une déclaration unilatérale peuvent, *notamment*, contenir un exposé clair et direct des dispositions du DIH applicables dans le conflit donné, ainsi qu'un engagement exprès du groupe armé à respecter et faire respecter ces dispositions du DIH, qui pourraient être des normes relatives à la fois au droit conventionnel et au droit coutumier.

Si une déclaration porte sur une question spécifique plutôt que sur un engagement d'adhésion à une vaste gamme de dispositions du DIH applicable, elle peut ne porter que sur les dispositions du DIH relatives à cette question. Si possible, ces déclarations pointues devraient préciser qu'elles sont sans préjudice des autres règles applicables non mentionnées dans la déclaration.

Il pourrait aussi être utile d'inclure dans une déclaration unilatérale l'engagement pris par le groupe armé de diffuser à la fois le DIH et les termes de la déclaration unilatérale. Le cas échéant, il serait possible d'introduire également des assurances et des garanties de sécurité concernant l'action humanitaire dans les domaines relevant du contrôle du groupe armé.

3. INCLUSION DU DROIT HUMANITAIRE DANS LES CODES DE CONDUITE POUR LES GROUPES ARMÉS

En adoptant et en distribuant un code de conduite compatible avec les règles du DIH, la hiérarchie d'un groupe armé établit un mécanisme qui permet à ses membres de respecter le DIH.

Cette indication de l'engagement d'adhérer aux règles du DIH, bien que revêtant un caractère moins public qu'une déclaration d'intention ou un accord spécial, peut néanmoins conduire un groupe armé à mieux appliquer les normes du DIH. Elle peut aussi avoir un impact direct sur la formation de ses membres au DIH et sur la diffusion du droit.

Description sommaire

Les codes de conduite compatibles avec les règles du DIH offrent un mécanisme concret qui permet aux personnes de respecter le droit. Les règles fondamentales du DIH devraient être présentées sous une forme facilement compréhensible par les membres du groupe armé. Le code de conduite devrait également contenir une description des moyens nécessaires pour mettre en œuvre le DIH, notamment les sanctions internes.

On trouve fréquemment des mécanismes similaires dans la pratique des États (dans la doctrine, les manuels militaires, etc.). Il existe des cas, certes moins connus, de groupes armés qui ont pris l'initiative d'élaborer des codes de conduite, ou ont convenu de distribuer un code de conduite fourni par le CICR ou un autre acteur.

Utilité

Cet instrument juridique fait fonction d'engagement exprès vis-à-vis du droit, sur la base duquel des interventions peuvent avoir lieu concernant le respect du droit, mais il peut aussi avoir un impact direct sur la diffusion des règles et sur la formation des membres du groupe armé.

Le fait que la hiérarchie d'un groupe armé entreprenne ou accepte un code de conduite révèle son degré d'engagement à assurer le respect du droit. Cela risque d'influencer davantage le comportement des membres du groupe armé que quelque chose qu'ils pourraient percevoir comme leur ayant été imposé de « l'extérieur ».

Des discussions avec la hiérarchie d'un groupe armé – sur l'élaboration d'un code de conduite ou sur l'incorporation du DIH dans un code déjà existant – peut favoriser le processus d'engagement avec le groupe. La période de négociations et de discussions concernant un code de conduite peut servir à informer la direction du groupe armé sur le DIH, et aussi à comprendre la volonté politique et les attitudes du groupe armé concernant le respect du droit.

Si un groupe armé a fait une déclaration unilatérale, il peut lui être suggéré d'élaborer un code de conduite comprenant le DIH comme « prochaine étape » logique. En offrant une assistance pour l'élaboration d'un code de conduite ou en incluant le DIH dans un code déjà

existant, on peut également aider le groupe à mettre en pratique les engagements qu'il a pris dans la déclaration unilatérale.

Limitations / Obstacles

L'insuffisance des contacts avec un groupe armé dans son ensemble, ou avec les membres influents de sa hiérarchie, risque d'entraver le succès des négociations concernant un code de conduite. Par exemple, des contacts qui se limitent aux représentants politiques d'un groupe – sans tenir compte des autorités opérationnelles ou militaires chargées de l'adoption et de la distribution des codes de conduite – risquent de limiter la portée des négociations.

En outre, il se peut qu'un groupe armé n'ait pas le contrôle et l'organisation nécessaires pour réussir à mettre au point un code de conduite.

Pratique

Les acteurs appellent souvent les groupes armés à élaborer ou adopter des codes de conduite ou des « règles d'engagement » pour leurs membres. Alors que le CICR agit le plus souvent sur une base bilatérale et confidentielle, d'autres acteurs peuvent lancer de tels appels publiquement.

Les groupes armés ont élaboré des codes de conduite internes, de leur propre initiative, à un moment ou un autre, en Algérie, en Colombie, en El Salvador, en Côte d'Ivoire, au Libéria, au Népal, aux Philippines, en Sierra Leone, à Sri Lanka, et dans d'autres pays. Les codes de conduite varient dans la manière dont ils reflètent le DIH, se contentant quelquefois de ne mentionner que des traditions locales ou des normes culturelles. Néanmoins, là où les contacts et un dialogue ont pu s'instaurer, les codes de conduite ont fourni une base pour l'examen du droit. Dans certains cas (par exemple en Colombie, en El Salvador et au Nicaragua), le CICR ou d'autres acteurs ont proposé de revoir et de commenter les codes de conduite existants.

Il s'est produit que des groupes armés aient distribué des codes de conduite reçus du CICR ou d'un autre acteur. Au milieu des années 90, à la suite de discussions avec le CICR, les Forces alliées soudanaises (SAF) ont distribué un code de conduite en dix points conforme au DIH. Les discussions concernant le code de conduite ont également abouti à des séances de diffusion et à une formation au DIH pour les membres des SAF.

4. RÉFÉRENCES AU DROIT HUMANITAIRE DANS LES ACCORDS DE CESSEZ-LE-FEU OU DE PAIX

L'inclusion des engagements au titre du DIH dans les accords de cessez-le-feu ou de paix conclus par les parties aux conflits armés non internationaux contribue à assurer le respect des dispositions du DIH qui continuent de s'appliquer ou entrent en vigueur après la cessation des hostilités.

De plus, l'inclusion des engagements au titre du DIH dans un accord de cessez-le-feu peut également servir en cas de reprise des hostilités, à rappeler aux parties les obligations qui leur incombent au titre du DIH.

Description sommaire

Il est fréquent que les accords de cessez-le-feu et de paix contiennent des références au droit humanitaire. Pour comprendre clairement la signification de ces références, il est nécessaire d'établir une distinction entre les deux types d'accords.

Dans le cadre des accords de cessez-le-feu, les parties à un conflit conviennent de suspendre les hostilités – souvent, mais pas toujours, dans le but de faciliter les négociations de paix. De plus, les accords de cessez-le-feu contiennent fréquemment les engagements que les parties ont pris de mettre en œuvre des obligations spécifiques du DIH ou de faire cesser les violations du DIH.

Les accords de paix, au contraire, se concluent d'ordinaire avec la perspective qu'un conflit est révolu et que les hostilités ne reprendront pas. Les mentions au DIH dans des accords de paix portent d'ordinaire sur les dispositions du droit qui continuent de s'appliquer – ou entrent en vigueur – après la cessation des hostilités (voir ci-dessous), et sont accompagnées par un engagement des parties à honorer ces obligations à la fin du conflit.

Dans l'un ou l'autre cas, tous les efforts devraient être accomplis pour s'assurer que le droit humanitaire est clairement reflété dans ces accords.

Utilité

Comme les accords de cessez-le-feu ne garantissent pas nécessairement la fin des hostilités, la suspension de hostilités peut offrir la possibilité de rappeler aux parties leurs obligations au titre du DIH et garantir un engagement de respect du droit au cas où les hostilités reprendraient. Ces engagements peuvent constituer une base pour de futures interventions afin d'encourager le respect du droit si le conflit se poursuit.

Dans les accords de paix, une indication précise des dispositions du DIH qui continuent de s'appliquer – ou entrent en vigueur – après la cessation des hostilités faciliteront des interventions visant à s'assurer de l'exécution de ces obligations.

Limitations / Obstacles

Les accords de cessez-le-feu et de paix dans les conflits armés non internationaux sont négociés entre les parties (États et groupes armés), d'ordinaire par des États tiers ou des intermédiaires neutres. L'aptitude des agences ou des organisations humanitaires à influencer la conception et la teneur de tels accords peut être limitée. Il faut souligner que les obligations humanitaires ne devraient pas être perdues de vue ou éliminées dans le but d'atteindre des objectifs politiques.

Pratique – Accord de cessez-le-feu

Les accords de cessez-le-feu comportent quelquefois un engagement général que les parties ont pris d'assurer le respect du DIH, comme cela a été le cas dans un accord de cessez-le-feu de 1999 entre les parties au conflit en République démocratique du Congo.

Il est fréquent que les accords de cessez-le-feu énumèrent spécifiquement les divers actes et les violations du droit humanitaire que les parties s'engagent à ne pas commettre. Par exemple, dans un accord de 2002, les parties au conflit en Angola ont convenu de garantir la protection des personnes et de leurs biens et de ne pas conduire de déplacements forcés de la population civile, commettre des actes de violence contre la population civile ou détruire des biens. Un accord de cessez-le-feu de 2002 entre les parties au conflit à Sri Lanka comportait l'engagement de ne se livrer ni à la torture ni à l'intimidation. Des cas

d'engagement pris de s'abstenir d'actes de violence figurent notamment dans l'accord cadre de cessation des hostilités de 2002 entre le gouvernement indonésien et le Free Aceh Movement (GAM), et dans l'accord de cessation des hostilités de 2002 entre le gouvernement soudanais et le Mouvement / l'Armée de libération populaire du Soudan (SPLM/A).

En plus des dispositions spécifiques du DIH, les accords de cessez-le-feu comportent souvent les engagements pris par les parties de permettre l'acheminement sans entrave de l'assistance humanitaire ou de l'accès des organisations humanitaires. De tels accords ont été signés en Guinée-Bissau, au Libéria, au Soudan et dans d'autres pays.

Le CICR et d'autres acteurs, bien qu'ils ne soient pas directement impliqués dans la négociation proprement dite des accords, ont utilisé les dispositions figurant dans les accords de cessez-le-feu pour rappeler aux parties les obligations qui leur incombent au titre du DIH, d'encourager le respect du droit ou de négocier un accès. Cela s'est produit dans les représentations basées sur l'accord de cessez-le-feu de 1999 dans la République démocratique du Congo, et sur l'accord de 2002 sur la cessation des hostilités entre le gouvernement indonésien et le GAM.

Le DIH dans les accords de cessez-le-feu

Dans la pratique, les accords de cessez-le-feu peuvent contenir les engagements pris par les parties de respecter et d'assurer le respect des dispositions du DIH applicables dans le conflit donné. En plus d'une simple énumération des divers actes et violations à ne pas commettre, les accords peuvent explicitement mentionner les dispositions des instruments spécifiques de DIH et de DIH coutumier. Les accords de cessez-le-feu peuvent aussi inclure un engagement concernant l'acheminement sans encombre de l'assistance humanitaire ou l'accès des organisations humanitaires, en particulier pour fournir des services susceptibles d'être requis lors de la cessation des hostilités.

Pratique – accords de paix

Comme indiqué plus haut, les mentions du DIH figurant dans les accords de paix portent le plus souvent sur des dispositions du droit, qui sont toujours applicables, ou qui entrent en vigueur après la cessation des hostilités, et elles sont accompagnées d'un engagement des parties à exécuter les obligations qui leur incombent à la fin du conflit. Dans la pratique, ces engagements portent notamment sur la libération des « prisonniers de guerre » ou des détenus appartenant aux parties respectives (par exemple, en Angola, en Bosnie-Herzégovine, au Cambodge, en Côte d'Ivoire, au Libéria, et en Sierra Leone), sur les devoirs des parties vis-à-vis des civils évacués, déplacés et internés (par exemple au Cambodge), sur les devoirs respectifs que les autorités militaires et civiles ont de compter les personnes disparues et les morts des formations armées et parmi les civils (par exemple au Rwanda, en Bosnie-Herzégovine), et sur le devoir des parties de rendre compte de l'emplacement des mines terrestres (par exemple au Rwanda).

En plus des engagements susmentionnés de fin d'un conflit, les accords de paix ont également comporté d'autres dispositions relatives au DIH, par exemple des engagements à promouvoir le plein respect du DIH (par exemple au Libéria et Sierra Leone), à former les forces de défense et de sécurité au DIH (par exemple au Burundi), et à faciliter les opérations humanitaires (par exemple, en Côte d'Ivoire, au Libéria, en Sierra Leone, en Somalie).

Bien que les négociations concernant les accords de paix soient d'ordinaire confidentielles et impliquent les parties en cause et un négociateur d'une tierce partie, d'autres acteurs peuvent quelquefois revoir et commenter les dispositions du DIH dans un projet d'accord.

Par exemple, le CICR a été en mesure de commenter les clauses relatives au DIH lors des négociations pour les accords conclus en Sierra Leone, au Burundi et en Côte d'Ivoire.

Le DIH dans les accords de paix

Il est possible d'envisager d'inclure les dispositions ci-après du DIH à la fin du conflit, fondées sur la pratique, dans les clauses d'un accord de paix : la libération des membres détenus des parties au conflit, les devoirs des parties à l'égard des civils évacués, déplacés et internés, les devoirs respectifs des autorités militaires et civiles de rendre compte des personnes disparues et des morts, l'exigence pour les parties de communiquer tous les renseignements dont elles disposent concernant l'emplacement des mines terrestres.

De plus, il pourrait être utile que les accords de paix incluent les dispositions suivantes relatives au DIH : promotion du plein respect du DIH, formation des forces de défense et de sécurité au DIH (notamment lorsque les membres d'un groupe armé sont intégrés dans les forces armées nationales), et facilitation des opérations humanitaires.

Instruments de « l'engagement exprès »

Quatre des instruments juridiques décrits dans la présente publication – accords spéciaux, déclarations unilatérales, inclusion du DIH dans les codes de conduite des groupes armés, et mentions du DIH dans les accords de cessez-le-feu ou dans les accords de paix – ont une caractéristique commune : ils donnent à une partie à un conflit la possibilité d'exprimer un « engagement exprès » de sa volonté ou de son intention de se conformer au DIH.

Par un de ces quatre instruments, la hiérarchie d'une partie à un conflit armé prend une mesure positive : elle signe ou accepte une déclaration du droit applicable, s'engageant ainsi à assurer le respect des dispositions pertinentes du DIH. Cet engagement exprès prouve que la partie reconnaît les obligations qui lui incombent au regard du droit.

Chacun des instruments d'un engagement exprès peut servir de base utile à une action de suivi pour remédier aux violations du droit, donnant une influence supplémentaire aux représentations. Ils peuvent aussi servir de base pour la diffusion du droit.

De plus, tout instrument peut avoir un impact positif sur le processus d'engagement sur le long terme et d'instauration de relations avec une partie à un conflit. Les accords spéciaux, les déclarations unilatérales, les accords de cessez-le-feu ou les accords de paix peuvent tous servir de point de départ pour instaurer un contact ou entamer un dialogue. Les négociations ou les discussions peuvent alors offrir la possibilité d'identifier une personne responsable, d'acquérir plus d'informations sur la partie, et d'approfondir le dialogue sur le respect du droit humanitaire.

Les instruments de l'engagement exprès, en particulier, fournissent aux groupes armés une possibilité unique de déclarer leur volonté et leur engagement de respecter les dispositions du DIH, puisqu'ils ne peuvent officiellement signer ou ratifier des traités du DIH.

Le fait qu'une partie ne prenne pas d'engagement exprès quand cela lui est demandé n'entraîne pas de conséquences sur le plan juridique. Une partie au conflit sera liée par les règles pertinentes du droit humanitaire, qu'elle accepte ou non de prendre un engagement exprès.

En plus des engagements écrits, les parties peuvent s'engager oralement à adhérer aux règles du droit humanitaire. Bien que ces engagements verbaux n'aient pas le même poids que les instruments de l'engagement exprès mentionnés ci-dessus, ils peuvent néanmoins s'avérer utiles dans les représentations de suivi. Si possible, les engagements verbaux devraient être consignés – par exemple, dans les procès-verbaux des réunions – pour référence à l'avenir.

5. OCTROI D'AMNISTIE EN CAS DE SIMPLE PARTICIPATION AUX HOSTILITÉS

Les membres des groupes armés parties aux conflits armés non internationaux sont juridiquement peu incités à adhérer au DIH, compte tenu du fait qu'ils risquent de toute manière de faire l'objet de poursuites pénales nationales et de sanctions graves pour avoir participé au conflit, même s'ils respectent le DIH.

L'octroi d'une amnistie en cas de participation aux hostilités peut constituer pour les membres d'un groupe armé une incitation juridique à se conformer au DIH.

Les amnisties peuvent aussi contribuer à faciliter les négociations de paix ou permettre un processus de réconciliation nationale après un conflit.

Il convient de rappeler qu'aucune amnistie ne sera accordée pour les crimes de guerre ou autres crimes au regard du droit international.

Description sommaire

Aux termes de l'article 6, par. 5, du Protocole additionnel II « à la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues. »

Une telle amnistie ne vise que les actes de simple participation aux hostilités, et non pas des crimes de guerre ou d'autres crimes au regard du droit international. Elle peut donc être accordée uniquement aux personnes prenant part aux hostilités dont le comportement a été conforme aux règles du DIH. Cette restriction en matière d'amnistie ressort clairement des *travaux préparatoires* sur l'article 6, par. 5, du Protocole additionnel II et est aussi logiquement inévitable, compte tenu de l'objectif sous-jacent du DIH qui consiste à s'assurer du comportement légal des parties aux conflits armés. Le droit coutumier reconnaît la même restriction : en effet, la règle 159 de l'étude du CICR sur le *droit international humanitaire coutumier* dispose que les autorités doivent s'efforcer d'accorder la plus large amnistie possible, « à l'exception des personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crimes de guerre. »

Utilité

L'octroi possible d'une amnistie en cas de simple participation aux hostilités peut remplir deux fonctions distinctes.

La première fonction est directement liée à la question fondamentale d'un respect accru du droit humanitaire par les parties à des conflits armés non internationaux. Les membres des groupes armés parties à de tels conflits sont juridiquement peu incités à adhérer au DIH, compte tenu du fait que, sauf s'ils sont en proie au conflit, ils feront probablement l'objet de poursuites pénales nationales et de sanctions maximales pour avoir participé au conflit, même s'ils se conforment au DIH. L'octroi d'une amnistie en cas de simple participation aux hostilités – comparable au statut de prisonnier de guerre accordé aux combattants dans un conflit armé international (ils ne peuvent pas être jugés par l'ennemi en cas de simple participation aux hostilités) – pourrait, si l'amnistie est accordée durant le conflit armé, encourager les membres des groupes armés à respecter davantage le DIH.

La seconde fonction, qui ne porte pas directement sur l'amélioration du respect du droit humanitaire, vise à faciliter les négociations de paix ou la réconciliation nationale après un conflit en accordant des amnisties. En effet, la plupart des amnisties octroyées pour des actes commis par les membres de parties aux conflits armés non internationaux, telles qu'elles figurent dans les accords de paix ou la législation nationale après un conflit, visent cette fonction secondaire.

Limitations / Obstacles

Il est probable que les amnisties accordées pour des actes de simple participation aux hostilités ne soient une option réaliste que dans un nombre limité de conflits armés non internationaux.

Les négociations concernant une amnistie devraient être abordées avec un grand respect du contexte politique et des attitudes des parties en cause.

En vertu du droit international, l'octroi d'amnisties ne peut pas inclure les crimes de guerre ou d'autres crimes au regard du droit international.

Pratique

Depuis l'adoption du Protocole additionnel II, de nombreux États ont accordé l'amnistie à des personnes ayant pris part à un conflit armé non international. On trouve la plupart de ces clauses d'amnistie dans les accords de paix ou dans la législation nationale après un conflit.

Le but principal de ces États était de faciliter les négociations de paix ou de contribuer à la réconciliation nationale après un conflit. Bien que ce sujet dépasse la portée de la présente publication, il importe d'insister sur la proscription d'amnisties pour crimes de guerre ou autres crimes au regard du droit international.

Par exemple, la communauté internationale a critiqué publiquement une clause d'amnistie illicite figurant dans l'Accord de paix de Lomé de 1999 entre le gouvernement de la Sierra Leone et le Front uni révolutionnaire (RUF). Aux termes des dispositions de l'accord, un « pardon absolu » devait être accordé à tous les combattants et collaborateurs « relativement à toute action qu'ils ont commise afin d'atteindre leurs objectifs. » Le Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU pour la Sierra Leone a reçu ordre d'assortir sa signature au nom de l'Organisation des Nations Unies d'une déclaration selon laquelle il était entendu que les dispositions concernant l'amnistie « ne s'appliquaient pas aux crimes internationaux de génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et autres violations graves du droit international humanitaire. »³¹ Le Secrétaire général de l'ONU a par la suite réaffirmé qu'il était « inacceptable d'amnistier les auteurs de violations graves du droit international humanitaire et du droit pénal international. L'expérience de la

³¹ Secrétaire général de l'ONU, Rapport sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Document des Nations Unies. S/2000/915, 4 octobre 2000, par. 22-24.

Sierra Leone a confirmé que de telles amnisties ne sauraient mener à une paix et à une réconciliation durables. »³²

La guerre en Algérie est un des premiers exemples d'amnistie accordée afin d'encourager un meilleur respect du DIH. En 1958, suite aux représentations du CICR au gouvernement français concernant les lieux de détention, des camps spéciaux ont été créés pour les combattants de l'Armée de libération nationale (ALN) qui portaient ouvertement les armes. Les membres détenus de l'ALN n'ont pas été traduits en justice pour avoir participé aux hostilités, à moins d'être soupçonnés d'avoir commis des atrocités. Cette approche à l'égard des membres d'un groupe armé ressemble à une amnistie : elle parvient au même résultat en retirant la menace de poursuite pour ceux qui participent aux hostilités conformément au droit.

Les amnisties visant à encourager un meilleur respect du droit humanitaire continuent d'être suggérées dans le cas de plusieurs conflits armés non internationaux actuels.

ACCROÎTRE LE RESPECT PAR « L'ARGUMENTATION STRATÉGIQUE »

Il est raisonnable de conclure que toutes les tentatives visant à expliquer pourquoi une partie a intérêt à se conformer au droit ne seront utiles que si elles encouragent le respect du droit. Il y a de plus grandes chances que cette « argumentation stratégique » soit menée à bien plutôt que de dire uniquement le droit et recommander à une partie de s'y conformer.

Pour être effective, il faut que l'argumentation stratégique soit adaptée aux caractéristiques de la partie et du conflit. Par conséquent, si possible, les arguments doivent se fonder sur une bonne compréhension des motivations et des intérêts de la partie au conflit, facilitée par de bons contacts et un processus d'engagement avec la partie.

Il convient d'utiliser l'argumentation stratégique avec précaution parce qu'elle risque de produire des effets contraires aux résultats escomptés. Elle ne devrait pas aboutir à écarter le respect du DIH en faveur de préoccupations pragmatiques ou de résultats opportunistes. En outre, l'argumentation stratégique devrait être employée avec discrétion et en ayant pleine conscience du caractère politiquement sensible de certains arguments.

Les exemples ci-après d'argumentation stratégique ont été utilisés dans le cadre du dialogue et de l'engagement avec les parties aux conflits armés non internationaux.

Efficacité et discipline militaires

Les parties à un conflit devraient être sensibilisées au fait que les dispositions du DIH ont été à l'origine mises au point par des commandants militaires prenant en considération l'équilibre nécessaire entre les besoins militaires et les impératifs d'humanité. Les règles visaient en partie à préserver les intérêts militaires. Il se peut que les membres des forces armées (et, en particulier, des groupes armés) soient sensibles à l'argument selon lequel le droit a été élaboré par ceux qui comprenaient l'utilité de ces principes dans les conflits armés.

Il faut indiquer clairement aux commandants des parties à un conflit qu'il est de leur intérêt d'avoir des troupes bien disciplinées qui obéissent à la structure de commandement et ne souffrent pas les comportements contraires au droit.

³² Secrétaire général de l'ONU, Rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité sur la protection des civils dans les conflits armés, Document des Nations Unies. S/2001/331, 30 mars 2001, par. 10.

De plus, il peut être allégué que le fait de suivre les règles du DIH apporte des avantages pratiques. Par exemple, il a été suggéré à une partie que si elle traitait bien les prisonniers, les personnes se rendraient plus facilement.

Les arguments d'efficacité et de discipline militaires peuvent aider à persuader une partie à respecter le droit unilatéralement, quel que soit le comportement de la partie adverse.

Respect réciproque et intérêt mutuel

Bien que l'obligation de respect du DIH ne soit pas fondée sur la réciprocité – une partie est tenue d'honorer ses obligations, quelle que soit la conduite de l'autre partie – on peut néanmoins avancer, avec pragmatisme, qu'il est de l'intérêt des deux parties à un conflit d'adhérer aux règles du DIH.

Il est, par exemple, possible de rappeler aux parties à un conflit armé non international que si elles traitent les détenus ennemis avec humanité, il y a plus de chances que leurs membres qui sont détenus soient traités d'une manière similaire.

Réputation

La plupart des parties à un conflit armé sont préoccupés par la réputation dont elles jouissent – auprès de leurs groupes, de leurs alliés, et à l'échelon international – et il peut donc être quelquefois utile d'expliquer comment l'adhésion au DIH peut améliorer leur image ou leur statut public. Au niveau local, cela est particulièrement vrai lorsqu'une partie est tributaire du soutien de la population civile ou cherche à l'obtenir.

De plus, une partie qui a la réputation d'être respectueuse du droit peut plus facilement se prévaloir d'une « autorité morale » et apporter des avantages politiques.

Incitation aux valeurs fondamentales

Les principes fondamentaux du droit humanitaire se reflètent souvent dans les valeurs, l'éthique ou la moralité des cultures et traditions locales. Montrer comment certaines règles ou certains principes du DIH existent aussi au sein de la culture d'une partie à un conflit peut conduire à un meilleur respect du DIH.

Intérêts à long terme

Différents arguments stratégiques à long terme sont susceptibles de persuader les parties à un conflit d'adhérer au droit humanitaire.

Premièrement, on peut affirmer que même si les violations peuvent apporter des avantages sur le moyen terme, les conséquences sur le long terme risquent d'aller à l'encontre du but recherché (y compris perte de la réputation sur le long terme, baisse de popularité, ou même ostracisme de la population). On pourrait donner des exemples de parties à un conflit qui ont agi à l'encontre du droit et ont été sanctionnées par la suite, ou ont souffert de critiques et d'une condamnation aux niveaux national ou international. Il est également possible de donner des exemples inverses de parties qui se sont conformées au DIH et en ont tiré des avantages par la suite.

Deuxièmement, on peut souligner que la légitimité du pouvoir qu'une partie aura à l'avenir – au gouvernement ou dans l'opposition – risque d'être affaiblie si elle sombre dans l'anarchie. Les actions menées par une partie au cours du conflit pourraient avoir un effet sur la manière dont sont perçus ceux qui cherchent à gouverner après le conflit.

Troisièmement, l'adhésion au DIH favorisera la réconciliation après un conflit et le retour à la paix, qui constituent probablement les objectifs à long terme de la plupart des parties aux conflits armés non internationaux.

Poursuites pénales

Compte tenu des faits importants qui sont récemment survenus dans le domaine de la justice pénale internationale et de la répression des crimes de guerre, les parties à un conflit devraient être sensibilisées au fait que les violations graves du DIH peuvent faire l'objet de poursuites. La création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), et de la Cour pénale internationale (CPI), a renforcé l'arsenal juridique permettant de poursuivre les auteurs de crimes de guerre dans les conflits armés non internationaux.

Économie

Les parties à un conflit peuvent être sensibles à l'argument économique selon lequel l'adhésion au DIH permettrait d'économiser des ressources. Par exemple, le respect du DIH peut limiter la destruction inutile d'infrastructures ou de biens personnels.

REMARQUES FINALES

Cette publication vise à mieux faire comprendre les moyens de s'engager efficacement avec les parties aux conflits armés non internationaux afin d'accroître le respect du droit humanitaire.

Les enseignements, les instruments juridiques, et les moyens de persuasion décrits ci-dessus ont, à divers moments et dans différents conflits, été utilisés par le CICR ou d'autres acteurs dans leurs efforts visant à faire mieux respecter le DIH. On peut espérer que cette publication apportera des informations et une aide utiles à ceux qui envisageraient de s'engager dans une entreprise similaire.