

# Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État

**Zakaria Daboné\***

Zakaria Daboné est docteur en droit, Université de Genève.

## Résumé

*Comment situer les groupes armés non étatiques au sein du droit international public, un système conçu pour et par les États ? Cet article analyse cette question en examinant la place des groupes armés principalement dans le jus ad bellum et le jus in bello. Il démontre que le groupe armé est essentiellement un élément déclencheur du jus ad bellum, mais qu'il n'est pas lui-même titulaire d'un droit à la paix. Le jus in bello confère des droits et des obligations au groupe armé mais dans le cadre d'un rapport inégal avec l'État. Le régime de la détention par les groupes armés dans les conflits non internationaux illustre en particulier cette inégalité devant le droit. Malgré leur importance dans les conflits actuels, les groupes armés représentent une « anomalie » d'un système juridique qui demeure état-centrique.*



Les conflits armés auxquels prend part un groupe armé constituent un phénomène d'une importance singulière face aux conflits armés interétatiques. Ils sont les plus fréquents et chronologiquement ils semblent avoir précédé les conflits

\* Je tiens à remercier le professeur Marco Sassòli pour sa relecture de diverses parties de cet article dans leur version antérieure. Merci également à l'Université du Michigan (Ann Arbor) où je finalisai les versions anglaise et française de l'article.

Original français. La version anglaise de cet article a été publiée sous le titre « International law: armed groups in a state-centric system », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, N° 882, juin 2011, pp. 395-424.

armés interétatiques dans l'histoire<sup>1</sup>. Le droit international, norme arrimée aux variations du monde et destinée à la régulation de la vie sociale à l'échelle de la planète<sup>2</sup>, a mis du temps avant de s'intéresser à ces conflits<sup>3</sup>. L'explication de base de cet état de fait est que de tels conflits armés appartiennent aux législations internes des États plutôt qu'au droit international<sup>4</sup>. Le droit international est considéré comme une branche du droit ouverte à l'évolution<sup>5</sup>. Mais cette évolution se fait d'abord dans l'intérêt des États. Ces derniers n'ont pas admis de commun supérieur<sup>6</sup>. L'ordre juridique international présente l'État comme l'entité indispensable à son existence<sup>7</sup>. L'État exerce une emprise réelle sur le droit international. « Le droit international contemporain est l'œuvre confirmée des États; il est passé au crible de leur vouloir. Les États gardent jalousement leur attribut constitutionnel de souveraineté indépendante et par là entendent affirmer le monopole qu'ils s'assurent aussi bien sur le national que sur l'international<sup>8</sup> ». Plusieurs qualificatifs leur sont attribués à cet effet. Ils sont les sujets primaires<sup>9</sup>, les sujets majeurs et originels<sup>10</sup>. Ils font et défont le droit international<sup>11</sup>. Tout cela induit *a priori* l'exclusion de toute autre entité que l'État du champ

- 1 Georges Abi-Saab, « Conflits armés non internationaux », dans *Le droit international humanitaire en devenir*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 252.
- 2 Boutros Boutros-Ghali, « Le droit international à la recherche de ses valeurs: paix, développement, démocratie », dans *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tome 286, 2000, p. 17.
- 3 Sur ce point le Secrétaire général de l'ONU trouve l'explication dans l'occupation presque intégrale de la scène internationale par l'État. À cela s'ajoute l'élément singulier de l'ONU se rapportant presque au départ exclusivement à l'interaction entre les États membres. Rapport du Secrétaire général au Conseil de Sécurité du 30 mars 2001 sur la protection des civils dans les conflits armés, doc. ONU/S/2001/331, pp. 16-17.
- 4 Cet esprit a animé par exemple les textes suivants: Convention concernant les devoirs et les droits des États en cas de luttes civiles, du 20 février 1928, *Recueil des traités*, Société des Nations, Vol. CXXXIV, 1932-1933, pp. 45 et s.; Protocole (signé par les Plénipotentiaires à des dates différentes, entre mai et décembre 1957 et ce conformément à l'article 11 du Protocole) à la Convention concernant les devoirs et les droits des États en cas de luttes civiles, *Recueil des traités*, Nations Unies, Vol. 284, 1957-1958, pp. 202 et s.
- 5 « Celui qui voudra s'en tenir au présent, à l'actuel, ne comprendra pas l'actuel ». Cette remarque de Michelet est pleinement justifiée à l'égard du droit international qui, plus que toute autre branche du droit, « est inséparable de son histoire parce qu'il est un droit essentiellement évolutif ». Voir Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2009, 8<sup>e</sup> édition, p. 51.
- 6 Agnès Lejbowicz, *Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité*, PUF, Paris, 1999, p. 15.
- 7 Selon Christian Dominicé, par exemple, « [d]ire que l'individu ne reçoit pas du droit international public la qualité de sujet de droit, ce n'est pas freiner le développement ou le progrès, mais simplement observer les articulations fondamentales de l'ordre juridique international, qui, tant qu'il sera, sera fondé sur la juxtaposition d'États souverains ». Voir Christian Dominicé, « L'émergence de l'individu en droit international public », dans *Soixante ans de relations internationales: contrastes et parallèles, 1927-1987*, *Annales d'études internationales*, Vol. 16, 1987-1988, p. 16.
- 8 A. Lejbowicz, *op. cit.*, note 6, p. 292.
- 9 Emmanuel Decaux, « La contribution des organisations non gouvernementales à l'élaboration des règles du droit international des droits de l'Homme », dans *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 24.
- 10 A. Lejbowicz, *op. cit.*, note 6, p. 277.
- 11 Joe Verhoeven, « Les activités normatives et quasi normatives », dans René-Jean Dupuy, *Manuel sur les organisations internationales*, Hague Academy of International Law, Dordrecht/Boston/Londres, 2<sup>e</sup> édition, 1998, p. 413. Clémentine Olivier, « Les organisations non gouvernementales et la répression pénale internationale », dans *Les organisations non gouvernementales et le droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 123.

du droit international. L'évolution et le développement du droit international ont occasionné une application de plus en plus large de ce droit à des domaines considérés comme internes aux États. En dépit du fait qu'il est censé régenter les affaires extérieures des États entre eux, il s'infiltré de plus en plus dans des affaires *a priori* internes à eux. La prétention du droit international de s'étendre aux sphères internes tient peu compte de ce qui est considéré comme un champ d'action exclusif de l'État. Cette séparation entre ce qui revient aux États et ce qui leur échappe s'inscrit dans un cadre ancien et classique. En effet, « [l]e droit international connaît, depuis l'origine, la tension entre le respect de la souveraineté et l'exigence des règles internationales... Il serait possible de raconter l'histoire du droit international à travers celle de ces mouvements permanents entre internisation et internationalisation<sup>12</sup> ». C'est dans ce contexte que s'affirme la question de l'application du droit international aux groupes armés et à leur action.

Les groupes armés sont constitués d'individus sur lesquels l'État où ils se trouvent souhaite garder un contrôle particulier grâce à son droit interne. À ce titre, les groupes armés ne bénéficient pas du même statut que les forces gouvernementales. En droit interne ou dans le langage des autorités publiques, leurs membres ne sont que des individus insoumis à la loi, des « bandits » de droit commun, des terroristes, des « apatrides », punissables du seul fait d'avoir pris les armes. En droit international, aucun instrument ne place les insurgés sur le même pied que les membres des forces armées gouvernementales. Les groupes armés héritent alors en droit international, lorsque celui-ci s'applique, d'un statut peu privilégié. Historiquement les avancées concrètes dans la prise en compte des situations conflictuelles internes par le droit international ne se sont produites que par de lentes poussées successives. Il faut dire que les groupes armés, qui sont le plus souvent opposés aux forces gouvernementales, ne sont pas des entités non étatiques ordinaires. Ils ne doivent pas uniquement le « manque d'intérêt » du droit international à leur égard à leur défaut du caractère étatique. Les groupes armés sont l'ennemi de l'État, celui-là même qui tient en grande partie la clé du développement du droit international.

Lorsque l'on s'intéresse au droit international relativement aux conflits armés, donc au contexte d'évolution des groupes armés, deux domaines principaux se dégagent : le corps de règles relatives à l'usage de la force armée, *jus ad bellum*, et celui applicable dans un conflit armé, *jus in bello*. On visera à circonscrire ou situer la place du groupe armé au sein du droit international à travers ces deux principaux domaines. D'ores et déjà, on peut affirmer sans surprise que ces domaines n'ont pas été pensés pour ou en fonction du groupe armé. Le *jus ad bellum* sous ses différentes déclinaisons reste marqué par cette réalité initiale. Quant au *jus in bello*, il donne une image bien différente. Toutefois, des questions, comme celle de la privation de la liberté, offrent l'occasion de réaliser les failles qui parcourent ce corps de règles en rapport avec le groupe armé.

12 B. Boutros-Ghali, *op. cit.*, note 2, p. 19.

## Le recours à la force

### Le droit d'user de la force armée en droit interne

Il n'existe pas en droit international un *jus ad bellum* réservé aux conflits armés non internationaux (CANIs). L'absence d'un *jus ad bellum* adéquat relatif aux situations internes crée un transfert de la réglementation de l'usage de la force au droit interne des États. Alors, c'est le droit interne qui fait office d'un certain *jus ad bellum*<sup>13</sup>. Or, toute insurrection est interdite en droit interne. Les insurgés seront en principe les violateurs du droit. C'est comme dans les relations entre les États, mais en plus tranché. Si on compare avec les conflits entre États, il n'y a subjectivement pas d'égalité devant le *jus ad bellum*<sup>14</sup>. Dans les conflits entre États, chaque État croit avoir raison et pense que l'autre, l'ennemi, est le violateur du droit. Dans le droit interne, c'est moins subjectif : le droit est du côté des forces gouvernementales. L'usage de la force armée par le groupe armé se déroule à l'intérieur d'un État. Ainsi, il tombe sous le coup du droit interne. Or, par principe, les droits internes réservent l'usage de la force armée aux forces gouvernementales<sup>15</sup>. La lutte armée contre les forces gouvernementales est donc par principe une violation du droit interne. Cela n'empêche pas l'application du droit international humanitaire (DIH). Celui-ci, à son tour, travaille à sauvegarder le droit des autorités au pouvoir de réprimer le simple fait de s'être rebellé<sup>16</sup>. Cependant, dans les textes historiques, il est possible de trouver des dispositions prévoyant le droit à l'insurrection. L'exemple<sup>17</sup> peut être tiré de cette disposition de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1793 prévoyant que « [q]uand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs<sup>18</sup> ». Cette disposition est singulière et a un caractère appartenant à première vue aux textes adoptés dans des processus de style révolutionnaire. Mais comme tout pouvoir travaille à son propre maintien, une

13 Marco Sassòli, « *Ius ad bellum* and *Ius in bello* – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated? », dans Michael Schmitt and Jelena Pejic, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, p. 257.

14 François Bugnion, « Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 84, N° 847, 2002, p. 524 ; M. Sassòli, *op. cit.*, note 13, p. 242.

15 « ... [a]s the monopoly on the use of force for State organs is inherent in the very concept of the Westphalian State, we may assume that the national legislation of all States prohibits anyone under their jurisdiction to wage an armed conflict against governmental forces or, except State organs acting in said capacity, anyone else. » Voir M. Sassòli, *op. cit.*, note 13, p. 255.

16 Protocole additionnel II, Art. 6, alinéa 5.

17 Dans le droit constitutionnel actuel, certaines lois fondamentales prévoient le droit des citoyens de prendre des armes. C'est le cas de la Constitution argentine, article 21, qui prévoit que les citoyens argentins ont l'obligation de prendre les armes afin de défendre la constitution notamment. Dans *l'affaire Tablada, Juan Carlos Abella c. Argentine*, Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport du 18 novembre 1997, para. 7, disponible sur : <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97eng/Argentina11137.htm> (dernière consultation le 6 octobre 2011), les insurgés ont tiré argument de cette disposition.

18 Art. 35.

telle disposition trouve rarement un usage, au sens juridique, et non politique, ni idéologique. Tout soulèvement, sauf en cas d'impuissance manifeste du pouvoir, reçoit la répression qu'on pense qu'il mérite.

## Le droit d'user de la force armée en droit international

L'interdiction de l'usage de la force armée contenue dans le droit international contemporain ne concerne que les États dans leurs rapports mutuels. Elle ne vise pas les situations qui naissent à l'intérieur des frontières des États<sup>19</sup>. Il s'ensuit que l'usage de la force par les États sur leur propre territoire n'est pas interdit par le droit international relatif au recours à la force armée. Quant au DIH, il ne retire pas aux États le droit de combattre ceux qui s'élèvent contre leur autorité. Ce n'est d'ailleurs pas son objet. Le *jus in bello* ne s'intéresse pas aux causes du conflit armé, ni à la justification du recours à la force. Il semble que dans son intérêt, il doit même s'éloigner de ces sujets car un amalgame remettrait en cause son respect ou même son existence. Certaines dispositions du DIH permettent de dire que ce droit laisse la voie libre à la répression de l'action des groupes armés. La première de ces dispositions est assez subtile. Elle se lit comme suit à la conclusion de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 : « L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit<sup>20</sup> ». La partie pertinente du commentaire de cette disposition dit que

« ... le fait d'appliquer l'article 3 ne constitue en lui-même, de la part d'un gouvernement légal, aucune reconnaissance d'un pouvoir quelconque à la partie adverse ; il ne limite en aucune manière son droit de réprimer une rébellion par tous les moyens – usage des armes compris...<sup>21</sup> ».

Le commentaire est ainsi plus explicite que le texte conventionnel. La seconde disposition ne cache pas, elle, ses intentions. Selon l'article 3 du deuxième Protocole, les dispositions de cette convention ne sauraient être invoquées pour porter atteinte « ... à la responsabilité du gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité nationale et l'inté-

19 Robert Kolb, *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 247 ; Victor-Yves Ghebali, « Remarques politico-historiques sur l'étiologie des guerres civiles », dans Laurence Boisson de Chazournes et Vera Gowlland-Debbas (éds), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, Liber amicorum Georges Abi-Saab, Martinus Nijhoff, The Hague, 2001, pp. 464, 476 ; Luigi Condorelli, « Conclusions », dans Jean-François Flauss (sous la direction), *Nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Actes du colloque du 12 avril 2002, Institut de droit international de l'Université de Lausanne, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 178 ; Mohammed Bedjaoui, « Le droit humanitaire à l'ère des ruptures des consensus nationaux et internationaux », dans *La guerre aujourd'hui, défi humanitaire, Rapport à la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Bernard-Lévraut, Genève, 1986, p. 40.

20 Conventions de Genève de 1949, Art. 3 commun, para. 4.

21 Jean S. Pictet (et autres), *Commentaire. Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1958, p. 50.

grité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes<sup>22</sup>». Le sens de cette disposition a été repris par le Statut de la Cour pénale internationale<sup>23</sup>.

Pour ce qui concerne les groupes armés, le droit international ne leur interdit pas de recourir à la force contre d'autres groupes armés ou contre l'autorité gouvernementale<sup>24</sup>. Cela part d'un constat général qui est relatif au fait que le droit international traditionnel, à idéologie profondément étatique, n'envisageait pas la réglementation, sous les diverses formes, des CANIs.<sup>25</sup> Selon le *jus contra bellum* l'interdiction de recourir à la force inscrite dans la Charte des Nations Unies ne concerne que les relations internationales. Deux remarques peuvent être faites ici. La première tendrait à renforcer l'idée du droit à l'insurrection. Le mouvement de libération nationale qui défend un peuple contre un régime colonial peut prendre des armes dans la poursuite de sa cause<sup>26</sup>. D'autres cas d'expression du droit à l'autodétermination externe par l'usage de la force armée sont controversés<sup>27</sup>. La seconde remarque ne contredit pas tout à fait la première. Dans une vision générale, on peut dire que la Charte des Nations Unies se retient de condamner les CANIs<sup>28</sup>. Si la Charte ne donne de précision que sur l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales, il n'en reste pas moins que la pratique du Conseil de sécurité en matière d'intervention militaire dans des situations internes amène à relativiser le droit à l'insurrection. Le Conseil de sécurité a plusieurs fois décidé d'intervenir militairement dans certaines situations conflictuelles internes<sup>29</sup>. L'intervention du Conseil de sécurité a-t-elle un rapport avec une absence éventuelle de droit des groupes armés non étatiques de se rebeller ou de l'État de les réprimer? Une réponse justifiant l'intervention peut être puisée dans la nécessité d'empêcher la violation des règles humanitaires. Dans ce cas, la recherche du respect du *jus in bello* constitue un moyen pour faire respecter un certain «*jus contra bellum*». Une autre réponse qui se superpose à la précédente viendrait de l'incidence que les CANIs peuvent avoir sur la paix internationale. L'intervention du Conseil de Sécurité se justifierait par la volonté de celui-ci de préserver la paix internationale à travers la préservation de la paix interne aux États. On dirait alors que le droit à l'insurrection ou à la

22 Protocole additionnel II, Art. 3, para. 1.

23 Cour pénale internationale, Statut de Rome, art. 8, para. 3.

24 R. Kolb, *op. cit.*, note 19, p. 247.

25 Alessandro Migliazza, «L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme», dans *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tome 137, 1972, p. 211.

26 Les exceptions à l'interdiction de recourir à la force dans les relations internationales sont: «individual and collective self-defence, a decision or an autorisation of the UN security Council and, most people would add national liberation wars in which a people are fighting in the exercise of its right to self-determination...». Marco Sassòli, «Collective security operations and international humanitarian law», dans *Colloque de Bruges, La pertinence du droit international humanitaire pour les acteurs non étatiques, actes du colloque des 25 et 26 octobre 2002*, p. 79, disponible sur: <http://www.coleurop.be> (dernière consultation le 6 octobre 2011).

27 Cour internationale de Justice (C.I.J.), *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis du 22 juillet 2010, para. 82-83, disponible sur: <http://www.icj-cij.org> (dernière consultation le 6 octobre 2011).

28 A. Migliazza, *op. cit.*, note 25, p. 213.

29 Somalie en 1992, Rwanda en 1994, Haïti en 1994 entre autres.

répression d'une insurrection est permis tant que son usage ne porte pas atteinte au *jus in bello* au point de compromettre la paix internationale, ou tant que son usage ne porte pas atteinte ou ne risque pas de porter atteinte à la paix internationale. Cette lecture paraît plus pertinente que celle qui consisterait à dire que le Conseil de Sécurité intervient dans des CANIs parce que ces affrontements sont illégaux. En effet, par exemple, le Conseil de Sécurité a eu à intervenir dans des États (comme Haïti ou Sierra Leone) afin de rétablir la démocratie sans qu'on ne puisse dire que la démocratie est une norme de droit international universel.

Quel belligérant peut faire intervenir un État tiers ? La réponse classique – en dehors du contexte ancien de reconnaissance de belligérance – est en faveur des États. Il leur est permis de faire appel à l'aide militaire extérieure. Il est nié aux groupes armés le droit à cette éventualité<sup>30</sup>. C'est cette position qui a été adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua contre celui-ci*<sup>31</sup>. Elle fait autorité même si d'autres idées existent comme celle qui n'admet aucune intervention militaire au « soutien direct d'une des parties au conflit »<sup>32</sup>. Une lecture de l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> du deuxième Protocole ne permet pas de s'opposer à la position de la Cour. Cette disposition proscribit les interventions étrangères dans le contexte de CANIs en défaveur de celui qui est appelé à défendre la souveraineté de l'État. Elle ne dit rien contre l'invitation qu'adresseraient les autorités gouvernementales à un État pour réprimer le groupe armé<sup>33</sup>. Une telle invitation n'est par ailleurs pas interdite par la Charte des Nations Unies. Cependant un État peut-il faire appel à un État ami afin de lutter contre un mouvement de libération nationale dans le cadre d'une guerre de libération nationale ? La réponse est probablement négative car une telle intervention, si elle est licite au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies, est cependant contraire au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui est opposable *erga omnes*<sup>34</sup>.

## Les actions armées collectives

Le système de sécurité collective conçu après la Seconde Guerre mondiale ne prenait pas en compte les entités non étatiques. La force de la réalité a obligé le Conseil de sécurité et les accords et organismes régionaux à s'occuper des

30 R. Kolb, *op. cit.*, note 19, pp. 326-329.

31 C.I.J., *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, para. 246.

32 Mohamed Benouna, *Le consentement à l'ingérence militaire dans les conflits internes*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, p. 214.

33 Antonio Cassese, « Le respect des normes humanitaires dans les conflits armés non internationaux », dans *La guerre aujourd'hui, défi humanitaire, Rapport à la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Bernard-Levrault, Genève, 1986, p. 145.

34 « La Cour considère qu'il n'y a rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*. Le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été reconnu par la Charte des Nations Unies et dans la jurisprudence de la Cour... ; il s'agit là d'un des principes essentiels du droit international contemporain ». C.I.J., *Affaire Timor oriental (Portugal c. Australie)*, Arrêt du 30 juin 1995, para. 29.

situations créées par l'action de ces entités en général et du groupe armé en particulier. En effet, mieux qu'avant, l'objet unique et étatique du système de sécurité collective laisse la place à deux objets : la paix entre les États et la paix dans l'État. Cette paix dans l'État s'entend de la paix contre les actes d'entités non étatiques nocives internes et d'entités non étatiques nocives venues de l'extérieur (comme les groupes terroristes). Le « Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement » rejoint la vision ici décrite d'où il tira une large palette de ce qui, selon lui, constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales, d'origine interétatique et surtout interne aux États :<sup>35</sup> « Tout événement ou phénomène meurtrier ou qui compromet la survie et sape les fondements de l'État en tant qu'élément de base du système international constitue une menace contre la sécurité internationale »<sup>36</sup>. Il s'agit tout de même d'une vision très laxiste de la menace de la paix et de la sécurité internationales. Cette vision est très étatiste en ce sens qu'elle est très généreuse envers l'État. Ce dernier est élevé au rang d'entité « hors d'atteinte » et la paix et la sécurité internationales sont indexées sur sa quiétude absolue.

Pour l'essentiel, les actions militaires coercitives entreprises par les organisations internationales dans des situations de conflits armés non internationaux l'ont été contre des groupes armés. Dans le cas libérien en particulier, l'argument de l'existence d'une agression contre le Libéria par des États de la sous-région (à travers les insurgés) a été invoquée pour rendre crédible le recours au Pacte d'assistance mutuelle en matière de défense de 1981<sup>37</sup> de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (C.E.D.E.A.O.). Mais concrètement les groupes armés ont été la principale préoccupation des forces sous-régionales (ECOWAS Monitoring Group, c'est-à-dire ECO.MO.G.). En Sierra Leone, la C.E.D.E.A.O. a elle-même justifié la transformation de son action de maintien de la paix en action coercitive par la nécessité pour ses forces de se défendre face aux attaques des groupes armés<sup>38</sup>.

Par les actions collectives armées, le droit international ne donne aucun « poids juridique » au groupe armé. Il s'occupe du groupe armé non pas pour le réglementer mais pour le combattre, pacifier la situation qu'il a créée ou encore gérer les conséquences de son existence faite de nuisance. Le droit de l'État de faire intervenir des forces armées au nom des Nations Unies ou d'organismes

35 • Les menaces d'ordre économique et social (pauvreté, maladies infectieuses, dégradation de l'environnement, etc.);  
• Les conflits entre États;  
• Les conflits internes (guerres civiles, génocide et autres atrocités, etc.);  
• Les armes nucléaires, radiologiques, chimiques et biologiques;  
• Le terrorisme;  
• La criminalité transnationale organisée. »  
Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, p. 12, disponible sur : <http://un.org/french/secureworld/> (dernière consultation le 6 octobre 2011).

36 *Ibid.*

37 Olivier Corten et François Dubuisson, « L'hypothèse d'une règle émergente fondant une intervention militaire sur une 'autorisation implicite' du Conseil de Sécurité », dans *Revue Générale de Droit International Public (R.G.D.I.P.)*, 2000, p. 897.

38 *Ibid.*, pp. 898-899.

régionaux affaiblit davantage la position du groupe armé dans une éventuelle concurrence avec l'État sur le droit concernant les actions collectives. Le cas de l'intervention des États, puis de l'OTAN en Libye en cette année 2011 est trop récent pour que l'on puisse tirer des conclusions définitives. Cette intervention a tendance, dans sa mise en œuvre, à remettre en cause ce qui vient d'être dit. En effet, les forces aériennes qui sont intervenues ont renforcé les insurgés libyens et les pays individuellement ont envoyé notamment des conseillers militaires auprès de ces insurgés. Mais les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité de l'ONU sur la situation libyenne et principalement la résolution 1973 (2011) du 17 mars 2011 ont plutôt une nature humanitaire de protection de la population civile. En effet, les parties pertinentes de cette dernière résolution prévoient que le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies

« [a]utorise les États Membres qui ont adressé au Secrétaire général une notification à cet effet et agissent à titre national ou dans le cadre d'organismes ou d'accords régionaux et en coopération avec le Secrétaire général, à prendre toutes mesures nécessaires... pour protéger les populations et zones civiles menacées d'attaque en Jamahiriya arabe libyenne, y compris Benghazi, tout en excluant le déploiement d'une force d'occupation étrangère sous quelque forme que ce soit et sur n'importe quelle partie du territoire libyen... »<sup>39</sup>, d'une part, et « [d]écide d'interdire tous vols dans l'espace aérien de la Jamahiriya arabe libyenne afin d'aider à protéger les civils »<sup>40</sup>, d'autre part.

Si l'autorisation n'est pas contre les insurgés libyens, elle n'a pas été donnée, dans la lettre en tout cas, pour soutenir ces insurgés. Ces derniers sont favorables à l'action internationale et cela fait penser au cas de l'Armée de libération du Kosovo (U.C.K.) en Serbie-et-Monténégro avec l'intervention des forces de l'OTAN en 1999, dans une certaine mesure (car dans ce cas le Conseil de sécurité n'avait pas donné une autorisation à l'action de l'OTAN).

## Les actions militaires individuelles

### *Légitime défense contre l'action du groupe armé*

Les actions armées individuelles confirment en grande partie ce qui précède. Dans l'histoire, que ce soit avant ou après la réduction du droit de recours à la force armée, la légitime défense ou tout ce qui pouvait lui ressembler ne concernait pas en principe les actions de particuliers, celles à travers lesquelles on ne pouvait pas déceler la responsabilité d'État<sup>41</sup>. C'est ainsi que la considération

39 Résolution du Conseil de sécurité 1973, 17 mars 2011, para. 4.

40 *Ibid.*, para. 6.

41 Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau (sous la direction), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 2005, p. 1330.

selon laquelle les actes des entités non étatiques, comme les groupes terroristes, seraient à la base d'une action de légitime défense a été fortement combattue. La réaction des États-Unis et de leurs alliés en Afghanistan après les attentats du 11 septembre 2001 a souvent été vue comme manquant d'argument valable sous la légitime défense<sup>42</sup>, à moins de voir à travers lesdits attentats un acte de l'Afghanistan<sup>43</sup>. Sur une perspective générale relative aux entités non étatiques, on a défendu l'idée qu'il ne peut pas y avoir d'agression sans l'implication d'un État. La légitime défense ayant été « clairement conçue en tant qu'exception à l'interdiction de l'usage de la force dans les relations entre États », elle ne saurait être invoquée dans le cas de contrainte contre des particuliers auteurs de crimes<sup>44</sup>. Selon Maurice Kamto,

« [I]a problématique de l'extension du champ d'application de l'interdiction du recours à la force aux activités des entités infra-étatiques non officielles a suscité un important débat parmi les auteurs, avec un renouvellement doctrinal depuis les attaques terroristes du 11 septembre 2001 contre les États-Unis. La réponse à cette question est fort aisée dans l'hypothèse où les entités en cause et leurs activités armées sont sans rapport aucun avec un État : il paraît assez clair en effet, tant au regard du caractère interétatique de la Charte que de la teneur de son article 2, paragraphe 4, que les acteurs non étatiques sont exclus du champ d'application de la règle de l'interdiction du recours à la force. On ne saurait, sans abus de langage, parler d'agression armée dans cette situation ni, par conséquent, invoquer et exercer le droit de légitime défense au sens de l'article 51 de la Charte ; il n'est point besoin de longs développements à ce sujet »<sup>45</sup>.

Selon cet auteur, la question relative à la présence des entités non étatiques dans le droit du recours à la force est celle de la nature des liens qu'elles peuvent entretenir avec un État et le degré de contrôle de celui-ci sur les entités dans la perpétration de leurs actions militaires. En clair, il faut un lien permettant de transformer l'acte illicite des acteurs non étatiques en fait de l'État<sup>46</sup>. Ainsi, un groupe armé, lui seul, ou tout autre acteur non étatique, n'est pas en mesure de commettre une agression. Cette position n'est pas désavouée par la Cour internationale de justice. Celle-ci tient à attribuer les actes d'entités non étatiques à un État avant de parler d'agression armée (et conséquemment de légitime défense). En rappel, rééditant sa position dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour dit dans l'affaire des *Conséquences de l'édification du mur* que la légitime défense est un droit en cas

42 Olivier Corten et François Dubuisson, « Opération 'liberté immuable' : une extension abusive du concept de légitime défense », dans *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 64, 70.

43 Éric David, « Sécurité collective et lutte contre le terrorisme : guerre ou légitime défense? », dans *Les métamorphoses de la sécurité collective. Droit, pratique et enjeux stratégiques*, A. Pedone, Paris, 2005, p. 145.

44 Luigi Condorelli, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international? », dans *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 838-839.

45 Maurice Kamto, *L'agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, pp. 145-146.

46 *Ibid.*, pp. 146-147.

d'agression armée par un État contre un autre État<sup>47</sup>. Le problème est que la Cour, tout en citant l'article 51 de la Charte, en modifie la rigueur<sup>48</sup>. En effet, l'article 51 ne mentionne guère que l'agression armée vient d'un État.

Le Statut de la Cour pénale internationale a choisi une position classique sur l'agression. La conférence de révision du Statut de la Cour a abouti à la résolution de Kampala du 11 juin 2010 amendant le Statut de la Cour sur la question de l'agression. Elle prévoit en effet, pour ce qui devrait être le nouvel article 8 bis du Statut de la Cour, ce qui suit :

1. Aux fins du présent Statut, on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies.
2. Aux fins du paragraphe 1, on entend par « acte d'agression » l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies<sup>49</sup>...

Qu'il y ait ou non déclaration de guerre, les actes d'agression sont ceux fixés (comme tels) par la Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 14 décembre 1974. Ainsi l'individu, « auteur » de l'agression, doit avoir utilisé la machine étatique dans le cadre de l'emploi de la force incriminé. Il s'agit d'un choix anachronique. Quatre principaux États qui ont des affaires devant la Cour pénale internationale (affaires en rapport avec des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité), c'est-à-dire la République démocratique du Congo, l'Ouganda, la Centrafrique, le Soudan, ont au moins une caractéristique commune : ce sont des États qui ont connu sur leur territoire l'action de groupes armés venus de l'extérieur. L'arrêt de la Cour internationale de justice du 19 décembre 2005 sur les *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo contre Ouganda)* traite en grande partie des accusations mutuelles d'agression, notamment, par l'action de groupes armés venus d'ailleurs ou aidés par l'adversaire. Jean Pierre Bemba, ancien chef d'un groupe armé en République démocratique du Congo, est poursuivi par la Cour pénale internationale non pas pour des actes commis dans son État mais en Centrafrique. Certes, à l'époque des faits, son groupe armé avait lutté aux côtés du gouvernement officiel de la Centrafrique. Mais les

47 C.I.J., *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, para. 195.

48 Cela a été critiqué par le juge Rosalyn Higgins, dans son opinion individuelle dans l'avis consultatif sur le mur, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, C.I.J., Avis consultatif du 9 juillet 2004, Opinion individuelle de M<sup>me</sup> le juge Higgins, paras 32-34, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1680.pdf> (dernière consultation le 6 octobre 2011). Elle avait déjà eu à critiquer la position similaire de la Cour dans l'arrêt Nicaragua. Voir Rosalyn Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 250-251.

49 Annexe 1 de la Résolution RC/Res.6, du 11 juin 2010, Conférence de révision du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai – 11 juin 2010.

alliances auraient bien pu être dans un autre sens. Les relations entre le Soudan et le Tchad, en particulier, se sont fréquemment détériorées à cause de l'action de groupes armés « étrangers » ou installés à l'extérieur. Tout cela aurait pu appeler l'Assemblée des États parties à innover dans la définition de l'agression valable devant la Cour. Cette innovation aurait pu aboutir à une règle qui dirait que les personnes membres du groupe armé qui posent des actes assimilables à ceux constitutifs d'agression, en utilisant les organes du groupe armé, pourraient être poursuivies devant la Cour. Cela suppose que le groupe armé est susceptible de procéder à une agression.

L'Afrique de l'après décennie 1990 et post 11 septembre a une autre vision de la question de l'agression. Le Pacte de non-agression et de défense commune de l'Union Africaine du 31 janvier 2005 englobe dans sa définition de l'agression « la fourniture de tout soutien à des groupes armés »<sup>50</sup>. Il revoit la position de la Cour internationale de justice dans l'arrêt *Nicaragua* où celle-ci a dit qu'une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre n'est pas une agression. Le Pacte « facilite » l'agression indirecte en donnant plus de poids, par rapport à la Cour, au soutien aux groupes armés par des États étrangers<sup>51</sup>. Un autre élément intéressant du Pacte est qu'il va plus loin que la Résolution 3314 en disant que l'invasion ou l'attaque du territoire d'un État par les forces armées constitue une agression<sup>52</sup>. La résolution a une expression plus restrictive lorsqu'elle dit que l'invasion ou l'attaque du territoire d'un État doit être le fait des forces armées d'un autre État<sup>53</sup> pour être une agression. Ainsi, le Pacte, en l'absence d'autres précisions, laisse entendre que les forces armées qui envahissent ou attaquent peuvent également provenir d'une autre entité que l'État, notamment des groupes armés<sup>54</sup>. Il ne s'agit

50 Pacte de non-agression et de défense commune de l'Union Africaine du 31 janvier 2005, article 1.c.viii: « Les actes suivants constituent des actes d'agression, sans déclaration de guerre par un État, groupe d'États, organisation d'États ou acteurs non étatiques ou entité étrangère... (viii) l'envoi par un État membre ou en son nom ou la fourniture de tout soutien à des groupes armés, à des mercenaires et à d'autres groupes criminels transnationaux organisés qui peuvent perpétrer des actes hostiles contre un État membre... ».

51 Raphaël van Steenberghe, « Le Pacte de non-agression et de défense commune de l'Union africaine: entre unilatéralisme et responsabilité collective », dans *R.G.D.I.P.*, 2009, p. 136.

52 Pacte de l'Union africaine, *op. cit.*, note 50, Art. 1.c.ii: « Les actes suivants constituent des actes d'agression, sans déclaration de guerre par un État, groupe d'États, organisation d'États ou acteurs non étatiques ou entité étrangère... (ii) l'invasion ou l'attaque du territoire d'un État membre par les forces armées, ou toute occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une telle attaque, ou toute annexion par l'emploi de la force du territoire ou d'une partie du territoire d'un État membre... ».

53 Doc. ONU Rés. 3314 (XXIX), 14 décembre 1974, Art. 3, alinéa a.

54 Pour le détail, et selon la définition générale de l'agression donnée, les actes suivants des groupes armés sont en outre considérés comme étant des actes d'agression: l'utilisation de la force armée contre un État, le bombardement du territoire ou l'emploi de toutes armes contre le territoire d'un État, le blocage des ports, des côtes ou de l'espace aérien d'un État, l'attaque contre les forces armées terrestres, navales ou aériennes d'un État, les actes d'espionnage utilisables à des fins d'agression militaire contre un État, l'assistance technologique de toute nature, les renseignements et la formation au profit d'un autre État pour les mêmes fins, l'encouragement, le soutien, l'acceptation ou la fourniture de toute assistance aux fins de commettre des actes terroristes et autres crimes transfrontières violents organisés contre un État. Le Pacte réserve exclusivement aux États les types d'agression suivants: les actes constitués par l'utilisation de forces armées d'un État stationnées (stationnement autorisé) sur le territoire d'un autre État en violation dudit Pacte, ou l'utilisation admise du territoire d'un État par un autre État pour commettre une agression contre un État tiers.

plus d'une agression indirecte, mais d'une « agression privée » du fait unique du groupe armé notamment<sup>55</sup>. Le dernier élément à retenir dans le Pacte africain de non-agression est relatif à la notion de menace d'agression. Il s'agit à travers cette notion de « ... tout acte ou déclaration hostile d'un État, groupe d'États, organisation d'États ou acteur(s) non étatique(s) qui, sans déclaration de guerre, pourrait aboutir à un acte d'agression... »<sup>56</sup>.

### *Droit à la paix en faveur du groupe armé*

Le groupe armé a-t-il un droit à la paix ? Si les forces étrangères ne sont pas invitées par le gouvernement établi, à l'égard de ce dernier, l'action des forces étrangères est déjà une agression (sauf si ces forces sont autorisées par le Conseil de Sécurité). Il est judicieux d'affirmer que c'est l'État qui a le droit de légitime défense face à de telles forces armées. Le groupe armé qui lutterait contre ces forces pourrait être assimilé à un groupe de résistants mais il ne semble pas détenir le droit de légitime défense. Si les forces armées étrangères agissent sur invitation du gouvernement en place, le groupe armé n'a pas droit de légitime défense puisqu'il ne bénéficie pas d'un droit à ne pas être agressé. Dans un cas récent, le conflit entre la Russie et la Géorgie, la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie a envisagé l'usage de la force entre le gouvernement géorgien et les forces de la province séparatiste de l'Ossétie du Sud. Tout en reconnaissant que ladite province continue de faire partie de la Géorgie, la Mission arrive à la conclusion que l'usage de la force armée est interdite en droit international entre la Géorgie et l'Ossétie du Sud et que l'action militaire contre la province séparatiste est à l'origine d'une action de légitime défense au profit de ladite province<sup>57</sup>. Cette position semble difficile à défendre. Elle laisse entendre ce que la Charte ne dit pas. On ne peut pas prendre pour acquis que l'usage de la force soit interdit entre un gouvernement et une entité qui fait encore partie de l'État concerné (à moins que cette entité soit un mouvement de libération nationale). Se baser sur des accords particuliers entre les parties (au conflit) de ne pas recourir à la force et faire la jonction avec la Charte comme le fait la Mission est assez critiquable. Les accords particuliers ne sauraient avoir le statut de la Charte de l'ONU, sinon les nombreux accords de paix entre belligérants des CANIs auraient tous le rang de la Charte. La légitime défense supposant une agression préalable, elle induit l'existence d'un minimum de souveraineté au profit de l'entité qui détient ce droit (dans le sens contraire, on n'a pas besoin d'être souverain pour attaquer). Or, une province séparatiste n'est pas souveraine.

Si le groupe armé concerné est un mouvement de libération nationale défendant un peuple contre une puissance coloniale, le droit d'un tel groupe

55 R. van Steenberghe, *op. cit.*, note 51, p. 139.

56 Pacte de l'Union africaine, *op. cit.*, note 50, article 1.q.

57 Rapport de la Mission d'enquête internationale indépendante sur le conflit en Géorgie, pp. 239 et suivantes, disponible sur : [www.ceiig.ch](http://www.ceiig.ch) (dernière consultation le 29 juillet 2011).

armé à la légitime défense semble avoir plus de consistance. Alors, l'intervention des États étrangers soulève une question de violation du droit à l'autodétermination. Or, les peuples colonisés ont le droit d'user de la force armée dans le but de défendre leur droit à l'autodétermination. On peut donc souscrire à l'idée que l'action du mouvement de libération nationale qui représente lesdits peuples soit une action de légitime défense en réaction à l'action des États étrangers qui ont le devoir de ne pas empêcher la réalisation de l'autodétermination<sup>58</sup>. Cependant, cette idée n'est pas unanime. Par exemple, Antonio Cassese, qui a commenté l'article de la Charte de l'ONU relatif à la légitime défense (l'article 51) ne semble pas aller dans le même sens. En effet, il relate le combat des États du tiers monde (aidés par les États est-européens) durant des années au sein de l'ONU pour qu'il soit reconnu que les peuples coloniaux ou opprimés par une puissance étrangère aient le droit d'employer la force en vertu de l'article 51 de la Charte. Il semble selon lui que le combat fut vain sur ce plan. Le résultat acquis aurait seulement permis de conférer aux mouvements de libération nationale le droit d'employer la force armée, droit qui dérive du principe de l'autodétermination sans pour autant aller jusqu'à conférer un droit sous l'article 51 de la Charte<sup>59</sup>. Cette position fait une distinction donc entre le droit d'utiliser la force armée et le droit de légitime défense qui semble être placé à un niveau plus élevé. On pourrait toutefois soupçonner qu'en droit international, une entité qui a droit d'user de la force armée, soit titulaire de légitime défense au cas où elle est attaquée. En outre, la réponse du commentateur de l'article 51 ci-dessus exposée semble davantage concerner le rapport entre le mouvement de libération nationale et la Puissance coloniale concernée, car le combat des États du tiers monde évoqué consistait effectivement à réclamer le droit de légitime défense contre la Puissance coloniale au regard de sa présence déjà avérée sur le territoire des peuples en question. Si l'on réprecise la configuration de la situation problématique qui est celle d'un mouvement de libération nationale faisant face à des forces armées étrangères venues « aider » la puissance coloniale, il semblera difficile de ne pas y voir l'exercice d'un droit de légitime défense.

## Conclusions sur l'usage de la force armée

Les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis ont relancé la discussion sur la possibilité d'une action de légitime défense en réaction à l'action d'une entité non étatique. Dans la foulée, on ne pouvait pas ignorer l'action particulière des groupes armés. Le droit international ne semble pas avoir une position stable sur la question. Les textes régionaux africains érigent déjà le groupe armé

58 « Tout État a le devoir de s'abstenir de recourir à toute mesure de coercition qui priverait des peuples... de leur droit à disposer d'eux-mêmes, de leur liberté et de leur indépendance. Lorsqu'ils réagissent et résistent à une telle mesure de coercition dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ces peuples sont en droit de chercher et de recevoir un appui conforme aux buts et principes de la Charte », Doc. ONU Rés. 2625 (XXV), 24 octobre 1970.

59 J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (sous la direction), *op. cit.*, note 41, pp. 1356-1357.

parmi les potentiels déclencheurs d'une action de légitime défense. Quant à la question de savoir si le groupe armé peut être titulaire d'un droit de légitime défense, la réponse devrait être affirmative pour les mouvements de libération nationale luttant contre les alliés des Puissances coloniales. Toutefois, cette configuration conflictuelle ne semble plus être fréquente.

Le groupe armé est essentiellement un élément déclencheur du *jus ad bellum*. En général, il n'est pas lui-même titulaire d'un droit à la paix. Dans une option marginale, sous sa forme de mouvement de libération nationale, il a droit d'user de la force armée au nom de son peuple qui aspire à l'émancipation face à une domination coloniale. Le groupe armé entre davantage dans une configuration de mise en œuvre du *jus contra bellum* (donc clairement un droit contre le recours à la force) et s'éloigne du *jus ad bellum* international (qui renvoie à une « simple » réglementation du recours à la force armée). Cependant, les groupes armés qui traversent les frontières semblent bouleverser les données classiques. Dans tous les cas, le *jus ad bellum* est profondément « anti-groupe armé ».

## **Droit dans le conflit armé (*jus in bello*) et aspects connexes**

Le droit dans le conflit armé est-il favorable au groupe armé ?

L'existence d'un DIH applicable aux situations connaissant la participation des groupes armés n'est pas toujours allée de soi. Les groupes armés, simples rassemblements d'individus sans fonction militaire voulue par l'autorité étatique, sortaient du champ du droit international, tout comme le conflit qui les opposait à l'État. Les rapports de l'ensemble des États vis-à-vis d'un agresseur sont analogues aux rapports existant entre l'État national et les groupes armés<sup>60</sup> : il s'agit essentiellement de rapports de répulsion.

L'application du DIH dans une situation connaissant la participation d'une entité non étatique n'est possible que lorsque cette entité atteint une certaine ampleur. Ce droit ne s'applique par principe que dans le contexte d'un conflit armé. Or l'existence d'un CANI dépend aussi de l'envergure de l'ennemi des forces gouvernementales. Mais on ne discute de l'ampleur du belligérant que lorsque l'on a à faire à des entités non étatiques. On ne s'interroge guère de la sorte en droit international si un État, quelle que soit son importance (superficie, population, force de l'armée...), peut mener le conflit armé. Cette aptitude à prendre les armes (différente du droit de faire la guerre strictement limité par le droit international contemporain) est inhérente à la qualité d'État<sup>61</sup> et non à celle d'un simple groupe d'individus.

60 Voir Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, A. Pedone, Paris, 1970, p. 127.

61 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Affaire Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, cas N° IT-04-84-T, jugement du 3 avril 2008, para. 60, qui n'entend pas vérifier si les forces armées gouvernementales ont une organisation suffisante, celle-ci étant supposée.

Parvenir à un régime uniforme de protection de la personne humaine dans toutes les situations de conflits armés constitue un objectif pour ceux qui promeuvent le DIH<sup>62</sup>. Le droit des conflits armés internationaux (CAIs) n'est ni un droit parfait, ni un droit complet, mais un corps de règles appelé lui aussi à évoluer en fonction de la configuration des contingences du moment. Cependant, il est le modèle qui fait référence. Le droit des CANIs se développe pour ressembler de plus en plus au droit des CAIs. Les opinions ne manquent pas pour soutenir que la tendance est forte et qu'on y est presque<sup>63</sup>, ou pour dire qu'il est urgent d'y arriver<sup>64</sup>. Les études du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le DIH coutumier prêtent à croire que la frontière entre droits des deux types de conflits armés n'est pas loin de disparaître<sup>65</sup>. Pourtant l'époque de l'application indifférenciée d'un DIH aux CAIs et aux CANIs n'est pas encore arrivée. La différence dans le droit applicable à l'époque contemporaine est présente encore et se ressent déjà lorsque l'on parle du seuil d'applicabilité du DIH. En effet, l'application de ce droit est subordonnée à la réunion de certains critères, notamment le niveau de violence, pour les CANIs tandis que de tels critères ne sont pas requis pour les conflits armés entre États<sup>66</sup>.

Les États choisissent d'étendre le champ d'application matériel des accords interétatiques aux situations concernant les groupes armés. Ce peut être aussi le champ d'application personnel lorsqu'ils prévoient clairement des droits et des obligations en faveur et à la charge des groupes armés. Même dans le DIH où les plus larges concessions ont été faites au groupe armé par les États au sein du droit international dans le sens de l'élever, les États ont encore globalement<sup>67</sup> tenu à distinguer le droit applicable aux conflits armés opposant les États entre eux et celui applicable au conflit armé connaissant la participation d'un groupe armé<sup>68</sup>. Les tendances au rapprochement des régimes juridiques applicables dans les deux types de conflits armés sont davantage mises

62 Konstantin Obradovic, «Les mécanismes d'enquête et de constatation des violations du droit humanitaire, quelques suggestions sur les possibilités d'améliorer leur fonctionnement», dans *La guerre aujourd'hui, défi humanitaire, Rapport à la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Bernard-Levrault, Genève, 1986, p. 190.

63 Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 4<sup>e</sup> édition, 2008, p. 132 notamment.

64 James G. Stewart, «Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict», dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, N° 850, 2003, pp. 344 et suivantes.

65 E. David, *op. cit.*, note 63, p. 132: «... sur 161 règles, [l'étude] n'en identifie que 17 qui soient propres aux conflits armés internationaux, 7 qui s'appliquent aux conflits armés internationaux, voire, aux conflits armés internes et 137 qui s'appliquent certainement aux deux types de conflits».

66 «[I]n international armed conflicts are the much more straightforward because no specific level of armed violence between States is required. As soon as there is any armed violence between States, as soon as the first shot is fired, there is armed conflict, International Humanitarian Law applies and the States involved have an interest in its application.» Jean-Marie Henckaerts, «Binding Armed Opposition Groups through humanitarian Treaty Law and Customary Law», dans *Actes du Colloque de Bruges, op. cit.*, note 26, p. 129.

67 Excepté le cas du conflit armé connaissant la participation d'un mouvement de libération nationale.

68 J.-M. Henckaerts, *op. cit.*, note 66, p. 123.

en exergue à travers la coutume ou la jurisprudence qui échappent à la volonté claire des États que par le biais de nouvelles conventions internationales<sup>69</sup>.

L'inégalité entre l'État et le groupe armé est générale en droit international. En ce qui concerne la personnalité juridique, celle-ci ne naît pas d'elle-même. Son existence en faveur d'une entité autre que l'État est la conséquence du consentement<sup>70</sup> des États. Ainsi, une telle entité ne saurait être qu'une entité possédant une personnalité juridique dérivée<sup>71</sup>. Et si l'entité en question est un groupe armé, cela signifierait qu'il devrait cette promotion, si cela en est une, à celui qui ordinairement constitue son ennemi. Le droit international étant historiquement de type interétatique, c'est entre États que les règles importantes et générales du droit international sont décidées habituellement. Cela n'est pas dit dans le but d'ignorer l'influence que peuvent avoir les entités non étatiques<sup>72</sup>, notamment dans la négociation ou la codification<sup>73</sup> des règles (comme à la conférence sur l'apatridie à Genève en 1959, puis à New York en 1961)<sup>74</sup>. On notera à ce sujet l'exemple spécifique de la participation des mouvements de libération nationale aux travaux ayant précédé la naissance des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949<sup>75</sup>. Cependant si l'État consent à prévoir, quelques fois, des droits et des obligations à l'égard du groupe armé, il rechigne à l'associer dans la création de la règle internationale. La phase d'élaboration conventionnelle des règles se fait, sauf cas rare, en l'absence des groupes armés<sup>76</sup>. La peur primale des États fait que l'association des groupes armés à la « création » ou fixation des règles qui régissent leur comportement apparaît parfois aux yeux des États comme une manière de hisser

69 Il est cependant indiqué de faire mention du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale qui élargit l'éventail des actes susceptibles d'être commis par le groupe armé et poursuivis par la Cour. Le bémol est toutefois de rigueur vu le champ restreint de la convention et vu la nature répressive de l'institution ainsi créée (il est naturellement plus aisé pour les États de faire réprimer le plus d'actes possibles des groupes armés que de leur reconnaître plus de droits sous le droit international).

70 Voir dans ce sens Marco Sassòli et Antoine Bouvier, *Un droit dans la guerre?*, CICR, Genève, 2003, Volume I, p. 265.

71 Christian Walter, « Subjects of International Law », dans *Max Planck Institute Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, mai 2007, para. 26.

72 François Rubio, « Perspectives historiques de l'impact des acteurs non étatiques sur la rédaction des traités internationaux », dans Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani (sous la direction), *Acteurs non étatiques et droit international*, A. Pedone, Paris, 2007, pp. 63-78.

73 Markus Wagner, « Non-State Actors », *Max Planck Institute Encyclopedia of Public International Law*, *op. cit.*, note 71, paras 18 et 21.

74 Hatem M'Rad, « La participation des acteurs non étatiques aux conférences internationales », dans R. B. Achour et S. Laghmani, *op. cit.*, note 72, pp. 79-99.

75 On a: The African National Congress (ANC), the African National Council of Zimbabwe (ANCZ), the Angola National Liberation Front (FNLA), the Mozambique Liberation Front (FRELIMO), the Palestine Liberation Organization (PLO), the Panafricanist Congress (PAC), the People's Movement for the Liberation of Angola (MPLA), the Seychelles People's United Party (SPUP), the South West Africa People's Organization (SWAPO), the Zimbabwe African National Union (ZANU) and the Zimbabwe African People's Union (ZAPU). Voir Marco Sassòli, « Legal mechanisms to improve compliance with International Humanitarian Law by armed groups », dans *Actes du Colloque de Bruges, Améliorer le respect du droit international humanitaire*, 11-12 septembre 2003, p. 98.

76 Des mouvements de libération nationale ont été invités lors de la négociation des Protocoles additionnels de 1977 en tant qu'observateurs. Voir J.-M. Henckaerts, *op. cit.*, note 66, p. 127.

ces groupes armés à un statut qu'ils ne souhaitent pas leur conférer.<sup>77</sup> Aucune convention internationale n'est soumise à l'adhésion des groupes armés dans le sens qu'à une ratification. Par l'engagement des États auxquels ils « appartiennent », les groupes armés sont ainsi soumis au respect des conventions concernées. À l'inverse, la non-ratification des conventions par de tels États empêche les groupes armés d'être obligés par le biais de ces conventions même s'ils le désirent. Les groupes armés sont sur ce point dépendants de la volonté des États jusqu'au bout.

Certains traités internationaux permettent à des groupes armés ayant un statut spécial, c'est-à-dire les mouvements de libération nationale, de faire une déclaration unilatérale par laquelle ils s'engagent à respecter les dispositions concernées. Il s'agit du premier Protocole de 1977<sup>78</sup> et de la Convention 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 de 1980<sup>79</sup>. Dans ce contexte, de telles déclarations sont-elles des actes unilatéraux ou relèvent-elles du droit conventionnel ? Par exemple, concernant la déclaration dont la possibilité est laissée par le premier Protocole, on a pu dire ceci :

77 Groupe de travail présidé par Anthony Rogers, « Améliorer le respect du DIH pendant les conflits armés non internationaux : une responsabilité globale », dans *Actes du Colloque de Bruges, op. cit.*, note 75, p. 132.

78 Article 96 – Rapports conventionnels dès l'entrée en vigueur du présent Protocole : « ...3. L'autorité représentant un peuple engagé contre une Haute Partie contractante dans un conflit armé du caractère mentionné à l'article premier, paragraphe 4, peut s'engager à appliquer les Conventions et le présent Protocole relativement à ce conflit en adressant une déclaration unilatérale au dépositaire. Après réception par le dépositaire, cette déclaration aura, en relation avec ce conflit, les effets suivants : a) les Conventions et le présent Protocole prennent immédiatement effet pour ladite autorité en sa qualité de Partie au conflit ; b) ladite autorité exerce les mêmes droits et s'acquitte des mêmes obligations qu'une Haute Partie contractante aux Conventions et au présent Protocole ; et c) les Conventions et le présent Protocole lient d'une manière égale toutes les Parties au conflit ».

79 Article 7 : Relations conventionnelles dès l'entrée en vigueur de la Convention : « ... 4. La présente Convention et les protocoles y annexés par lesquels une Haute Partie contractante est liée s'appliquent à tout conflit armé contre ladite Haute Partie contractante du type visé au paragraphe 4 de l'article premier du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de guerre : a) Lorsque la Haute Partie contractante est aussi partie au Protocole additionnel I et qu'une autorité visée au paragraphe 3 de l'article 96 dudit protocole s'est engagée à appliquer les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I conformément au paragraphe 3 de l'article 96 dudit protocole et s'engage à appliquer en ce qui concerne ledit conflit, la présente Convention et les protocoles y annexés pertinents, ou b) Lorsque la Haute Partie contractante n'est pas partie au Protocole additionnel I et qu'une autorité du type visé à l'alinéa a) ci-dessus accepte et applique, en ce qui concerne ledit conflit, les obligations des Conventions de Genève et de la présente Convention et des protocoles y annexés pertinents. Cette acceptation et cette application ont à l'égard dudit conflit les effets suivants : i) Les Conventions de Genève et la présente Convention et ses protocoles pertinents y annexés prennent immédiatement effet pour les parties au conflit ; ii) Ladite autorité exerce les mêmes droits et s'acquitte des mêmes obligations qu'une Haute Partie contractante aux Conventions de Genève, à la présente Convention et aux protocoles pertinents y annexés ; iii) Les Conventions de Genève, la présente Convention et les protocoles pertinents y annexés lient d'une manière égale toutes les parties au conflit. La Haute Partie contractante et l'autorité peuvent aussi convenir d'accepter et appliquer sur une base réciproque les obligations énoncées dans le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève ».

« Cette déclaration a pour effet d'entraîner l'application des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I au conflit armé en question. Il s'agit là, comme on le voit, d'une forme nouvelle d'engagement en droit des traités, par déclaration unilatérale, certes, mais à effets synallagmatiques, puisque ceux-ci, en ce qui concerne les rapports de droit international humanitaire entre la Haute Partie contractante et l'autorité sont identiques, pour toute la durée du conflit, à ceux découlant d'une adhésion ou d'une ratification »<sup>80</sup>.

La déclaration unilatérale faite par le mouvement de libération nationale est difficilement classable dans les actes unilatéraux, ne serait-ce qu'au regard des effets de nature réciproque qui lui sont attachés. On peut se demander si le premier Protocole serait applicable entre une Haute Partie contractante et le mouvement dans le cas où celui-ci n'a pas fait ladite déclaration. En raison de la formulation de l'article 96 du premier Protocole,<sup>81</sup> ce n'est qu'à la réception de la déclaration unilatérale par le dépositaire que les effets sont enclenchés (et le mouvement de libération nationale se verra obligé tout autant qu'un État). Autrement dit, tant que la déclaration n'est pas reçue, l'application des Conventions de Genève et du premier Protocole n'aura pas lieu entre le mouvement et la Haute Partie contractante. Cela donne un aspect de « droit des traités » à la déclaration, car en la matière, c'est l'acceptation de l'accord (signature ou ratification, selon les cas) qui fait assumer à l'État les droits et les obligations prévus dans l'accord concerné. Sur ce point, il y a un recul par rapport à l'article 3 commun qui a pour avantage de s'appliquer automatiquement à tout CANI. Est-on pour autant dans le cadre du droit des traités ? La formulation de l'intitulé de l'article 96 du premier Protocole – « Rapports conventionnels dès l'entrée en vigueur du présent Protocole » – fait penser à un fonctionnement de type conventionnel. La déclaration unilatérale d'un mouvement ne participe pas à la mise en vigueur du Protocole, ce n'est donc pas une ratification. Il n'est pas approprié de parler d'adhésion non plus. Une adhésion permet l'entrée en vigueur du traité concerné entre l'entité qui y procède avec les États qui sont déjà parties et ceux qui le seront en leur temps. La déclaration unilatérale du mouvement n'a d'effet qu'entre celui-ci et la Haute Partie contractante concernée par les revendications dudit mouvement. Il ne s'agit pas d'un fonctionnement conventionnel classique. Il semble plutôt être question d'un accord spécial de type nouveau. Les accords spéciaux prévus par l'article 3 commun servent aux parties au conflit à aller plus loin que l'article 3 commun qui, lui, s'applique automatiquement, sans les accords spéciaux. De même, l'article 3 commun s'applique au conflit armé entre le mouvement et l'État concerné sans la déclaration unilatérale dudit mouvement. Toutefois, la déclaration unilatérale permet d'aller plus loin que l'article 3 commun, en faisant appliquer tout

80 Denise Plattner, « La portée juridique des déclarations de respect du droit international humanitaire qui émanent de mouvements en lutte dans un conflit armé », dans *Revue belge de droit international*, Volume XVIII, 1984-1985, p. 299.

81 *Op. cit.*, note 78.

le DIH relatif aux CAIs. La déclaration unilatérale consiste en un consentement qui fait écho favorable à une « intention » ou à une « disposition » de la Haute Partie contractante en attente depuis l'adhésion de celle-ci au premier Protocole. La déclaration ne se suffit pas à elle-même, comme ce doit être un acte unilatéral classique. Elle est programmée et ses effets juridiques lui sont attribués. On la mettrait volontiers dans la catégorie des actes-conditions<sup>82</sup>, c'est-à-dire une voie, un moyen d'accès à des dispositions existantes, plutôt qu'un creuset de règles substantielles.

La maigre participation des groupes armés à la naissance des règles du droit international a au moins une incidence en matière de responsabilité internationale. La doctrine fait une distinction entre les règles primaires et les règles secondaires. Les premières fondent les bases du comportement, tandis que les secondes règlent les conséquences de la violation des premières. Règles primaires et règles secondaires sont des expressions admises entre les États. Lorsqu'il y a implication d'un groupe armé dans une situation, théoriquement, ces expressions restent utilisables. Cependant, au regard du fait qu'en général les sources de droit sont l'œuvre des États, on dirait qu'en ce qui concerne le groupe armé, les règles primaires sont des règles subies par le groupe armé, et les règles secondaires sont les règles s'occupant des conséquences de la violation des règles subies. Subir les règles ne signifie pas qu'on n'a pas de droits selon elles mais seulement qu'on ne les décide pas en général. Le groupe armé ayant des droits en droit international, il s'ensuit que toute violation de ceux-ci implique une obligation de réparer au compte du groupe armé<sup>83</sup>. On peut appeler cela la « responsabilité reçue ». Dans l'autre sens, on s'attend à ce que le groupe armé qui commet des violations de droits doive tout autant réparer. Cela peut s'appeler la « responsabilité due ». Tout cela relève d'une application logique du droit et l'on doit normalement s'attendre à cela dans toutes les situations où évoluent des groupes armés. Mais les situations où le groupe armé est important, c'est-à-dire qu'il perdure, qu'il a un contrôle effectif et prolongé sur une partie du territoire, et à la limite qu'il a un aspect quasi-étatique (en particulier les mouvements de libération nationale), sont plus crédibles que les autres situations. Le groupe armé n'a pas de souveraineté (aussi bien sur le territoire, sur les ressources que sur d'autres aspects) qui aurait été violée, ni de ressortissants. Il semble ne pas avoir d'affaires internes auxquelles on ne saurait se mêler. Le poids du groupe armé dans les faits ou en droit (pour les mouvements de libération nationale) pourrait être déterminant pour un fonctionnement de la responsabilité surtout dans le sens de la « responsabilité reçue ». On aura en effet un peu de mal à parler, par exemple, de réparation au profit d'un groupe armé sans envergure même si théoriquement une telle réparation existerait. En clair, le groupe armé ne devrait pas exister et son existence en fait

82 Georges Abi-Saab, «Les sources du droit international: essai de déconstruction», dans *Le droit international dans un monde en mutation*, Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Arechaga, Vol. I, Fundación, Montevideo 1994, pp. 38-39.

83 C.P.J.I., en référence à *l'Affaire relative à l'Usine de Chorzów (demande en indemnités, fond)*, arrêt du 13 septembre 1928, Série A, N° 17, p. 29, disponible sur : [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_17/54\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf) (dernière consultation le 6 octobre 2011).

ne parvient pas toujours à combler entièrement son inexistence en droit, surtout lorsqu'il s'agit de lui devoir.

Si le DIH a consenti à donner aux luttes menées par les mouvements de libération nationale le caractère de CAI, il ne supprime pas pour autant les différences qui existent entre ces mouvements et les forces gouvernementales. Il s'agit ici d'évoquer et de discuter d'une faiblesse ou d'un défaut de l'élévation de la considération du groupe armé dans le DIH. Les conditions dans lesquelles se passent les conflits armés avec les mouvements de libération nationale ne sont pas les mêmes que celles d'un CAI classique. Dans ce dernier cas, le conflit se passe entre États. Or, à partir du premier Protocole, les conventions du DIH sur les CAIs s'appliquent dans les conflits entre un État et un peuple<sup>84</sup> représenté par un mouvement de libération nationale. Mais le peuple n'est pas un État d'une part, et le peuple n'est pas le mouvement de libération d'autre part. Le lien juridique qui lie un État à son national, la nationalité, n'existe pas pour ce qui est du mouvement de libération nationale. En plus, ce dernier n'a pas de territoire propre. Il s'ensuit que les réponses du DIH en lien avec le traitement du national de l'autre partie au conflit, l'occupation ou l'invasion (en pensant à la levée en masse), notamment, sont juridiquement inopérantes ici. En outre, même si le mouvement de libération nationale lutte pour le peuple, ce dernier n'est pas le mouvement. Ainsi, le mouvement ne diffère pas de tout autre groupe armé, car les mêmes problèmes définitionnels des membres du groupe armé se retrouvent avec le mouvement. Comme pour tout groupe armé (avec la population de la zone de présence), on ne peut pas dire que tout le peuple que le mouvement représente<sup>85</sup> est membre du groupe armé. On a par exemple déjà vu des personnes issues de peuples en lutte se rallier à l'ennemi<sup>86</sup>. Il faut ajouter que la guérilla souvent utilisée par le mouvement ne reste qu'une méthode de combat (parfois aussi utilisée par des forces gouvernementales). Certes, elle crée une symbiose ou une apparence de symbiose entre le mouvement et la population. Mais cela ne fait pas de toute cette population des membres du mouvement<sup>87</sup>.

84 Richard R. Baxter, « Comportement des combattants et conduite des hostilités (droit de La Haye) », dans Institut Henry Dunant et UNESCO (éds), *Les dimensions internationales du droit international humanitaire*, Pedone, Paris, Genève, 1986, p. 126.

85 Le DIH s'est permis de créer un lien de légitimité entre un groupe armé, le mouvement de libération nationale et la population d'un territoire en parlant de « l'autorité représentant un peuple » comme il le fait dans le Protocole I, Art. 96, para. 3.

86 On a vu, par exemple, des Algériens s'allier à la France pour lutter contre le F.L.N. (Front de libération nationale) pendant la Guerre d'Algérie (1954-1962). Il s'agit notamment des supplétifs que l'Armée française a engagés qui sont couramment appelés les « *harkis* ».

87 Fatsah Ouguerouz, « Guerres de libération nationale en droit humanitaire : quelques clarifications », dans Frits Kalshoven et Yves Sandoz, *La mise en œuvre du droit international humanitaire*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 346 : « Quant à la représentativité du MLN, elle trouve sa preuve la plus éclatante dans les modalités mêmes de la lutte. Le caractère asymétrique du conflit impliquera en effet la mobilisation de la « motivation supérieure » tant du combattant isolé... que du peuple dans son ensemble. La poursuite des hostilités, même à un très faible niveau d'intensité, n'est, dans la GLN [guerre de libération nationale, précisé par nous], possible que par une immersion totale du combattant dans la population ; l'appui de celle-ci (ou plus précisément du peuple en lutte) au MLN peut donc être interprété comme une manifestation évidente de la représentativité de ce dernier ».

On peut donc dire que le membre du mouvement de libération nationale, auquel le CICR, dans ses lignes directrices sur la participation directe aux hostilités, ne semble pas accorder d'attention, se déterminerait de la même façon que serait déterminé le membre du groupe armé en général. En raison du fait que le droit interne ne détermine pas la qualité du membre du groupe armé, fût-il un mouvement de libération nationale, contrairement à une bonne partie des membres des forces armées gouvernementales, il sied de ne pas prendre exemple sur le mode d'identification de tels membres. Ceci est une opinion qui ne va pas dans le sens du droit existant, et la détermination des membres d'un mouvement de libération nationale aurait dû se faire à l'instar de ce qui se passe pour les forces armées du gouvernement. Malgré le caractère étrange de cet argument, il ne serait pas aussi décalé que cela. Les lignes directrices du CICR sur la participation aux hostilités prétendent que la détermination des « forces armées irrégulières » de la partie gouvernementale (miliciens, volontaires, membres des groupes paramilitaires) qui généralement n'ont pas une base légale d'existence dans le droit interne devrait se faire grâce au critère fonctionnel, comme cela est le cas pour les membres des groupes armés organisés de la partie non gouvernementale<sup>88</sup>. À moins de soutenir que les mouvements de libération nationale ont un droit interne fonctionnel (cela est aisé pour un mouvement important qui gère déjà un territoire) définissant leurs membres, on est tenté de dire que ces membres-là seront aussi déterminés sur un critère fonctionnel. Encore une fois, il faut dire que l'argument s'éloigne de la lettre du droit actuel. Cela dit, celui qui prend les armes en étant membre du mouvement de libération nationale sera juridiquement un combattant, alors que cette dénomination n'est pas attribuée à ceux qui se battent en tant que membres de groupes armés ordinaires<sup>89</sup>.

## Privation de liberté

### *Généralités*

Le CANI est un contexte où se font concurrence le droit interne et le droit international. Il est une situation domestique à laquelle s'applique le droit interne, alors que le droit international entend régenter la majeure partie de cette situation. Grâce au droit interne, le « droit » est du côté des forces gouvernementales – contrairement aux groupes armés violateurs de l'ordre interne – qui tiennent leur pouvoir du gouvernement assurant légalement ou légitimement le pouvoir sur le territoire. Cependant, parler différemment de ce que les forces gouvernementales et le groupe armé peuvent faire est une atteinte à l'esprit du DIH

88 CICR, « Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 872, décembre 2008, p. 31.

89 Jean-François Queguiner, *Le principe de la distinction dans la conduite des hostilités. Un principe traditionnel confronté à des défis actuels*, Université de Genève, Institut universitaire de Hautes études internationales, Genève, 2006, p. 339.

animé par le principe de l'égalité des belligérants<sup>90</sup>. Il ne s'agit pas de défendre cette atteinte, mais de l'utiliser afin de mener un débat peut-être un peu plus clair.

En DIH relatif aux CAIs, du seul fait de l'existence du conflit sans considération des crimes internationaux pouvant être commis, la privation de liberté (des prisonniers de guerre et des internés civils) n'est pas une sanction si la sanction nécessite une faute préalable. Dans le contexte d'un CANI, la privation de liberté rime souvent avec sanction lorsque c'est la partie gouvernementale qui prive de liberté en ce sens que la prise d'armes est en elle-même un acte conduisant à la punition. Si des personnes sont aux mains des groupes armés, on craint *a priori* la justice privée<sup>91</sup>. La nature déstructurée des CANIs récents conduit à une subjectivation à l'extrême des règles de privation de liberté par le délitement de l'idée de groupe et de ses caractéristiques (comme sa nature organisée, disciplinée et hiérarchisée).

La question de la légalité de la privation de liberté fait référence au « droit » même des parties au conflit armé à priver de liberté surtout lors du CANI. Il s'agit alors d'une problématique préalable à celle de la capture elle-même et de l'exécution du régime de privation de liberté. Le DIH fait une impasse sur cette question. On peut oser ici une tentative d'explication de cela. Entrer dans le débat de la légalité aurait poussé vers des blocages certains. En effet, il est théoriquement difficile d'obtenir des États l'admission de l'idée que les groupes armés puissent encore poser des actes légaux après avoir pris les armes. En outre, évoquer ce débat risquerait alors de remettre en cause l'égalité théorique des parties au conflit devant le DIH d'une part, et d'exposer à un éloignement de l'essentiel, préserver le bon traitement des personnes privées de liberté d'autre part. En évitant le débat de la légalité, le DIH fait preuve d'un pragmatisme juridique. Celui-ci consiste en la prise en compte uniquement de la situation de fait inévitable ou peut-être même préférée<sup>92</sup> : l'état de la privation de liberté. Les personnes aux mains des parties au conflit sont bénéficiaires des règles de protection, sans considération de la partie au conflit considérée. C'est pour cela qu'il dit, par exemple, qu'il faut entendre par « responsables de l'internement ou de la détention »<sup>93</sup>, les personnes qui ont, *de facto*, la responsabilité de camps, de prisons, ou de tout autre lieu de détention, indépendamment de la notion d'autorité légale reconnue<sup>94</sup>. Dans cette perspective de prise en compte du fait et dans l'esprit de

90 Voir dans cette édition le débat entre les professeurs Shany et Sassòli sur la question de l'égalité des belligérants, et le commentaire du professeur Provost sur le débat.

91 Il reste entendu que dans un conflit armé non international les parties peuvent décider d'appliquer le DIH applicable aux personnes privées de liberté dans les conflits armés internationaux.

92 Préféré par exemple à l'élimination pure et simple de personnes devant être privées de liberté soit dans un esprit de ne pas faire de « prisonniers », soit dans un autre esprit dicté par les circonstances.

93 Expression utilisée dans le Protocole additionnel II, Art. 5, alinéa 2.

94 « Certains experts avaient en effet relevé qu'il était peu vraisemblable qu'un tribunal puisse être « régulierment constitué », au sens de la loi nationale, par la partie insurgée. Tenant compte de ces remarques, le CICR a proposé une formule équivalente (...) laquelle a été acceptée sans difficulté ». Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p. 1413.

perpétuer l'égalité entre les parties au conflit, même si ce ne sont pas elles qui sont concernées vraiment ici mais les personnes privées de liberté, le DIH arrive à laisser des suppositions lourdes de sens. Dans un premier cas, on a l'exemple qui suit. Lorsque le DIH prévoit que si des enfants sont condamnés pour des infractions en relation avec le conflit, la peine de mort ne sera jamais appliquée s'ils ont moins de 18 ans au moment de l'infraction<sup>95</sup>, et que les femmes ne seront pas exécutées si elles sont enceintes ou mères d'enfants en bas âge quand bien même elles auront été condamnées à la peine de mort pour des infractions en relation avec le conflit<sup>96</sup>, il considère alors au préalable que même les groupes armés peuvent juger et condamner à mort. Dans un second cas, il y a la règle qui dit que ceux qui subissent la poursuite ou la répression d'une infraction pénale en relation avec le conflit armé<sup>97</sup> ont droit à un jugement préalable par un tribunal indépendant et impartial appliquant les principes de procès équitable autant pour le premier jugement que pour le recours. À travers cette règle, le DIH refuse de voir le déficit institutionnel, juridique et judiciaire qui règne chez les groupes armés. Le deuxième Protocole parle de « tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité ». Quant à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, il exige un « tribunal régulièrement constitué<sup>98</sup>, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ». La mise en œuvre du droit pris en tant qu'exemple ici est dépendante de moyens dont les groupes armés sont généralement dépourvus (moyens juridiques, juridictionnels sans parler de la question du manque de contrôle territorial<sup>99</sup>). Le pragmatisme du DIH permet d'espérer un résultat profond sans trop se préoccuper des moyens mis en œuvre pour atteindre ce résultat.

### *Le droit de priver de liberté*

Malgré les efforts consistant à régler par le droit international tous les aspects des CANIs, le fait est que de tels conflits sont encore soumis au droit interne des États. Au regard de ce droit interne, les membres des groupes armés sont des individus punissables du seul fait d'avoir pris les armes. Même s'ils échappent à la qualification de bandits, de terroristes, de renégats, de traîtres à la patrie, ils ne sont pas considérés comme les égaux des membres des forces armées gouvernementales (dont l'action est couverte par la loi). Le gouvernement, en droit interne, est l'autorité dont les organes restreignent ou suppriment la liberté des personnes sur le territoire en vertu des motifs valables. Les

95 Protocole additionnel II, Art. 6, para. 4.

96 *Ibid.*

97 *Ibid.*, para. 2.

98 Ce qui renverrait à l'idée d'un tribunal compétent, impartial, indépendant, établi par la loi (comme l'exige, par exemple, l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques). Voir Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann, *op. cit.*, note 94, p. 1422.

99 Il est bon en général de ne pas trop insister sur le critère du contrôle territorial, car si l'on applique les dispositions du deuxième Protocole à la privation de liberté, le groupe armé est censé avoir une certaine ampleur car le Protocole prévoit lui-même qu'il ne s'applique qu'aux conflits armés non internationaux intenses.

forces armées gouvernementales, avec l'onction du gouvernement, peuvent être l'un de ces organes-là à l'égard des membres des groupes armés.

Quant au droit international, il ne va pas dans le sens contraire à celui du droit interne. Le DIH ne se prononce pas<sup>100</sup>. Cela est déjà un signe en faveur du droit de la privation de liberté par les forces armées gouvernementales. En effet, ce droit, en plus de partir de l'état de fait de la privation de liberté constituée, n'impose pas au gouvernement en place la libération des personnes privées de liberté pour des raisons liées au conflit à la fin de celui-ci<sup>101</sup> tout au moins en principe<sup>102</sup>, contrairement au projet du CICR sur le deuxième Protocole qui prévoyait l'obligation de libérer à la fin du conflit armé<sup>103</sup>. Le droit international général soutenu par son esprit de neutralité de principe face au CANI n'affecte précisément pas au gouvernement d'un État le droit de priver de liberté. Mais un tel droit se déduit du principe cardinal du droit international public qui est la souveraineté des États, et plus précisément sous ses aspects de la souveraineté territoriale et de souveraineté personnelle.

Contrairement aux forces gouvernementales qui ont la légalité interne avec elles, qui bénéficient de la reconnaissance par le droit international, à travers le gouvernement, et qui ont le droit de priver de liberté sur le territoire national (pour des raisons valables), les groupes armés en matière de privation de liberté, particulièrement, fonctionnent à la marge de la légalité. Rien par principe ne donne le droit à des individus de soustraire à la liberté des personnes représentant l'autorité publique (membres des forces armées gouvernementales), ou des personnes appartenant à d'autres groupes privés (membres de groupes armés adverses), ou des personnes qui ne participent pas au conflit pour des raisons de sécurité (du moment que la notion de sécurité est ici liée à la quiétude de l'État dont les groupes armés ne sont pas les représentants). En matière de privation de liberté, les groupes armés n'ont que des obligations de protection à l'égard des personnes qui, de fait, se trouvent entre leurs mains. Même le droit de soustraire des hostilités actives une personne appartenant au camp ennemi ne leur est pas reconnu.

Le DIH, sans l'affirmer, laisserait filtrer deux exceptions à ce qui vient d'être dit. Il s'agit des cas où les parties au conflit acceptent l'application au

100 Pour une position identique mais plus nuancée (car parlant plus d'un manque de clarté), voir Marco Sassòli et Laura M. Olson, « The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts », dans *International Review of the Red Cross*, 2008, Vol. 90, N° 871, 2008, p. 618.

101 L'article 6 du Protocole additionnel II, particulièrement l'alinéa 5, n'oblige pas mais demande un effort d'amnistie de la part des autorités.

102 L'étude du CICR sur le droit coutumier prétend qu'il existe l'obligation de libérer les personnes privées de liberté en relation avec un CANI dès que les causes ayant motivé la privation de liberté ont cessé d'exister. Elle précise cependant que la privation de liberté de ces personnes peut se poursuivre si des procédures pénales sont en cours à leur encontre ou si elles purgent une peine qui a été prononcée dans le respect de la loi. Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (éds), *Droit international humanitaire coutumier, volume I: Règles*, CICR/Bruylant, Genève, Bruxelles, 2006, pp. 595 et suivantes.

103 Voir René-Jean Wilhelm, « Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international des conflits armés ne présentant pas un caractère international », dans *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1972, tome 137, pp. 393 et suivantes.

conflit du DIH des CAIs<sup>104</sup>. Cette possibilité donne en effet au CANI l'allure juridique d'un CAI dans lequel les parties au conflit ont le droit de priver de liberté les membres des forces armées de la partie ennemie et de libérer ceux-ci sans poursuite à la fin du conflit. Ainsi, par le consentement mutuel des parties en conflit, le droit est aussi donné au groupe armé de priver de liberté des personnes. Il est dit par ailleurs, et cela est la seconde exception, que « ... lorsque la lutte prend une certaine ampleur et que les insurgés possèdent des forces armées répondant sensiblement aux conditions posées par l'article 4A(2)<sup>105</sup>, il est certainement de l'esprit de l'article 3 que les membres des forces insurgées qui sont capturés ne soient pas traités comme criminels de droit commun »<sup>106</sup>. Si les membres des groupes armés peuvent obtenir le statut de prisonnier de guerre et tout ce qui s'attache à ce statut, par l'application du principe de la réciprocité, ils doivent se comporter comme s'ils avaient en face des prisonniers de guerre constitués de membres des forces armées ennemies. Cela est lié à une certaine logique. Cependant la validité de l'affirmation initiale reste en question. Le fait pour les insurgés de se conformer aux conditions posées par l'article 4, lettre A, chiffre 2 de la troisième Convention leur offre-t-il automatiquement le statut de prisonnier de guerre? La réponse affirmative n'est pas prévue conventionnellement. En plus, dire que les parties au conflit changeront le statut de ceux qu'elles capturent sans un accord, tacite ou exprès, relève d'un grand optimisme. En revanche, la possibilité permettant d'obtenir ce changement de regard sur les personnes capturées peut être dictée par la peur d'un traitement défavorable réciproque de ses propres membres par la partie ennemie.

### *Le droit de priver de liberté sans jugement*

Au risque de se répéter, le DIH positif se présente comme un ensemble de règles humanitaires qui ne limite « en aucune manière le droit essentiel de l'État de réprimer une insurrection »<sup>107</sup>, et laisse « intact le pouvoir de juger et de condamner, comme celui d'apprécier les circonstances aggravantes ou atté-

104 « 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 », extrait de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949.

105 Troisième Convention de Genève, Art. 4: « A. Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi: ... 2, les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes: a, d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés; b, d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance; c, de porter ouvertement les armes; d, de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ».

106 Jean S. Pictet (et autres), *Commentaire. Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1958, p. 46.

107 Jean S. Pictet (et autres), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952, p. 60.

nuantes»<sup>108</sup>. D'ailleurs, dans la théorie de ce droit, il n'apparaît pas l'obligation de procéder au jugement des personnes privées de liberté. Ne s'intéressant pas aux motifs de la privation de la liberté, aux justifications ou validité de celle-ci, ce droit se contente d'exiger un tribunal régulièrement constitué ou un tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité en cas de poursuite, de condamnation ou d'exécution pour des infractions pénales liées au conflit armé<sup>109</sup>. Cette unique exigence a, en théorie, au moins l'implication suivante. Les membres du groupe armé ont tout au moins commis des actes répréhensibles en droit interne même du seul fait de cette appartenance (rébellion, meurtres, association de malfaiteurs etc.). Ceux d'entre eux qui sont privés de liberté (donc en lien avec le conflit armé) ne sont théoriquement pas en droit d'exiger un tribunal (une sorte du droit au juge) aux qualités requises sur la seule base du DIH. Dans un esprit anti-humanitaire, il suffit de ne lancer aucune poursuite contre les membres des groupes armés et ceux-ci resteront en situation de privation de liberté sans l'obligation de les présenter au juge. Cependant, ils devront être libérés dès la cessation des causes qui ont motivé leur privation de liberté, cela donc à la fin du conflit armé au plus tard, selon une règle qui serait coutumière<sup>110</sup>. Si le gouvernement a l'intention de faire prolonger la privation de liberté, il est obligé de poursuivre les membres du groupe armé privés de liberté. En effet, ceux d'entre eux qui sont sous le coup des procédures pénales ou qui purgent une peine qui a été prononcée dans le respect de la loi seraient susceptibles de voir leur privation de liberté continuer au-delà de la fin du conflit armé<sup>111</sup> si c'est l'ancien gouvernement qui remporte la victoire<sup>112</sup>. Cela semble être la théorie en DIH. Ce droit apparaît alors comme assez permissif en interdisant uniquement la « justice sommaire »<sup>113</sup>. En somme, dans la matière présente, le DIH semble plus être tributaire de l'habileté à qualifier les différentes situations devant être régies. Cela est dû à l'absence d'une prise de position claire sur la matière, à la nature purement humanitaire de ce droit et au choix imposé par les États de ne pas entamer leur « domaine réservé ».

Mais l'étude sur le droit coutumier suscitée par le CICR prétend qu'autant dans les CAIs que dans les CANIs, la privation arbitraire de liberté est interdite<sup>114</sup>. Si tant est que l'on puisse faire une distinction entre la pratique du DIH et celle des droits de l'homme, ce qui précède semble davantage inspiré par une pratique des droits de l'homme de l'État que par le DIH. Dans tous les cas, cette étude sur ce sujet qui fait appel à la pratique des États « inscrite » dans les manuels militaires réserve une part belle à une pratique basée sur les droits

108 *Ibid.*

109 M. Sassòli et L. M. Olson, *op. cit.*, note 100, p. 618.

110 Voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 102, pp. 597 et suivantes.

111 *Ibid.*, pp. 595 et suivantes.

112 On imagine en effet que si c'est le groupe armé qui remporte la victoire, il ne restera pas de membre en situation de privation de liberté.

113 R.-J. Wilhlem, *op. cit.*, note 103, p. 391 notamment.

114 On peut concevoir une privation arbitraire de liberté comme celle qui se fait dans le non-respect des motifs et procédures prévus par le droit international. Voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 102, pp. 455 et suivantes.

de l'homme (textes internationaux des droits de l'homme, droits internes qui furent par ailleurs dans l'histoire les premiers textes à contenir les droits de l'homme). On peut dire qu'au-delà de l'interdiction de la « justice sommaire » qui relève du DIH, l'interdiction de la privation arbitraire de liberté a tendance à relever des droits de l'homme<sup>115</sup>. Les droits de l'homme ont en effet des règles concernant la privation arbitraire de liberté et l'étude du CICR a eu tendance à se référer à elles<sup>116</sup> sans forcément être claire sur la nature (droits de l'homme ou droit humanitaire) de la règle pertinente.

De façon plus claire, le DIH des CAIs et les droits de l'homme contiennent diverses règles sur le sujet. Il est question de savoir si l'on peut leur faire appel et auxquelles en particulier. Bien avant, il est bon de savoir ce qu'ils contiennent comme règles. En ce qui concerne le premier, ses règles concernent en particulier les civils résidents ressortissants de l'État ennemi et les civils sur territoires occupés. Pour l'internement de civils relevant de l'État ennemi, par exemple, il ne peut se faire que si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle les civils se trouvent l'a rendu absolument nécessaire<sup>117</sup>. Le premier Protocole exige que la personne concernée soit informée sans retard, dans une langue qu'elle comprend, des raisons pour lesquelles la mesure a été prise à son encontre<sup>118</sup>. Un tribunal ou un collège administratif doit statuer dans le plus bref délai sur la décision d'internement de chaque personne concernée et, au cas où celle-ci est maintenue, un réexamen périodique (chaque six mois) du cas est préconisé. La Puissance protectrice doit être tenue au courant des importantes décisions prises concernant l'internement<sup>119</sup> et celui-ci est censé cesser dans les plus brefs délais, au plus tard dès que les causes ayant motivé l'internement n'existeraient plus<sup>120</sup>. Quant aux prisonniers de guerre, ils sont exposés à une possibilité de privation continue de liberté sans procédure particulière jusqu'à la fin des hostilités actives<sup>121</sup>, à moins qu'ils soient libérés avant pour raison de santé<sup>122</sup> ou par d'autres biais comme le bon vouloir de la Puissance détentrice<sup>123</sup>.

Pour ce qui est des droits de l'homme, ils prévoient la nécessité de la légalité de la privation de liberté. En la matière, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, convention universelle, annonce l'idée générale selon

115 M. Sassòli et L. M. Olson, *op. cit.*, note 100, p. 618.

116 *Ibid.*

117 Quatrième Convention de Genève, Art. 42. Le cas d'internement de civils en territoire occupé pour d'impérieuses raisons de sécurité est prévu par l'article 78 de la Quatrième Convention de Genève, avec un suivi de l'internement globalement similaire à celui de l'internement des civils ressortissants de l'État ennemi.

118 Protocole additionnel I, Art. 75, para. 3.

119 Quatrième Convention de Genève, Art. 43.

120 Protocole additionnel I, Art. 75, para. 3.

121 Troisième Convention de Genève, Art. 118.

122 *Ibid.*, Art. 109.

123 Le DIH n'oblige pas de faire des prisonniers de guerre ou n'oblige pas de les retenir, le cas échéant, jusqu'à la fin des hostilités. Une partie au conflit peut donc décider de laisser partir les prisonniers de guerre notamment parce que les forces armées détentrices sont appelées à d'autres charges ou n'ont pas les moyens matériels de continuer à priver de liberté. Derrière tout cela, il y a l'idée centrale selon laquelle on ne peut pas se débarrasser d'un prisonnier de guerre en le tuant.

laquelle chacun a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Ainsi l'arrestation ou la détention arbitraires sont interdites et une privation de liberté n'est possible que si les motifs et la procédure sont conformes à la loi. Dans le cas où l'arrestation se réalise, la personne concernée est informée, au moment de son arrestation, des raisons de celle-ci et, au plus tôt, de l'accusation portée contre elle. La personne privée de liberté en raison d'une infraction pénale doit dans un court délai être présentée à un juge. La personne privée de liberté a droit de recours afin que, sans délai, la légalité de sa détention soit étudiée. L'arrestation ou la détention illégales ouvrent droit à réparation<sup>124</sup>. Quant à la convention régionale qu'est la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>125</sup>, elle prescrit aussi que tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et que nul ne peut être privé de sa liberté, sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi. Elle annonce en particulier que nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement<sup>126</sup>.

D'autres textes non contraignants abondent dans le même sens. C'est le cas notamment de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement<sup>127</sup> en ses principes 2, 10 et 32<sup>128</sup> ou les Lignes directrices et mesures d'interdiction et de prévention de la torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en Afrique (les Lignes directrices de Robben Island)<sup>129</sup> en leurs points 25 à 27<sup>130</sup>.

Il s'agit désormais de discuter du recours à des règles autres que celles du DIH des CANIs sur la question de la légalité de la privation de liberté. On s'en tiendra globalement, en ce qui concerne les droits de l'homme, aux règles universelles et contraignantes du Pacte, la Charte africaine ne sera évoquée qu'à titre secondaire. Le DIH des CAIs est moins détaillé que les droits de l'homme.

124 Article 9 du Pacte.

125 Article 6 de la Charte africaine.

126 Voir aussi l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, ou l'article 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969.

127 Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans la Résolution 43/173 du 9 décembre 1988.

128 Principe 2: «Les mesures d'arrestation, de détention ou d'emprisonnement ne sont appliquées qu'en stricte conformité avec les dispositions de la loi et par les autorités compétentes ou les personnes habilitées à cet effet». Principe 10: «Toute personne arrêtée sera informée des raisons de cette mesure au moment de son arrestation et sera avisée sans délai de toute accusation portée contre elle». Principe 32: «1. La personne détenue ou son conseil aura le droit d'introduire à tout moment un recours, conformément au droit interne, devant une autorité judiciaire ou autre afin de contester la légalité de la mesure de détention et d'obtenir sa mise en liberté sans délai, si cette mesure est irrégulière. 2. La procédure mentionnée au paragraphe 1 du présent principe doit être simple et rapide et elle doit être gratuite pour les personnes détenues impécunieuses. L'autorité responsable de la détention doit présenter sans retard déraisonnable la personne détenue devant l'autorité saisie du recours».

129 Résolution adoptée lors de la 32<sup>e</sup> session ordinaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, le 23 octobre 2002, Banjul, Gambie.

130 «B. Garanties durant la détention préventive. Les États devraient: 25. Prendre des dispositions pour que toute personne détenue soit immédiatement informée des motifs de sa détention; 26. Prendre des dispositions pour que toute personne arrêtée soit immédiatement informée des charges portées contre elle; 27. Prendre des dispositions pour que toute personne privée de liberté soit déferée sans délai devant une autorité judiciaire où elle bénéficie du droit de se défendre elle-même ou de se faire assister par un défenseur de préférence de son choix...».

Mais le fait que ces derniers ne prévoient pas de délai précis, pour le recours par exemple, et qu'ils soient susceptibles de dérogation constituent leurs faiblesses. En rapport avec la possibilité de déroger à des droits de l'homme, on dira que le CANI est accepté<sup>131</sup>, assez facilement<sup>132</sup>, comme l'une des pires situations pouvant mettre en péril l'existence même d'une nation. Dès lors, dans le contexte d'un tel conflit, les autorités gouvernementales peuvent décider de déroger aux droits de l'homme à l'exception des droits à l'égard desquels le droit de dérogation n'est pas permis (le noyau dur). L'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne classe pas les droits défendus précités (de ce Pacte) dans la catégorie des droits auxquels la dérogation n'est pas permise. Pour ce qui est de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, elle ne contient pas, en tout cas expressément, de noyau dur des droits de l'homme<sup>133</sup>. On a pu faire remarquer, logiquement, que par le silence, les États africains ont entendu éviter une nouvelle règle conventionnelle sur la matière tout en réservant le droit d'invoquer celle existant au sein du droit international général<sup>134</sup>. Alors, dans le strict entendement du droit conventionnel, toute la question de la légalité de la privation de liberté pourrait faire l'objet de dérogation de la part des autorités gouvernementales, lors d'un CANI. Ainsi des personnes pourraient être privées de liberté sans considération du motif précis de la privation, et ne seraient pas en mesure de contester la privation de liberté en demandant une annulation de la décision de la privation de liberté devant un juge. Le droit de déroger aux règles des droits de l'homme sur la légalité de la privation de la liberté existe-t-il en dehors des textes conventionnels ? Selon le Comité des droits de l'homme, la liste de l'article 4 du Pacte n'est pas exhaustive. Pour lui, la catégorie des normes impératives est plus étendue que la liste des dispositions intangibles figurant au paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte. Les États parties ne peuvent en aucune circonstance invoquer l'article 4 du Pacte pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international, par exemple une prise d'otages, des châtiments collectifs, des privations arbitraires de liberté ou l'inobservation de principes fondamentaux garantissant un procès équitable comme la présomption d'innocence<sup>135</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui n'est

131 Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, pp. 165-166.

132 L'on peut en effet se demander si les conflits armés non internationaux ne remettent pas en cause, presque exclusivement, l'existence des gouvernants et des régimes politiques en place plutôt que l'existence de la nation. Dans plusieurs cas des conflits récents en Afrique, c'est, entre autres raisons, contre la fin imminente de la nation que certains citoyens ont déclenché une situation de conflit armé. On peut citer le Rwanda, la Côte d'Ivoire, le Soudan.

133 Ce n'est pas tout à fait l'avis de Keba M'Baye qui entrevoit un noyau dur des droits de l'homme africains (articles 2 à 7 de la Charte) en raison de la forme péremptoire de la rédaction. Voir Keba M'Baye, *Les droits de l'homme en Afrique*, Pedone, Paris, 1992, pp. 167 et suivantes.

134 Fatsah Ouguergouz, « La charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Historique, portée juridique et contribution à la protection des droits de l'homme en Afrique », Thèse, Université de Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, 1991, p. 305.

135 Comité des droits de l'homme, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Commentaire général N° 29, 12 mai 2004, p. 213, disponible sur : <http://www.unhchr.ch/>

donc pas universelle, a tenu à peu près la même position dans son avis consultatif du 30 janvier 1987, dans lequel elle dit que la clause dérogatoire n'autorise pas la suspension des garanties judiciaires indispensables telles que l'*habeas corpus*<sup>136</sup>. Ainsi donc, si sur un plan purement conventionnel l'article 9 du Pacte n'est pas à l'abri de dérogation, il semble qu'en pratique, il est indiqué de réduire la portée de son caractère d'article susceptible de dérogation (notamment sur l'*habeas corpus*). Cet aspect corrigé des droits de l'homme ajouté au fait que ses dispositions sont assez détaillées (à part l'absence de délai dite plus haut, contrairement au DIH) militent en faveur de l'application des droits de l'homme comme une *lex specialis* par rapport au droit des CAIs. À cela s'ajoute un argument en défaveur d'une utilisation par analogie des dispositions du droit des CAIs. Les principales conventions sur les deux types de conflits (internationaux et non internationaux) ayant été négociées dans les mêmes époques, si les États avaient voulu une similitude dans les dispositions sur la question de la légalité de la privation de liberté, il leur aurait suffi de « transposer » les dispositions concernées dans le cas des CANIs, tout au moins des dispositions ayant subi une édulcoration. En outre – autre argument favorable à l'application des règles issues des droits de l'homme – les droits de l'homme s'appliquent en tout temps, aussi bien dans les conflits armés internationaux que non internationaux.

Ce qui précède suffit à dire que le membre du groupe armé qui est aux mains des forces gouvernementales doit voir ses droits humains respectés, notamment celui d'être présenté au juge ou à un organe équivalent.

Cette conclusion sera-t-elle différente si ce sont les groupes armés qui privent de liberté? La démarche la plus logique est que, du moment que la privation de liberté ne trouve aucun fondement, il n'est pas nécessaire de voir si les groupes armés peuvent détenir sans jugement. Ceux-ci doivent libérer les personnes privées de leur liberté. Mais dans une sorte d'abstraction de l'esprit et en se fondant sur le constat de l'existence d'une situation de fait qui est celle de la privation de liberté, il est possible de poursuivre la discussion. Il s'agira essentiellement de transposer ici ce qui a été dit en ce qui concerne la privation de liberté par les forces gouvernementales. Il n'y a pas de raison à ce que l'une des parties au conflit soit liée par les règles de la légalité de la privation de liberté et que l'autre en soit affranchie pendant que le *jus in bello* prône une égalité des belligérants. Au regard des développements précédents, il sera plus précisément ques-

tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/54330fdb4e4a1a828c1256d500056e49a/\$FILE/G0441303.pdf (dernière consultation le 6 octobre 2011).

136 Inter-american Court of Human Rights, *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8-87 of 30 January 1987 (Requested by the Inter-american Commission on Human Rights), dans *International Legal Materials*, N° 2, 1988, p. 512. La Convention américaine est elle-même silencieuse et n'interdit la dérogation que pour les droits suivants (article 27) : Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (Art. 3) ; Droit à la vie (Art. 4) ; Droit à l'intégrité de la personne (Art. 5) ; Interdiction de l'esclavage et de la servitude (Art. 6) ; Principe de légalité et de rétroactivité (Art. 9) ; Liberté de conscience et de religion (Art. 12) ; Protection de la famille (Art. 17) ; Droit à un nom (Art. 18) ; Droit de l'enfant (Art. 19) ; Droit à une nationalité (Art. 20) ; Droits politiques (Art. 23). La suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés n'est pas permise non plus.

tion de faire respecter les droits de l'homme par les groupes armés qui privent de liberté. En considération de la nature d'entité privée du groupe armé, diverses questions sous forme de difficultés d'application des droits de l'homme peuvent surgir<sup>137</sup>. La première est générale et relative à la soumission du groupe armé aux droits de l'homme. Selon une conception classique, les droits de l'homme ne sont contraignants que pour les États et que les règles concernées ne peuvent être appliquées aux actes des individus ou des groupes<sup>138</sup>. Cette position tend à connaître une évolution, ce qui rend l'évocation des autres difficultés possible. La seconde difficulté est d'ordre pratique. Elle est relative au doute que l'on peut nourrir sur la disponibilité d'un tribunal, d'un droit substantiel ou procédural au sein du groupe armé. Les groupes armés qui ont une certaine durée, un contrôle prolongé de territoire et une intention de ressembler à une forme étatique pourraient œuvrer à faire lever le doute. Dans les autres cas, le doute subsistera. Mais en général, il restera nécessaire de faire un effort d'interprétation de la notion de légalité.

### *Remarques conclusives sur la privation de liberté*

Le domaine de la privation de liberté dans le contexte des CANIs est un domaine de prédilection lorsque l'on entend mettre en exergue l'inégalité des parties au conflit devant le droit international. Cette inégalité se ressent dans les deux principales branches concernées par le sujet : le DIH et le droit international des droits de l'homme.

Pourtant, en ce qui concerne le DIH, le paradigme de départ est l'égalité des belligérants devant ce droit<sup>139</sup>. Ce paradigme se justifie par le fait que sans cette égalité, ou du moins sans l'élévation de la considération de la partie au conflit non étatique à un certain niveau, il serait utopique d'espérer un quelconque respect du droit humanitaire. Il s'agit d'une égalité de droits et de devoirs, et non d'une égalité de statut au sens général<sup>140</sup>. La privation de liberté est un domaine qui limite de façon concrète l'extension du champ d'application du droit des CAIs aux conflits armés qui n'ont pas ce caractère. Il s'agit en somme de cette tendance à multiplier les droits et en même temps les obligations des parties au CANI. En augmentant les droits et obligations des deux parties en même temps (par souci d'égalité), on peut risquer de rendre le groupe armé incapable de tout assumer. Légitimement, on se demande par exemple s'il est judicieux de transposer tout le corpus de droit sur les prisonniers de guerre aux personnes privées de liberté dans les CANIs. Les groupes armés évoluant dans de telles situations ont-ils les moyens d'appliquer l'intégralité de ce droit des prisonniers de guerre ? La réponse est négative. En plus,

137 M. Sassòli et L. M. Olson, *op. cit.*, note 100, pp. 622 et suivantes.

138 Daniel O'Donnel, «Tendances dans l'application du droit international humanitaire par les mécanismes des droits de l'homme des Nations Unies», dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 80, N° 831, 1998, p. 524.

139 E. David, *op. cit.*, note 63, p. 613.

140 Conventions de Genève de 1949, Art. 3 commun, dernière phrase.

le DIH, malgré ses bonnes intentions d'humaniser les conflits armés, n'ignore pas la nécessité de garder une certaine différence entre forces gouvernementales et groupe armé. Immuniser les membres des groupes armés contre toute poursuite du fait du conflit, comme le sont les prisonniers de guerre, reviendrait à légaliser la prise des armes contre l'autorité étatique et à donner, par principe, le droit aux mécontents dans les États de prendre les armes, question pour laquelle le DIH choisit de s'abstenir. C'est ainsi qu'il est préférable que l'extension du champ d'application du droit des CAIs se fasse par le biais du consentement des parties au conflit. D'ailleurs, la réalité en matière de CANI est que ce type de conflit ne s'est pas totalement affranchi du droit interne. La soumission de pans de ce conflit au droit international (notamment le traitement au sens strict principalement) n'endigue pas l'essence même de ce type de conflit qui reste interne.

Pour ce qui est du droit international des droits de l'homme, celui-ci ne pose pas comme principe l'égalité des belligérants. Il fait l'impasse sur les groupes armés. Même lorsqu'il traite d'un cas de CANI, il s'abstient de traiter de cet acteur de conflit<sup>141</sup>. Par son omission des groupes armés, le droit international des droits de l'homme ne promeut pas l'égalité des belligérants, bien au contraire. Car sans le dire, il introduit une inégalité entre les belligérants, en faveur des groupes armés, en ne prévoyant clairement d'obligations qu'à la charge des forces gouvernementales.

## Conclusion

Tout groupe armé, qu'il soit un groupe armé ordinaire ou un groupe armé défendant l'émancipation d'un peuple, n'existe pas en droit international par son seul dire. Il existerait au regard du fait, et spécialement en fonction de sa capacité à troubler profondément l'ordre public établi. Le groupe armé n'existe, au plus tôt, qu'au commencement d'un conflit armé auquel il est partie prenante. Éphémère lorsqu'on le compare à l'État, le groupe armé a toujours l'air de surprendre le droit international qui, en retour, se place en retrait d'autant plus que, en général, le groupe armé n'est pas une entité désirée ou souhaitée (à

141 L'exemple qui suit, relatif à la privation de liberté, est illustratif à ce propos: «Les exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires seront interdites par la législation nationale et les gouvernements feront en sorte que de telles exécutions soient considérées comme des délits punissables en vertu de leur droit pénal et frappées de peines appropriées tenant compte de la gravité du délit. Des circonstances exceptionnelles, notamment l'état de guerre ou la menace de guerre, l'instabilité politique à l'intérieur du pays ou toute autre situation d'urgence publique, ne pourront être invoquées comme justification de ces exécutions. De telles exécutions ne devront pas avoir lieu, quelles que soient les circonstances, notamment en cas de conflit armé interne, par suite de l'emploi excessif ou illégal de la force par un agent de l'État ou toute autre personne agissant à titre officiel ou sur l'instigation ou avec le consentement explicite ou tacite d'une telle personne, et dans les situations où il y a décès pendant la détention préventive. Cette interdiction l'emportera sur les décrets publiés par l'exécutif». Principe 1, Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, recommandés par le Conseil économique et social de l'ONU dans sa Résolution 1989/65 du 24 mai 1989.

l'opposé des organisations internationales par exemple qui ont « un droit international »). Contrairement à d'autres entités comme l'État et les organisations internationales, le groupe armé ne devrait pas exister ou, dit autrement, son existence n'est pas normale en droit international. Le groupe armé naît pour troubler l'ordre, celui-ci entendu tant au sens physique que juridique. Cette existence dans les faits et la grande envergure de son action à l'époque contemporaine ne parviennent pas à chasser l'idée d'une anormalité de son existence. Le principal obstacle est l'État, qui continue de dominer le droit international malgré le fait qu'il subit des contestations en pratique, aussi bien pacifiquement (par l'individu, la société civile, diverses pensées ou écoles philosophiques notamment), qu'avec violence (groupes terroristes ou groupes armés notamment).