

DÉBAT



Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ?*

Marco Sassòli et Yuval Shany

En introduisant une nouvelle section intitulée « Débat », la Revue espère contribuer à la réflexion sur des sujets d'ordre éthique, juridique ou pratique qui sont actuellement source de controverses dans le monde humanitaire. Cette section présentera aux lecteurs les principaux arguments avancés sur une question d'actualité ayant trait au droit ou à l'action humanitaires.

* La version originale en anglais est publiée sous le titre « Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal ? », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, N° 882, juin 2011, pp. 425-442.

Pour ce premier débat, la Revue a demandé à deux membres de son Comité de rédaction, les professeurs Marco Sassòli et Yuval Shany, de débattre sur le thème de l'égalité des États et des groupes armés en droit international humanitaire. Les commentaires du professeur René Provost apportent un troisième éclairage à ces échanges.

La question cruciale est de savoir s'il est réaliste d'appliquer aux groupes armés non étatiques le régime juridique en vigueur. Comment les groupes armés, qui ont des moyens parfois très limités et une organisation rudimentaire, pourraient-ils s'acquitter des mêmes obligations que les États? Qu'est-ce qui inciterait les groupes armés à respecter les règles établies par leurs adversaires? Pourquoi devraient-ils respecter des règles quand le fait même de prendre les armes contre l'État fait déjà d'eux des « hors-la-loi »?

Les participants à cette discussion aspirent tous à assurer une meilleure protection juridique à toutes les personnes touchées par les conflits armés non internationaux. Les professeurs Sassòli et Shany ont convenu de présenter deux positions « radicalement » opposées, le professeur Sassòli soulignant la nécessité de reconsidérer l'égalité et de la remplacer par une gradation des obligations, et le professeur Shany réfutant ce point de vue. Le professeur Provost propose ensuite une réflexion sur les positions exposées par les deux intervenants et nous invite à revisiter la notion même d'égalité des belligérants.

Par souci de clarté et de concision, les débatteurs ont simplifié la complexité de leur raisonnement juridique. Les lecteurs de la Revue garderont à l'esprit que les positions des intervenants sur ce point de droit sont en réalité plus nuancées que ne le laisse apparaître ce débat.

: : : : :



Introduire une gradation des obligations pour remédier à l'inégalité fondamentale entre les groupes armés et les États ?

Marco Sassòli*

Marco Sassòli est directeur du Département de droit international public et organisation internationale et professeur de droit international à l'Université de Genève, professeur associé à l'Université de Laval et à l'Université du Québec à Montréal, Canada ; il est aussi membre du Comité de rédaction de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*.

Lorsqu'on leur demande si les États (et donc les forces armées gouvernementales qui les représentent) et les groupes armés non étatiques ont ou devraient avoir des obligations égales en vertu du droit international humanitaire (DIH), les défenseurs de ce droit, qui souhaitent avant tout renforcer la protection des victimes des conflits armés, sont placés devant un dilemme. D'une part, le dogme selon lequel toutes les parties à un conflit armé sont égales au regard du DIH (ci-après le « dogme ») est un principe cardinal de ce corpus de droit, et il existe de bonnes raisons en théorie – et d'autres plus impérieuses encore en pratique – de l'appliquer également aux conflits armés non internationaux¹.

* Marco Sassòli tient à remercier M^{me} Lindsey Cameron, LL.M., doctorante à l'Université de Genève, pour ses commentaires avisés et la révision de ce texte.

¹ J'ai moi-même écrit ailleurs: « [S]i le DIH ne respectait pas le principe de l'égalité des belligérants devant le droit dans les conflits armés non internationaux, il n'aurait quasiment aucune chance d'être respecté ». Marco Sassòli, Antoine Bouvier et Anne Quintin, *Un droit dans la guerre?*, Vol. 1, seconde édition, Genève, 2012, p. 414.

D'autre part, il est légitime de se demander si ce principe est réaliste. C'est une question très pertinente, car des règles irréalistes ne protègent personne mais tendent plutôt à affaiblir la volonté de respecter même les règles réalistes du DIH. Les groupes armés et les gouvernements sont eux aussi placés face à un dilemme. Les forces gouvernementales veulent que leurs ennemis respectent les mêmes règles que celles qui les lient elles-mêmes, ce qui est compréhensible. D'un autre côté, la simple idée qu'un groupe armé (invariablement classé comme composé de criminels, sinon de « terroristes » par les gouvernements) puisse être à un titre quelconque l'égal d'un État souverain est une hérésie pour des gouvernements obsédés par leur conception westphalienne de la souveraineté étatique. Quant aux groupes armés eux-mêmes, ils peuvent apprécier l'idée d'avoir les mêmes droits que leurs adversaires mais sont, pour la plupart, beaucoup moins disposés à respecter les mêmes obligations, et en sont même dans une certaine mesure incapables. Je vois bien les risques liés à l'abandon du dogme et j'admets qu'il n'est pas facile de s'entendre sur les règles qui lient les groupes armés s'il n'y a pas égalité des obligations. Néanmoins, j'argumenterai ici pour l'abandon du dogme afin d'amorcer le débat, que je suis reconnaissant à la *Revue* d'ouvrir dans ses pages.

Dans les conflits armés internationaux, le dogme résulte de la séparation nécessaire entre le *jus ad bellum* (qui est devenu aujourd'hui plutôt un *jus contra bellum*, un droit interdisant l'emploi de la force dans les relations internationales) et le *jus in bello* (le droit régissant l'emploi de cette force). De temps à autre, surtout lorsqu'ils sont convaincus de la noblesse de leur cause, les États tentent de remettre en question cette séparation, qu'ils ont cependant acceptée dans les dispositions du droit conventionnel. D'un point de vue pratique, il serait impossible, sans elle, de faire respecter le droit humanitaire, puisque – du moins entre les belligérants – la question de savoir lequel d'entre eux recourt à la force conformément au *jus ad bellum* et lequel viole le *jus contra bellum* prête toujours à controverse. D'un point de vue humanitaire, les victimes du conflit ont besoin de la même protection d'un côté comme de l'autre et ne sont pas nécessairement responsables des violations du *jus contra bellum* commises par « leur » partie.

Pour ce qui est du DIH des conflits armés non internationaux, le dogme est moins contesté. Certes, l'Article 3 commun aux Conventions de Genève prévoit expressément que « chacune des Parties » au conflit doit en respecter les dispositions. Le Protocole additionnel II est délibérément muet sur la question. L'imposant corpus de règles coutumières recensées par l'Étude du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur le DIH coutumier comme étant applicables aux conflits armés non internationaux repose exclusivement sur la pratique des États. Mais pourquoi les groupes armés seraient-ils liés par des règles établies par la pratique et l'*opinio juris* de leurs ennemis ? De plus, techniquement, il n'existe pas en droit international de *jus ad bellum* pour les conflits armés non internationaux, puisque ces conflits ne sont ni justifiés ni interdits par le droit international. C'est le droit interne qui fait office de *jus contra bellum* pour les conflits armés non internationaux. Les organes de l'État

ont le monopole de l'emploi de la force : cette idée est inhérente à la conception même de l'État westphalien. Dans tous les États, le droit national interdit à quiconque, hormis aux organes de l'État agissant en cette qualité, d'entrer en conflit armé contre qui que ce soit. Le DIH n'oblige pas les États à adopter des législations internes traitant les membres des forces rebelles et ceux des forces gouvernementales sur un pied d'égalité. Dans les législations nationales, gouvernements et groupes armés sont profondément inégaux – et ces législations ne contreviennent pas au DIH². Cette inégalité intrinsèque des belligérants dans les conflits armés non internationaux permet-elle néanmoins une égale application du droit humanitaire ?

Même en DIH, la question se pose de savoir s'il est réaliste de mettre sur un même pied des entités aussi profondément inégales que des États et des groupes armés. Lorsqu'on regarde la réalité sur le terrain, il apparaît que la plupart des groupes armés sont perçus – à tort ou à raison – comme ignorant le DIH dans les deux sens du terme, c'est-à-dire comme ne le connaissant pas et comme menant délibérément les hostilités de manière contraire à ses principes fondamentaux, notamment le principe de distinction. De nombreux groupes armés considèrent en effet que leur seule chance de vaincre des forces gouvernementales nettement supérieures d'un point de vue militaire et technologique est de s'attaquer à des « cibles faciles », autrement dit aux civils et au moral de la population civile, dans l'espoir que cette dernière cessera de soutenir le gouvernement. Le « hors-la-loi » militairement plus faible ne respecte pas la loi, mais voit plutôt dans le recours à des violations telles que des attaques terroristes ou des actes de perfidie sa seule chance d'éviter la défaite totale. Déclarer des groupes armés hors-la-loi et les qualifier de « terroristes », c'est parfois les amener à le devenir. De plus, les acteurs humanitaires présents sur le terrain indiquent que même avec certains groupes armés bien organisés qui contrôlent un territoire, il est possible d'avoir un dialogue sur des problèmes humanitaires ou sur l'accès aux victimes de la guerre, mais pas sur le respect par ces groupes de règles de fond du droit. Beaucoup d'organisations humanitaires jugent tellement primordiales la sécurité des membres de leur personnel et l'acceptation de leurs activités qu'elles estiment trop risqué d'engager le dialogue sur les violations commises par ces groupes. Certes, des organisations non gouvernementales (ONG) comme l'Appel de Genève ont réussi à obtenir des engagements sur le respect des règles dans certains domaines bien définis, tels que l'utilisation de mines terrestres antipersonnel ou le recours aux enfants soldats, et à assurer le suivi de ces engagements. Mais il est autrement plus difficile d'obtenir de certains groupes qu'ils renoncent aux attentats suicides contre des civils, à la prise d'otages ou à l'utilisation de boucliers humains comme méthodes de guerre ordinaires.

On peut objecter que ce tableau affligeant vaut aussi pour bon nombre de forces armées gouvernementales engagées actuellement dans des conflits

2 Comme l'illustre l'article de Zakaria Daboné dans ce numéro de la *Revue*, les États (principaux sujets du droit international) et les groupes armés (leurs ennemis) sont fondamentalement inégaux aussi dans d'autres branches du droit international que le droit international humanitaire.

armés. Rares sont en effet celles qui peuvent prétendre être des championnes du respect du DIH. Cela dit, le degré et l'étendue du non-respect chez la plupart des groupes armés sont plus importants qu'ils ne le sont chez la plupart des forces gouvernementales. Par ailleurs – et il est important de le noter – cela semble être dû non seulement à un manque de volonté, mais aussi, pour ce qui est du respect de certaines règles, à un manque de capacité. De plus, si les forces gouvernementales peuvent licitement prendre pour cible les commandants d'un groupe armé, le fait de les éliminer aggrave l'incapacité du groupe à se conformer à de nombreuses règles, les commandants étant souvent les seuls en mesure d'obtenir que leurs subordonnés les observent.

Dans les conflits armés non internationaux, par définition, les belligérants sont au moins autant des groupes armés que des forces armées gouvernementales. Si le droit applicable ne prend en compte que les besoins, les difficultés et les aspirations de ces dernières, alors qu'il prétend s'appliquer aux deux, il sera moins réaliste et efficace. Si l'on part de l'idée que les forces gouvernementales et les groupes armés sont égaux, il faudrait vérifier, pour chaque règle, si un groupe armé ayant la volonté nécessaire est en mesure de respecter la règle en question sans nécessairement perdre le conflit. Et cela s'appliquerait non seulement aux règles de DIH existantes, prétendues ou nouvellement proposées, mais aussi à toute interprétation. Les États procèdent à cet examen objectif pour eux-mêmes, du moment qu'ils sont législateurs. Pour les groupes armés, cette confrontation avec la réalité n'a pas lieu. Or, si certaines règles ne sont pas réalistes pour les groupes armés et que nous prétendons néanmoins qu'elles leur sont applicables, non seulement ces règles seront violées mais la crédibilité et l'effet protecteur d'autres règles auxquelles un groupe armé *est* en mesure de se conformer en seront amoindris.

Cinq exemples permettent d'illustrer les doutes que suscite le réalisme de certaines évolutions du droit, à supposer que les mêmes règles s'appliquent aux deux côtés. Premièrement, la tendance actuelle des tribunaux pénaux internationaux, du CICR et des spécialistes à rapprocher le droit des conflits armés non internationaux de celui des conflits armés internationaux, principalement par le biais de règles présumées coutumières, peut avoir pour inconvénient que les groupes armés sont considérés comme liés par des règles que seuls les États peuvent véritablement respecter – et qui ont été conçues pour les conflits entre États. Je donnerai plus bas l'exemple de l'interdiction de la détention arbitraire. Deuxièmement, l'intégration progressive de normes des droits de l'homme dans le DIH peut aboutir à un résultat similaire. Troisièmement, la combinaison « âge minimum de 18 ans » (pour la participation aux hostilités) et « conception large de la notion d'utilisation (interdite) des enfants par les groupes armés » aboutit à des exigences qui font que les membres des groupes armés ne peuvent plus rester avec leurs familles et bénéficier du soutien de l'ensemble de la population au nom de laquelle ils combattent ou prétendent combattre. Quatrièmement, la définition ordinaire du pillage – par exemple celle que proposent ceux qui luttent contre le pillage des ressources naturelles par les entreprises dans les zones de conflit – se révèle être discriminatoire

envers les groupes armés, puisqu'elle englobe toute appropriation se faisant sans le consentement du propriétaire. Comme le propriétaire n'est pas défini en droit international, on considère qu'il est défini par le droit interne. Or, en vertu de ce droit, le propriétaire est, dans la plupart des pays, le gouvernement. Cela signifie que les groupes armés commettent un crime de guerre (le pillage) lorsqu'ils maintiennent une exploitation déjà existante de ressources naturelles sur un territoire qu'ils contrôlent, peut-être même le territoire de la population pour laquelle ils combattent, même s'ils en utilisent les bénéfices au profit de la population locale ou pour continuer à se battre pour celle-ci. Cinquièmement, le recours par les tribunaux pénaux internationaux et des ONG de défense des droits de l'homme à des concepts tels que celui de la responsabilité du supérieur hiérarchique peut avoir pour effet d'imposer des exigences irréalistes aux chefs de groupes armés, en ne tenant pas compte du fait que les groupes armés (qui sont souvent contraints d'agir dans la clandestinité) ont une organisation fondamentalement différente de celle des États.

À mon sens, ces questions méritent une analyse approfondie, menée si possible avec la participation de « praticiens » (en l'occurrence, autant des membres de groupes armés que des soldats), qui pourrait nous amener à abandonner l'axiome de l'égalité des belligérants dans les conflits armés non internationaux.

Du point de vue des trop nombreuses personnes qui sont victimes de la violence et de l'arbitraire dans les conflits armés non internationaux de par le monde, il faut certainement se féliciter de la prodigieuse découverte que sont les règles coutumières applicables à ces conflits (qui sont le pendant des règles du droit conventionnel applicables aux conflits armés internationaux) et de ce que le CICR soit déterminé à consulter les États sur la possibilité de développer le droit conventionnel, en particulier celui applicable aux conflits armés non internationaux³. En outre, plus les règles applicables aux conflits armés internationaux se rapprochent de celles applicables aux conflits armés non internationaux, plus la question – épineuse du point de vue théorique et politiquement délicate – de la classification de certains conflits armés (en particulier les conflits à double qualification juridique) perd de son intérêt pratique. Il est vrai aussi que les forces gouvernementales seraient parfaitement en mesure de respecter les mêmes règles dans les deux catégories de conflits armés. De nombreux groupes armés, en revanche, ne seraient absolument pas capables d'observer l'ensemble des règles applicables aux conflits armés internationaux.

Cela pourrait nous amener à leur appliquer une échelle mobile d'obligations. Plus un groupe armé serait organisé et exercerait un contrôle effectif sur son territoire, plus les règles applicables seraient similaires à l'ensemble du DIH des conflits armés internationaux. Pendant la guerre civile en Espagne,

3 Voir Jakob Kellenberger, président du CICR, « Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés – Consultations des États et voie à suivre », 12 mai 2011, disponible sur : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/statement/ihl-development-statement-2011-05-12.htm> (dernière consultation le 15 mai 2011).

par exemple, les deux parties auraient pu respecter pratiquement la totalité de ces règles puisqu'elles contrôlaient et administraient toutes deux un territoire et combattaient principalement par le biais d'armées régulières. En revanche, s'il n'est pas indispensable qu'un groupe armé contrôle un territoire pour que le DIH des conflits armés non internationaux s'applique, on voit mal comment un groupe forcé de se cacher sur un territoire contrôlé par le gouvernement pourrait s'acquitter de nombre des obligations positives prévues par le DIH. On pourrait rétorquer que beaucoup de ces obligations ne naissent que si la partie concernée entreprend certaines activités. Ainsi, tout groupe armé est matériellement en mesure de respecter l'interdiction coutumière de la détention arbitraire – qui suppose, selon l'interprétation de l'Étude du CICR sur le DIH coutumier, que tout internement ait une base légale préétablie – en s'abstenant tout simplement de détenir qui que ce soit. Cependant, une telle exigence est irréaliste et risquerait d'aboutir à l'exécution sommaire des ennemis qui se rendent.

Les règles qui peuvent et, partant, doivent être respectées ainsi que les circonstances dans lesquelles elles doivent l'être devraient à l'évidence être énoncées en détail. Cela ne peut pas dépendre de la capacité d'un groupe armé donné à respecter certaines règles, mais doit être déterminé de manière générale (pour certaines catégories de groupes armés) et *in abstracto*, en veillant à préserver un minimum d'humanité. Sinon, un groupe armé faible serait autorisé, par exemple, à prendre délibérément des civils pour cibles, si c'est pour lui le seul moyen réaliste d'affaiblir le gouvernement.

Une telle gradation des obligations n'aurait rien de révolutionnaire. Le seuil d'application du Protocole additionnel II, beaucoup plus élevé que celui de l'Article 3 commun aux Conventions, implique déjà une modulation des obligations. Si on déplore souvent que ce seuil soit élevé, il n'en est peut-être que plus réaliste pour les groupes armés. En effet, seuls les groupes armés qui contrôlent un territoire (l'une des conditions pour que le Protocole, mais pas l'Article 3, s'applique) sont en mesure de respecter certaines règles du Protocole.

Appliquer une telle gradation aux deux côtés serait absurde. En effet, plus leurs ennemis sont faibles, plus il est facile pour les forces gouvernementales de respecter le DIH. Il faut donc envisager d'abandonner la fiction de l'égalité des belligérants et exiger des gouvernements qu'ils respectent pleinement les règles coutumières et conventionnelles du DIH, tout en demandant à leurs ennemis qu'ils les respectent uniquement en fonction de leurs capacités. De fait, c'est ce à quoi s'attendent concrètement les forces gouvernementales qui combattent actuellement des groupes armés. Quel soldat de la Force internationale d'assistance à la sécurité (en Afghanistan) s'attend à ce que les talibans respectent les mêmes règles que celles que son commandant l'oblige à observer ? Le fait d'informer les gouvernements et leurs soldats que leurs ennemis ne sont pas liés par les mêmes règles réduit aussi le risque de voir des soldats des forces gouvernementales commettre des violations au nom de la réciprocité pour des violations que l'ennemi aurait commises à leurs yeux. Bien qu'il soit généralement interdit de violer le DIH au nom du principe de réciprocité, ce

dernier continue de servir de prétexte et d'excuse à bien des violations – et peut aboutir à une escalade de la barbarie dans de nombreux conflits armés.

En conclusion, je formulerai une mise en garde : n'exagérons pas l'importance qu'aurait le fait d'abandonner le principe de l'égalité des belligérants. La plupart des souffrances causées dans les conflits armés non internationaux ne sont pas dues au mépris des règles que certains groupes armés non étatiques peuvent avoir objectivement des difficultés à respecter. Elles résultent des violations – commises de part et d'autre – des règles que tout être humain peut respecter en toute circonstance : ne pas violer, ne pas torturer, ne pas tuer ceux qui sont livrés au pouvoir de l'ennemi ou sans défense. Adapter certaines règles en fonction de ce qu'une partie est effectivement en mesure de faire la priverait tout simplement d'une excuse facile pour rejeter l'ensemble des règles. L'égalité des belligérants est une fiction dans les conflits armés non internationaux, et les fictions affaiblissent le DIH. Du moment que ce corps de droit s'applique à une réalité (déplorable), il doit en affronter les conséquences humanitaires et tenir compte de la réalité dans tous ses principes et toutes ses règles s'il veut pouvoir garder une efficacité réelle.



Réponse aux arguments présentés par Marco Sassòli

Yuval Shany*

Yuval Shany est titulaire de la chaire Hersch Lauterpacht de droit international public à la faculté de droit de l'Université hébraïque de Jérusalem. Il est également membre du Comité de rédaction de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*.

L'appel du professeur Marco Sassòli au réexamen du « dogme » que constitue en DIH le principe de l'égalité des belligérants dans les conflits asymétriques entre États et acteurs non étatiques, s'il peut paraître provocateur, donne certainement matière à réflexion. Il ne fait aucun doute que des problèmes chroniques de respect du DIH existent dans les conflits armés non internationaux opposant des États forts à des groupes militants faibles disposant de capacités limitées. Il est évident aussi que ces problèmes sont étroitement liés à des questions de capacités et de logique militaire (à savoir que les parties qui risquent, en se conformant aux règles du DIH, d'être désavantagées militairement sont plus enclines à le violer). Ces problèmes peuvent par ailleurs être exacerbés par les penchants idéologiques de certains acteurs non étatiques qui rejettent les valeurs morales sur lesquelles repose le DIH, et par le fait que les normes du DIH se sont faites plus exigeantes au fil des années : plus on place haut la barre normative dans les conflits armés non internationaux (en raison de l'extension des normes du DIH régissant les conflits armés internationaux aux conflits non internationaux et du rôle complémentaire du droit international des droits de l'homme et du droit international pénal à cet égard), plus l'écart se creuse

* Yuval Shany tient à remercier M. Yahli Shereshevsky et la professeure Gabriella Blum pour leurs commentaires utiles sur une précédente version de ce texte.

entre les normes et la manière dont les acteurs non étatiques peuvent et veulent bien se conduire. Marco Sassòli a donc raison de critiquer l'excès d'ambition normative et de le juger contre-productif pour le respect du DIH.

Pour autant, ne jetons pas le bébé avec l'eau du bain. En abandonnant le principe de l'égalité des belligérants, on risque d'ouvrir une « boîte de Pandore » susceptible de mettre en péril la légitimité et l'efficacité du DIH, et d'aboutir non pas à une plus grande conformité à ses normes mais, au contraire, à un respect moindre. Premièrement, lier étroitement l'étendue des obligations découlant du DIH aux capacités organisationnelles et à la logique militaire, comme le propose Marco Sassòli, c'est faire une dangereuse concession aux contingences pratiques, qui risque d'amoindrir l'incitation au respect du droit et de remettre en question l'applicabilité du DIH à des contextes changeants. S'il est raisonnable d'établir un certain degré de corrélation entre les comportements attendus en vertu des normes du DIH et les capacités d'un groupe particulier de belligérants, il convient de se rappeler que le DIH a pour principale raison d'être non pas le respect intégral de ses normes mais plutôt la protection des valeurs humanitaires (un degré élevé de conformité étant un moyen d'arriver à cette fin, et non une fin en soi). Une gradation des obligations en fonction des capacités réduirait certes le nombre de violations, mais n'inciterait pas les parties à améliorer leur capacité à se conformer aux normes de façon à ce qu'il en résulte une meilleure protection humanitaire. Au contraire, dans le régime proposé par Marco Sassòli, les parties seraient fortement dissuadées d'investir dans le renforcement de leurs capacités (par ex. en établissant des camps de prisonniers ou en se dotant d'armes frappant avec plus de précision), car cela non seulement détournerait des ressources très limitées de leurs opérations militaires mais soumettrait aussi ces opérations à de nouvelles restrictions juridiques. De plus, si la capacité était effectivement un facteur déterminant en ce qui concerne l'étendue des obligations applicables du DIH, on ne voit guère pourquoi ce raisonnement ne s'appliquerait pas aux conflits asymétriques entre États développés et États en développement. Ainsi, le fait de lier l'étendue des obligations à la capacité de les respecter risque de déclencher un fâcheux « nivellement par le bas » avec, pour conséquence, une érosion considérable des protections humanitaires dans de nombreux conflits armés, sinon la plupart.

Dans le même ordre d'idées, la position adoptée par Marco Sassòli, qui estime qu'il est « irréaliste » de s'attendre à ce que des acteurs non étatiques s'acquittent d'obligations du DIH (tels que le principe de distinction) qui les désavantageraient sur le plan militaire, semble accorder trop de poids aux considérations militaires, aux dépens de la mission humanitaire du DIH, qui limite l'espace laissé à la raison d'État dans la conception et l'exécution des opérations militaires. Admettre que des parties – étatiques ou non – à un conflit armé puissent donner à la victoire une priorité plus élevée qu'au respect du DIH risque de porter un rude coup à l'image du DIH en tant que corpus non négociable de contraintes indirectes limitant les options militaires des parties belligérantes. Ainsi, au lieu d'exiger des belligérants qu'ils canalisent la violence vers des comportements licites et se dotent des stratégies militaires adé-

quates et des capacités nécessaires à cet effet, nous finirions par accepter des tactiques de combat incompatibles avec les valeurs humanitaires. De plus, dès lors que le principe de l'égalité des belligérants est sacrifié à l'opportunisme militaire, il devient difficile de ne pas autoriser des concessions similaires à la raison militaire dans d'autres situations de conflit. Là aussi, du moment que l'on autorise dans certains cas une exception au principe de l'égalité des belligérants, on ne peut plus insister avec la même légitimité pour qu'il soit appliqué dans d'autres cas.

Deuxièmement, reculer sur le principe de l'égalité des belligérants pourrait délégitimer le DIH aux yeux d'acteurs clés au sein des États parties à des conflits asymétriques et réduire pour ces États l'incitation à honorer les engagements pris en termes de DIH. Certes, les États engagés dans des conflits asymétriques se plaignent déjà de ce que le principe de l'égalité des belligérants soit ébréché par la négligence des acteurs non étatiques à s'acquitter de leurs obligations en vertu du DIH, de ce que l'institution des représailles ait été vidée de sa substance, et des inconvénients qu'il y a sur le terrain à respecter le DIH lorsqu'on se bat contre des forces irrégulières opérant parmi la population civile. En outre, le respect des obligations par les États fait souvent l'objet d'un examen plus attentif et de mesures de contrôle plus rigoureuses que pour les acteurs non étatiques. Pourtant, le principe de l'égalité des belligérants, porteur de la promesse – aussi symbolique soit-elle – d'une réciprocité dans le respect des dispositions, est utile en ce qu'il favorise le respect du DIH par les États. Le principe – ou le mythe – de l'égalité des belligérants est symbolique du lien entre le DIH et les notions de chevalerie, de professionnalisme, de fair-play et de justice qui, au cours de l'histoire, ont peu à peu construit la légitimité du DIH aux yeux des combattants et du grand public. Il explique aussi la détermination des États à étendre l'application du DIH aux conflits armés non internationaux (comme le révèlent les travaux préparatoires et les commentaires officiels sur l'Article 3 commun aux Conventions de Genève, l'Article 43 du Protocole additionnel I et l'Article premier du Protocole additionnel II). Il convient de relever que même dans des conditions de respect inégales, les États parties peuvent juger opportun de remplir les obligations découlant du DIH, dans la mesure où cela peut les aider à garder une supériorité morale face à leurs adversaires non étatiques qui violent le droit. Bouleverser l'équilibre existant entre respect et légitimité en exigeant des États qu'ils satisfassent à des normes juridiques plus élevées, sans le bénéfice de la réciprocité ou du gain de légitimité associé à un meilleur respect, risquerait de les priver d'une forte incitation à respecter le DIH et de les amener à essayer de se soustraire purement et simplement aux obligations qui en découlent (par exemple en niant l'applicabilité du DIH ou en taxant d'« absconses » des normes essentielles de ce droit).

En conséquence, je me prononcerais contre l'abandon du dogme de l'égalité des belligérants, puisqu'une telle mesure pourrait n'aboutir qu'à une amélioration modeste du respect du DIH par certains acteurs non étatiques, tout en incitant d'autres belligérants – étatiques et non étatiques – à contester la légitimité et l'applicabilité d'importants principes de ce droit. Le renon-

cement au dogme risquerait ainsi de faire plus de mal que de bien. Cela dit, Marco Sassòli a raison de relever que les normes du DIH devraient être réalistes et non pas déconnectées de la réalité des champs de bataille et des capacités matérielles. Alors, comment concilier le dogme avec les disparités réelles qui caractérisent les conflits asymétriques en termes de besoins et de capacités militaires ? Je proposerais trois axes possibles pour sortir de cette impasse : accepter un cadre de « responsabilités communes mais différenciées » pour certaines règles du DIH¹, compléter le DIH par le droit des droits de l'homme, et adopter des stratégies d'application nuancées tenant compte des différences de capacités évoquées plus haut. Collectivement et individuellement, ces mesures d'accommodement admettent la nécessité d'une certaine modulation des obligations (ou des attentes en matière de respect des obligations), sans pour autant abandonner entièrement le principe de l'égalité des belligérants.

Premièrement, on peut faire valoir que le DIH contient déjà des normes différentes pour les belligérants, s'agissant par exemple de la nécessité de « prendre toutes les précautions pratiquement possibles » pour éviter ou réduire les dommages collatéraux (Article 57 du Protocole additionnel I), ou toutes les « mesures pratiquement possibles » pour empêcher ou réprimer les infractions (Article 86 du Protocole additionnel I), ou encore « toutes les mesures possibles » pour rechercher les morts et les blessés (Article 8 du Protocole additionnel II). Puisque ce qui est pratiquement possible dépend du contexte et des capacités, il est juste de supposer que l'on attendra davantage des forces armées d'un riche État belligérant que d'une milice non étatique de va-nu-pieds. Ainsi, Gabriella Blum, professeure à Harvard, observe-t-elle très justement que le DIH, comme le droit international de l'environnement, n'est pas incompatible avec une doctrine de « responsabilités communes mais différenciées » (RCD), autorisant certaines différences dans les obligations imposées aux parties belligérantes. (Elle fait valoir par exemple qu'« [u]n principe de proportionnalité commun mais différencié et l'obligation de prendre des précautions dans l'attaque pourraient imposer aux États riches et dotés de technologies avancées un degré de responsabilité sensiblement supérieur à celui des États pauvres² ».)

Il convient toutefois de relever que l'approche des RCD présentée ici est à la fois plus large et plus étroite que celle préconisée par Marco Sassòli. Elle est plus large en ce sens qu'elle ne s'applique pas exclusivement aux conflits armés non internationaux ; la doctrine est présentée au contraire comme inhérente au DIH, qui s'applique de manière générale à tous les conflits entre forces armées disparates. Elle est plus étroite en ce sens qu'elle n'englobe pas la grande majorité des règles du DIH, mais seulement un petit nombre de règles dépendantes du contexte. De ce fait, son impact négatif sur les valeurs humanitaires essentielles est limité. Au fond, on peut soutenir que l'approche des RCD ne remet pas en question le principe de l'égalité des belligérants, mais constitue

1 Voir à ce sujet Gabriella Blum, « On a Differential Law of War », dans *Harvard International Law Journal*, Vol. 52, N° 1, 2011, p. 163.

2 *Ibid.*, p. 194 (traduction CICR).

plutôt une application de ce principe : pour parvenir à une égalité concrète, il faut traiter de manière différenciée des sujets de droit dont les situations sont différentes.

La seconde mesure d'accommodement que je proposerais consiste à compléter les règles du DIH par des normes issues du droit international des droits de l'homme. Marco Sassòli nous met en garde à juste titre contre un excès d'ambition normative – autrement dit, il nous déconseille d'imposer aux parties aux conflits armés non internationaux des obligations (et des normes de droit international pénal) qu'ils ne pourraient raisonnablement pas respecter dans l'immédiat ou dans un avenir proche. Mais est-il vraiment nécessaire de compléter les obligations minimales du DIH, qui lient toutes les parties, par d'autres normes qui ne s'appliqueraient qu'à l'État partie au conflit (en violation du principe de l'égalité des belligérants)? La réponse n'est pas évidente. Il pourrait être préférable de maintenir *inter partes* le principe de l'égalité des belligérants – qui, comme expliqué plus haut, confère de la légitimité aux normes du DIH et peut encourager les parties au conflit à respecter leurs obligations mutuelles au titre du DIH – et d'appliquer des règles issues du droit international des droits de l'homme (dans la mesure où elles sont applicables dans les circonstances données) à d'autres aspects du comportement des États pouvant porter atteinte aux valeurs humanitaires. À la différence du DIH, le droit des droits de l'homme ne repose pas sur une notion d'égalité ou de réciprocité; aussi une application inégale de ce droit (à supposer que les acteurs non étatiques aient en matière de droits de l'homme moins d'obligations que les États) soulève-t-elle moins d'objections doctrinales qu'une entorse au principe de l'égalité des belligérants en DIH. Du moment que le droit des droits de l'homme n'est pas lesté par le bagage de la réciprocité comme le sont les normes du DIH, il se prête mieux que le DIH au développement d'obligations asymétriques.

En outre, le recours au droit des droits de l'homme peut être entendu comme une mesure destinée à corriger en partie l'inégalité relative au statut des belligérants dans un conflit armé non international. Comme le relève Marco Sassòli, l'acteur non étatique partie au conflit se voit appliquer le droit pénal de l'État sur le territoire duquel il opère; ainsi, des miliciens qui respectent le DIH risquent malgré tout d'avoir à répondre individuellement de délits pénaux en vertu du droit national. De même, astreindre des États à des normes internationales des droits de l'homme, c'est introduire des normes extérieures qui peuvent parfois être plus exigeantes que celles du DIH. De la sorte, le principe de l'égalité des belligérants est préservé et non violé; les deux parties sont soumises aux mêmes règles du DIH (nuancées par le principe des RCD susmentionné), ainsi qu'à des règles de droit supplémentaires provenant d'autres sources que le DIH.

La dernière mesure d'accommodement que je propose a trait à l'application des normes. Même si on rejette la suggestion de Marco Sassòli d'appliquer aux États et aux acteurs non étatiques des obligations différentes au titre du DIH, on peut néanmoins considérer l'utilité pratique d'engager des mesures

d'application différentes pour les violations commises par des États et celles commises par des acteurs non étatiques. Dans certaines situations de conflit, faire respecter les normes du DIH aux États peut sans aucun doute être une stratégie économiquement plus efficace pour des organismes tiers chargés de l'application de ces normes, étant donné les nombreux moyens de pression qui peuvent être employés contre les États (mais pas contre des acteurs non étatiques). De plus, la communauté internationale peut parfois – mais pas nécessairement tout le temps – se montrer moins tolérante face à des infractions au droit commises par l'un de ses membres établis que si ces infractions étaient le fait d'un groupe hors-la-loi, moins bien équipé pour faire respecter le droit (de la même manière qu'au niveau national, les agents de la force publique préfèrent consacrer plus de temps et d'énergie aux enquêtes sur la corruption en haut lieu plutôt qu'à des niveaux inférieurs de l'administration). Dans de tels cas, une application sélective peut apparaître comme une mesure corrective compensant quelque peu le fait que les États jouissent d'un statut supérieur aux acteurs non étatiques dans la vie internationale et qu'ils ont une plus grande influence sur l'élaboration du DIH. En tout cas, l'application sélective (qui soulève son lot de problèmes de légitimité et d'efficacité) ne remet pas ouvertement en question le principe ou le mythe de l'égalité des belligérants. De plus, aussi longtemps qu'une « cloison étanche » peut être maintenue entre mesures d'application réelles et potentielles, il est possible de faire part à toutes les parties au conflit des attentes en termes de respect plein et égal.

Pour résumer, le principe de l'égalité des belligérants joue un rôle utile en légitimant le DIH et en encourageant le respect de ses normes. Si Marco Sassòli a raison de mettre en garde contre un excès d'ambition normative et contre des attentes supérieures aux capacités des acteurs non étatiques, il vaut mieux, pour remédier aux disparités de capacité entre les États et les acteurs non étatiques, appliquer le principe des « responsabilités communes mais différenciées » dans certains domaines du DIH, faire appel aux normes des droits de l'homme pour astreindre l'État partie à des règles de comportement plus exigeantes et, si nécessaire, appliquer le DIH de manière sélective. Ces stratégies, que l'on peut employer séparément ou conjointement pour corriger les disparités, offrent des perspectives plus prometteuses qu'un abandon pur et simple du principe de l'égalité des belligérants.



Vers une égalité concrète en droit international humanitaire : réponse aux arguments de Marco Sassòli et Yuval Shany

René Provost

René Provost est professeur agrégé à la faculté de droit de l'Université McGill au Canada, et directeur fondateur du Centre sur les droits de la personne et le pluralisme juridique à la même université.

L'argumentation de Marco Sassòli en faveur de l'abandon de l'égalité des obligations incombant aux États et aux groupes armés non étatiques en vertu du DIH, et plus clairement encore celle de Yuval Shany en faveur de son maintien, partent toutes deux du principe que cette égalité est acquise en droit international. Je suis tenté de commencer par mettre fortement en doute l'exactitude de ce portrait de l'état actuel du droit de la guerre. Comme Marco Sassòli le relève à juste titre, les tribunaux pénaux internationaux ont eu tendance à gommer peu à peu dans leurs décisions la distinction entre le régime juridique applicable aux conflits armés internationaux et celui conçu pour les conflits armés non internationaux. Cette jurisprudence, présentée par ces tribunaux comme reflétant le droit coutumier, a été dans une large mesure consacrée par le Statut de la Cour pénale internationale (CPI), ratifié à ce jour par plus de la moitié des États du globe. Il convient de faire deux observations à ce sujet : premièrement, la responsabilité pénale pour les crimes de guerre commis dans le contexte d'un conflit armé non international semble s'être développée à partir des mandats du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Ce lien

organique, en tant que tel, résulte bien davantage de la logique procédurale des procès pénaux que d'une analyse générale et fouillée de la réalité contemporaine des guerres civiles telle qu'elle est vécue de tous côtés et des normes propres à régir cette réalité en droit international. Deuxièmement – et cette observation est liée à la première – la représentation du droit de la guerre applicable aux conflits armés non internationaux que l'on trouve dans la jurisprudence des tribunaux internationaux et le Statut de la CPI correspond à une construction formaliste et positiviste du droit, bien éloignée des pratiques et des opinions des sujets de droit dont on cherche à réglementer le comportement, en l'occurrence les combattants insurgés. En d'autres termes, on peut défendre l'idée que cette vision des choses correspond au « droit » dans le périmètre de La Haye, mais pas beaucoup au-delà. Cette observation fait écho à l'appel de Marco Sassòli en faveur d'un DIH dont les règles soient réalistes (autrement dit, tiennent compte au moins dans une certaine mesure des intérêts des groupes non étatiques), bien que le professeur Sassòli soulève ce point dans le cadre d'une argumentation en faveur de l'abandon du principe de l'égalité des belligérants, alors que j'y vois personnellement la preuve qu'un tel principe n'existe pas aujourd'hui s'agissant des conflits armés internes.

Au-delà du débat sur la question de savoir s'il faut abandonner l'égalité formelle des belligérants en DIH ou conclure qu'elle n'existe pas (débat qui peut paraître excessivement théorique), comment devrions-nous réagir à la question posée par les rédacteurs de la *Revue* : « Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ? » D'un point de vue purement humanitaire, cela ne devrait faire aucune différence pour les victimes d'un conflit armé que les violations subies soient imputables à un État ou à un groupe armé non étatique ; ce qui est essentiel, c'est de savoir s'il y a eu atteinte à leurs droits fondamentaux d'être humains, tels que reconnus dans le DIH. Cet éclairage sur le droit de la guerre, que fait sien Yuval Shany dans sa réplique, semble avoir surtout dominé dans l'analyse des tribunaux pénaux internationaux, qui s'aligne sur le droit international des droits de la personne pour ce qui est de la protection des individus. Elle va de pair avec une tendance à s'appuyer davantage sur les normes internationales des droits de la personne dans les situations de conflit armé, en particulier dans les conflits internes. Selon cette vision du droit humanitaire, le principe d'égalité des belligérants semble non seulement compatible mais en fait nécessaire. Cependant, si l'on voit dans le droit humanitaire une tentative de conciliation entre les intérêts stratégiques des belligérants et un certain degré de protection pour les victimes de la guerre – aspiration tout à fait différente de celle qui est à l'origine des normes relatives aux droits de la personne – le tableau devient plus nuancé, appelant un régime modulé dans lequel des concessions doivent être faites à tous les intérêts légitimes¹. L'un de ces intérêts légitimes n'est autre que le désir de gagner la guerre, qui illustre la

1 Ce sujet a été traité en détail dans René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

dissociation entre la réglementation de la conduite des hostilités selon le *jus in bello* et l'illégalité éventuelle du recours à la force selon le *jus ad bellum*. Ce modèle fait comprendre que les positions relatives – et en conséquence les intérêts stratégiques – de chaque partie à un conflit armé non international ne sont pas identiques. Il est même possible que, face à un État partie à un conflit, d'un côté, et à un groupe insurgé, de l'autre, les intérêts des victimes individuelles ne soient pas constants. S'agissant par exemple des intérêts sociaux et économiques, les individus peuvent avoir des revendications différentes selon qu'ils ont pour interlocuteur un État ou un groupe rebelle. Dès lors qu'on accepte la nature fluctuante des intérêts en jeu, le principe d'une égalité formelle des belligérants, qui veut que les mêmes règles s'appliquent à toutes les parties, devient plus difficile à imaginer comme composante fondamentale du DIH applicable aux guerres civiles.

Jusqu'à présent, le débat a principalement porté sur les conflits armés non internationaux. Or on pourrait, sur ces mêmes bases, remettre en question la justesse d'un principe d'égalité pour les conflits armés internationaux. Premièrement, les situations dans lesquelles des groupes armés non étatiques prennent part à un conflit international, sur le modèle de l'action des partisans pendant la Seconde Guerre mondiale, suscitent en partie les mêmes objections que celles qui ont été soulevées dans le contexte d'un conflit interne entre un État et un groupe insurgé ou entre divers acteurs non étatiques. Deuxièmement, et beaucoup plus radicalement, on peut faire valoir que l'égalité souveraine théorique de tous les États en droit international se traduit rarement par une égalité d'armement sur le terrain. Il y a à cela une raison de *realpolitik* : en effet, les États tendent à reculer devant un règlement militaire de leurs différends avec d'autres États militairement égaux. Dans l'ensemble, à quelques exceptions près, les conflits ont tendance à opposer des États puissants à des voisins plus faibles. Si l'on prend pour exemple la campagne militaire des États-Unis contre l'Irak, il est facile de voir que leur avantage technologique et leur puissance de feu supérieure plaçaient les États-Unis dans une position très différente de celle de l'Irak. On a fait valoir que certaines normes humanitaires, qui offrent une assez grande latitude quant à leur interprétation et font dépendre les obligations des informations disponibles au moment de la décision (par ex. celles que livrent les satellites de surveillance, les drones, etc.) ou de la possibilité de recourir à d'autres armes (par ex. les armes dites « intelligentes », les systèmes d'armes automatisés, etc.) ou à d'autres tactiques (brouillage radio, désinformation, etc.) pour obtenir un avantage militaire comparable, se traduisent dans leur application par des devoirs beaucoup plus lourds pour un pays comme les États-Unis que pour l'Irak. Comme l'a relevé Yuval Shany, cela a une incidence directe sur l'interprétation et l'application, dans des circonstances spécifiques, d'un certain nombre de normes dépendantes du contexte.

On peut arguer que c'est injuste et que cela revient à faire du droit une tactique entre les mains de la partie la plus faible. Mais à de tels arguments, on peut rétorquer que les règles du droit de la guerre légitiment en général la tactique des plus puissants et invalident celle des plus faibles. Au-delà de

la simple interprétation et application de règles uniformes, l'émergence, ces dernières décennies, de « responsabilités communes mais différenciées » dans d'autres disciplines du droit international a fait comprendre qu'un régime juridique peut être solide et équitable tout en imposant formellement aux États participants des obligations dont la nature et le degré varient. On pourrait faire de même pour le DIH applicable aux conflits armés entre États et ainsi abandonner l'exigence d'une égalité formelle.

De la question qui nous est posée par les rédacteurs de la *Revue* découle une seconde piste d'étude qui concerne la notion d'égalité, présente non seulement dans cette interrogation mais plus généralement dans la doctrine d'analyse du DIH. L'égalité, telle qu'elle est invoquée dans les discussions sur le droit de la guerre, semble nécessairement reposer sur la similitude. En substance, les belligérants peuvent être égaux s'ils sont identiques, ce qui bien sûr fait froncer quelques sourcils – et soulève des questions – quand on se demande si un principe d'égalité a cours entre les forces armées d'un État et les groupes insurgés dans un conflit armé non international. En effet, si l'on examine les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels, ainsi que le droit coutumier, il semble bien que l'applicabilité du droit de la guerre repose dans une certaine mesure sur la capacité des insurgés à se transformer en proto-État ou en gouvernement en puissance attendant de remplacer celui qui tient actuellement les rênes de l'État. On en perçoit la trace dans l'idée que les rebelles doivent contrôler une partie du territoire national et être dotés de structures de commandement et d'institutions qui lui permettent d'appliquer le droit humanitaire. Cela rappelle la notion de l'égalité avancée pour la première fois par des juristes féministes libérales dans les années 1970, qui estimaient pour l'essentiel que si les femmes étaient traitées comme des hommes, la justice prévaudrait. Par la suite, d'autres féministes ont violemment critiqué ce point de vue, tournant en dérision l'idée que transformer des femmes en hommes pût être vraiment la solution au problème du déni d'égalité pour les femmes. Ces dernières, faisaient-elles observer, sont tout simplement *différentes* des hommes; aussi la solution doit-elle naître de la reconnaissance de ces différences et permettre de parvenir à un régime qui tienne compte de la diversité des sexes au lieu d'imposer un modèle masculin comme référence nécessaire et concept structurant. La tendance est quelque peu similaire dans le débat sur le principe de l'égalité en DIH: quoi que nous fassions pour que les groupes armés non étatiques ressemblent davantage à des États, dotés de tribunaux donnant toutes les garanties d'équité et ainsi de suite, au final, ce ne sont résolument *pas* des États. Mais l'égalité n'implique pas nécessairement de transformer les femmes en hommes ou les groupes insurgés en États: on peut cesser de prétendre à la similitude sans pour autant abandonner l'idée d'égalité. Ce qui nous amène à conclure que le droit humanitaire peut être imprégné d'un principe d'égalité concrète sans que les obligations des différents types d'acteurs soient identiques.

Il est à noter que le passage d'une égalité formelle à une égalité concrète dans le droit humanitaire applicable aux conflits internes n'entraîne pas nécessairement le rejet de la réciprocité des obligations. La notion de réciprocité,

tant critiquée, a été souvent réduite à une simple excuse donnée à une partie au conflit pour justifier son propre refus d'observer les normes humanitaires. Une étude plus approfondie du phénomène laisse à penser non seulement que cette pratique n'a pas été « généralement interdit[e] », comme le suggère Marco Sassòli, mais aussi qu'elle joue un rôle critique dans la création et l'application des normes humanitaires, conclusion que Marco Sassòli ne conteste pas nécessairement. Le danger ici consiste à définir la réciprocité comme un simple procédé de rétorsion, c'est-à-dire que les belligérants doivent avoir les mêmes obligations (égalité formelle) et que la nature contraignante de chaque obligation dépend de son respect par l'autre partie. D'autre part, il n'est pas nécessaire de s'accrocher à un modèle basé sur la similitude des obligations pour conserver le bénéfice de la réciprocité comme moyen d'induire au respect, comme le suggère Yuval Shany. En même temps, nous devons rejeter une conception appauvrie de la réciprocité et revaloriser la notion comme porteuse d'une dynamique normative plus large, selon laquelle les obligations de tous les participants à un régime juridique sont étroitement liées les unes aux autres. Dans un tel modèle, les insurgés et l'État peuvent être astreints à des obligations distinctes, mais le respect des obligations par une partie appelle le respect des obligations également par l'autre. En définitive, cette approche offre la possibilité d'adopter des règles applicables à la guerre d'insurrection qui tiennent compte des intérêts légitimes des groupes armés non étatiques sans avoir à abandonner l'acquis normatif de l'Article 3 commun, du Protocole II et du droit coutumier applicable aux forces armées gouvernementales².

Réfléchissons enfin à la manière dont pourrait être repensée la notion d'égalité des belligérants, compte tenu de la réalité des relations internationales et de la place centrale des États dans le droit international. Il n'est tout simplement pas suffisant d'arguer que les États, ou les tribunaux internationaux qu'ils ont créés, ont conclu à l'existence de certains devoirs pour les insurgés dans le contexte d'une guerre civile. Ce qui est fascinant dans le droit de la guerre pour quelqu'un qui s'intéresse à la nature du discours juridique, c'est le fait que nous cherchions à cerner un comportement et une prise de décision directe dans un contexte où le sens de la collectivité semble absent et où aucune institution judiciaire classique ne peut intervenir (après tout, les tribunaux interviennent *a posteriori*). Il faut expliquer la force du droit d'une manière qui transcende la simple souveraineté de l'État. Le pluralisme juridique ouvre de nombreuses perspectives à cet égard, postulant que le droit existe au-delà de l'État, dans des sphères parallèles ou qui se recoupent. Des règles de droit apparaissent partout où existent des communautés de pratiques, reliant les acteurs en fonction de leurs pratiques ou intérêts communs. Cela laisse entendre qu'un processus visant à définir des normes pertinentes et utiles pour les insurgés doit être centré sur leurs pratiques. Ainsi, une étude du CICR sur le droit coutumier

2 Voir René Provost, « Asymmetrical Reciprocity and Compliance with International Humanitarian Law », dans Benjamin Perrin (éd.), *Modern Warfare: Armed Groups, Private Militaries, Humanitarian Organizations and the Law*, UBC Press, Vancouver, 2012, pp. 17-42.

qui exclut de son champ l'impact des pratiques des acteurs non étatiques sur le droit n'a guère de sens pour ces derniers.

On peut en revanche s'orienter vers l'élaboration d'un code pour insurgés, qui peut être le pendant des devoirs des États dans le droit de la guerre, en y associant directement et exclusivement des groupes armés non étatiques, mais aucun État. À cet égard, considérons le travail de l'Appel de Genève, une ONG implantée en Suisse qui s'emploie à amener des groupes armés non étatiques à s'engager à ne plus utiliser de mines terrestres et d'enfants soldats. Depuis 2000, l'Appel de Genève a réussi à convaincre plus de 35 groupes non étatiques engagés dans des conflits armés en Asie et en Afrique de signer un « acte d'engagement » par lequel ils renoncent à utiliser des mines terrestres. Bien que l'organisation s'inspire de la Convention d'Ottawa de 1997 interdisant les mines antipersonnel³, ses activités ne s'inscrivent pas dans un cadre réglementaire conçu pour les États et, de fait, la plupart des groupes insurgés qui ont signé l'acte d'engagement opèrent sur le territoire d'un État qui n'a pas ratifié la Convention d'Ottawa. Ce qui est frappant dans cette démarche, ce n'est pas en soi le dialogue avec les groupes rebelles, une activité que le CICR mène depuis des années dans le cadre de sa campagne de diffusion. La nouveauté réside dans la dimension normative de l'entreprise, dans le fait de chercher à déclencher le type d'engagement normatif que Robert Cover juge essentiel pour donner du sens à toute règle de droit⁴. Il n'est pas absolument clair si l'Appel de Genève considère son acte d'engagement comme juridiquement contraignant pour les rebelles, bien que sa dénomination même et la cérémonie officielle de signature pointent sans ambiguïté vers une invocation ritualiste de la force et de la majesté de la loi. Je pense qu'en acceptant d'observer certaines normes humanitaires – que ce consentement s'exprime par la signature formelle d'un acte d'engagement ou simplement par la promesse verbale d'un chef rebelle – les acteurs non étatiques contribuent à façonner le DIH de façon aussi concrète et peut-être aussi efficace que les États lorsqu'ils ratifient un traité international sur le même sujet. Tous contribuent de manière asymétrique mais intimement liée à la création d'une communauté de pratiques qui peut témoigner de vues communes sur les limites acceptables de la guerre.

3 *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, 36 I.L.M. 1507 (1997, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1999) (Convention d'Ottawa).

4 Robert Cover, « Nomos and Narrative », dans *Harvard Law Review*, Vol. 97, N° 4, 1983.

