

ÉDITORIAL

DÉLIMITER LES FRONTIÈRES DE LA VIOLENCE

En quoi consiste la réglementation juridique du conflit armé au début du XXI^e siècle ? Le droit autorise-t-il de cibler n'importe qui, n'importe où, avec des drones armés ? Les États peuvent-ils et doivent-ils appliquer leurs propres règles en matière de droits de l'homme lorsqu'ils sont impliqués dans une opération multinationale à l'étranger ? À quel moment une opération cybernétique équivaut-elle à un conflit armé ? Certaines de ces questions se posent de façon quotidienne, alors que défilent les actualités. Elles renvoient toutes à ce que nous appelons « le champ d'application » du droit réglementant les conflits armés – le droit international humanitaire (DIH) – et à son interaction avec d'autres régimes juridiques.

Aujourd'hui, certains des concepts fondateurs de cet ensemble de règles sont discutés – et parfois remis en cause – compte-tenu de l'évolution de la violence armée et des moyens et méthodes de combat. À première vue, l'image moderne des conflits semble, en effet, remettre en question les bases fondatrices du DIH. Les « attaques cybernétiques » ébranlent notre compréhension traditionnelle de la guerre, à l'instar d'autres innovations technologiques, tels les systèmes d'armes de plus en plus autonomes¹. Avec ses dichotomies entre « conflit armé international » (CAI) et « conflit armé non international » (CANI) ou entre « civils » et « combattants », le DIH peut sembler, au premier abord, peu adapté aux nuances complexes de la réalité. Comme en témoignent les situations en République démocratique du Congo, en Irak ou en Syrie aujourd'hui, les conflits armés contemporains font souvent intervenir des groupes armés non étatiques ; ils peuvent impliquer l'intervention de forces armées d'un ou plusieurs États étrangers ; certains de ceux qui combattent ont tendance à se cacher dans la population civile ; des sous-traitants privés sont chargés d'assumer des fonctions traditionnellement dévolues aux États ; les conflits locaux prennent souvent des dimensions régionales, voire internationales ; certains conflits et situations d'occupation tendent à se prolonger, sans perspective de règlement politique et la population civile continue de pâtir des combats et de leurs conséquences, y compris l'insécurité et l'effondrement de l'état de droit.

De plus, les crimes – notamment les actes de terrorisme – ainsi que les mesures répressives adoptées par les États pour y répondre, passent désormais

1 Pour une étude d'ensemble, voir *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 94, n° 886, *Sélection française*, « Guerre et nouvelles technologies », 2012/2, disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/resources/international-review/review-886-new-technologies-warfare/index.jsp> (toutes les références Internet ont été consultées en décembre 2015).

souvent par le recours à des moyens militaires. Ils peuvent être utilisés à grande échelle par des acteurs qui opèrent sur plusieurs territoires, à l'aide de technologies comme l'imagerie satellite, les drones ou Internet. Certaines attaques, comme celles commises contre le Kenya ou les États-Unis, peuvent être revendiquées par des groupes opérant depuis l'étranger et peuvent entraîner, en réponse, des opérations militaires et des attaques de drones à l'autre bout du monde. De part et d'autre, on invoque la rhétorique et la sémantique classiques de la guerre pour justifier crimes et mesures exceptionnelles. Relayée par les médias, cette sémantique parfois trop simpliste peut ajouter à la confusion induite par ces phénomènes complexes et protéiformes. Face à de tels défis, comment le DIH accommode-t-il les réalités politiques, militaires et humanitaires d'aujourd'hui ? Est-il encore d'une quelconque utilité ?

Comme tout corps de règles, le DIH est sujet à interprétation, évolution et développement. Il ne saurait s'appliquer indépendamment de facteurs sociétaux et politiques, d'autres régimes juridiques ou de la nature changeante des conflits armés, sujet même qu'il entend réglementer. Au cours des dernières décennies, le DIH a continué à évoluer, bénéficiant de contributions significatives provenant notamment du droit des traités, en particulier dans le domaine de la réglementation des armes. Nous avons aussi été témoins du rapprochement entre le degré de protection garanti par le droit des CANI et celui des CAI. Des efforts considérables ont été déployés pour clarifier le droit existant grâce à des documents interprétatifs et d'autres instruments de *soft-law*, tels les codes de conduite². Récemment, le rôle de plus en plus important joué par les entreprises militaires et de sécurité privées a été étudié par le Document de Montreux, dont un commentaire figure dans la section *Rapports et Documents du présent numéro*.

Le DIH ne constitue que l'une des multiples branches du droit international et d'autres, en particulier le droit des droits de l'homme, jouent également un rôle en temps de conflit armé. L'interaction entre le DIH et le droit des droits de l'homme a fait l'objet de nombreuses études dans cette *Revue* et ailleurs. Parallèlement, une jurisprudence riche, émanant d'organes régionaux de protection des droits de l'homme, notamment la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, s'est développée. Il est pratiquement impossible de recenser toutes les interprétations qui ont été faites des relations entre droit des droits de l'homme et règles du DIH en période de conflit armé. En termes opérationnels, les divergences d'interprétation ont trouvé une pertinence particulière dans des cas où les États opèrent en dehors de leur propre territoire et/ou vis-à-vis d'individus qui ne sont pas leurs nationaux. Le Colonel Kirby Abbott revient sur ces tensions dans la version anglaise de ce numéro en prenant l'exemple de l'interopérabilité entre les contingents des différents États membres de l'OTAN.

2 Voir notamment Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, mai 2009 ; *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Humanitarian Policy and Conflict Research*, Harvard University, mai 2009 ; *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, mars 2013. Pour un exemple d'un code de conduite récent, voir le *Code de conduite international des entreprises de sécurité privées*, disponible sur http://www.icoca.ch/fr/the_icoc.

La *Revue* publie régulièrement des articles qui vont au-delà de la présentation stricte des règles de droit applicables et qui explorent de nouvelles pistes de développement du droit. Ces dernières années, la *Revue* a ainsi consacré des numéros à plusieurs thématiques d'actualité : l'application du droit aux groupes armés et par ceux-ci, en situation d'occupation, par les forces multinationales, vis-à-vis du personnel médical, etc. Les discussions ont fait écho aux débats actuels et aux remises en question du DIH par des parties à des conflits modernes, des experts et des universitaires.



Ce numéro de la *Revue* traite de plusieurs questions relatives à l'applicabilité du DIH : quoi ? Où ? Quand ? Qui ? Les réponses à ces questions sont importantes car elles définissent le champ de la protection que le DIH peut garantir aux personnes en période de conflit armé. Pour le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et d'autres acteurs humanitaires, elles définissent le cadre normatif et les conditions en vertu desquels ils peuvent aider et protéger ceux qui en ont besoin. Le présent numéro de la *Revue* montrera comment ces questions les plus simples suscitent les débats les plus complexes et les plus nuancés en DIH.

À quoi le DIH s'applique-t-il ?

Comme ceci est maintenant souvent affirmé, la « guerre » est un concept politique, tandis que l'expression « conflit armé » a une signification juridique dans le DIH contemporain. Pour résumer, l'emploi de la force peut constituer soit un CAI, soit un CANI, ou encore d'autres situations de violence, ces dernières ne déclenchant pas l'application du DIH. Les débats relatifs au champ d'application matériel du DIH se sont récemment concentrés sur la pertinence de la typologie CAI-CANI pour appréhender les différents visages des conflits armés contemporains. Il va sans dire que l'immense majorité de ceux-ci sont des CANI et que les conséquences humanitaires qu'ils engendrent – déstabilisation régionale, afflux de réfugiés, escalade potentielle vers un conflit interétatique – peuvent être importantes. La typologie des CANI s'est d'ailleurs enrichie au fil du temps et sa terminologie est plus nuancée : les CANI peuvent être décrits comme « débordés », « multinationaux », « transfrontaliers », « transnationaux », etc. Chacune de ces sous-catégories renvoie à un ensemble particulier de circonstances factuelles qui déclencherait l'applicabilité du DIH. Ceci dit, il semble qu'il n'y ait pas, aujourd'hui, de cas de violence armée entre des parties organisées qui n'entreraient pas dans la dichotomie CAI-CANI.

Au lendemain du 11 septembre et de l'invasion américaine de l'Afghanistan qui s'en est suivie, certains ont fait valoir que les États-Unis et leurs alliés étaient engagés dans un conflit « mondial » d'un genre nouveau, auquel les règles, selon eux trop anciennes, ne pouvaient s'appliquer. Ainsi, le droit des CANI était censé régir les opérations contre « Al-Qaida, les Talibans et les forces associées » sur plusieurs territoires³. Dans la section *Débat* du présent numéro, Claus Kress soutient que,

3 Hamdan c. Rumsfeld, 548 US 57, 2006.

dans le contexte de la « guerre contre la terreur », le DIH a été invoqué de *manière permissive*, afin d'atteindre des objectifs auxquels les États n'auraient pas pu parvenir au titre du paradigme du maintien de l'ordre⁴.

Dans d'autres contextes, au contraire, la tendance est d'affirmer que certains actes de violence doivent être qualifiés d'actes de terrorisme, voire d'actes criminels classiques, ne relevant pas du DIH, ce qui conduit finalement à rejeter l'applicabilité du DIH à des situations qui, pourtant, constituent bien des conflits armés au sens de la définition du DIH. Cette perspective, consistant à qualifier tous les acteurs armés de criminels, peut – et c'est déjà le cas – avoir des implications pour certaines opérations multinationales. Définir certaines opérations non pas comme une participation à un conflit armé, mais simplement comme des mesures de « contre-terrorisme » ou de maintien de l'ordre est une approche qui risque de compromettre l'acceptation de l'applicabilité du DIH. Une fois encore, le défi ne tient pas tant au contenu du DIH *per se*, qu'aux choix politiques qui sous-tendent son application.

Où le DIH s'applique-t-il ?

Le caractère transnational de la violence armée a remis en question la conception classique d'un conflit armé comme confiné à un territoire en particulier. Les questions qui se posent régulièrement concernent notamment sur le point de savoir si le DIH s'applique sur *l'ensemble* du territoire des parties au conflit et s'il s'applique de manière extraterritoriale, en particulier sur le territoire d'États neutres ou non-belligérants.

Récemment, l'usage de drones et d'opérations impliquant des forces spéciales visant des individus ou des réseaux d'individus dans divers contextes a suscité des débats houleux quant au cadre juridique applicable. La question est principalement de savoir si, et dans quelles circonstances, le fait de cibler des personnes avec des moyens militaires dans n'importe quel endroit du globe – au risque de causer des dommages aux populations et aux biens civils – est licite aux termes du DIH. Dans le présent numéro, Jelena Pejic examine, entre autres, le champ d'application géographique d'un CANI en vertu du DIH dans le contexte des frappes de drones. Elle souligne la nécessité d'établir une classification juridique correcte de chacun des contextes dans lesquels des drones sont utilisés pour des frappes ciblées, afin de déterminer si elles sont règlementées ou non par le DIH.

À qui le DIH s'applique-t-il ?

Face à l'implication croissante des forces multinationales/de maintien de la paix dans les conflits armés modernes, la question de savoir quels États et quelles organisations internationales peuvent être considérées comme des « parties » à un conflit s'est posée

4 Claus Krefß, « Débat. La réglementation des conflits armés non internationaux : un privilège de belligérance peut-il être envisagé dans le droit des conflits armés non internationaux ? » dans le présent numéro de la *Revue*.

à plusieurs reprises, les scénarios les plus délicats étant ceux dans lesquels les États ont approuvé une opération militaire multinationale menée par une organisation internationale ou régionale et lui apportent un soutien logistique sans toutefois participer aux hostilités. Ces États doivent-ils être considérés comme parties au conflit ? Cette question n'est pas seulement sémantique puisque les forces armées doivent savoir sur la base de quel régime juridique elles seront déployées et quelles règles les protégeront. Le précédent numéro de la *Revue*, consacré aux opérations multinationales et au droit, traite de ce sujet.

Le DIH est souvent perçu comme un ensemble d'obligations, plutôt que comme un ensemble de protections garanties aux personnes en temps de guerre, notamment aux journalistes, au personnel médical et aux entités privées. Le DIH protège aussi les acteurs humanitaires qui viennent en aide aux populations affectées. Cette aide dépend traditionnellement du consentement étatique pour accéder aux populations en détresse. Le « lexique sur l'accès humanitaire » élaboré par le CICR et la note d'opinion de Françoise Bouchet-Saulnier offrent deux points de vue, dans le présent numéro de la *Revue*, sur l'interprétation du DIH vis-à-vis du droit des acteurs humanitaires à apporter de l'aide quand les parties au conflit sont elles-mêmes dans l'incapacité de répondre aux besoins des populations sous leur contrôle⁵.

Quand le DIH s'applique-t-il ?

La portée temporelle de l'application du DIH soulève deux questions particulièrement délicates : « quand commence un conflit armé ? » (en d'autres termes, quel est le seuil de violence nécessaire pour constituer un conflit armé, international ou non, et déclencher par conséquent l'applicabilité du DIH ?) et « quand se termine-t-il ? » (question semblable mais distincte de celle de savoir quand prend fin l'ensemble des obligations liées au DIH).

En ce qui concerne le commencement d'un CAI, la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a dégagé les critères devant être pris en considération⁶. Il n'y a pas d'indication similaire dans le droit des CAI et les avis peuvent diverger quant au moment précis auquel débute un CAI. Le débat se situe principalement entre ceux qui partagent la vision majoritaire selon laquelle le DIH s'applique « dès le premier coup de feu » (vision également connue comme la « théorie de Pictet ») et ceux qui estiment qu'un seuil de violence plus élevé est nécessaire – en d'autres termes, que seul un certain degré d'intensité dans l'usage de la force déclencherait l'applicabilité du DIH à un CAI⁷. La fin d'un CAI est sans doute

5 Voir Emanuela-Chiara Gillard, « Le droit applicable aux opérations de secours transfrontalières », *Revue internationale de la Croix-Rouge, Sélection française*, Vol. 95, n° 890, pp. 229-262.

6 TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-T, Jugement (Chambre d'Instance), 7 mai 1997, par. 561-568 ; voir aussi TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj*, Affaire n° IT-03-66-T, Jugement, 30 novembre 2005, par. 84.

7 International Law Association, *Use of Force: Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, rapport, 2010, disponible sur : www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022.

plus facile à déterminer, bien que les expressions « cessation des hostilités actives » et « fin générale des opérations militaires » aient suscité de nombreux commentaires et une certaine confusion. Marko Milanovic et Julia Grignon soulignent tous deux la complexité de l'interprétation de la fin d'un CANI et les conséquences juridiques engendrées par la « déqualification » d'un conflit.

Comment le DIH devrait-il être interprété ?

Au fil des ans, le champ de la protection que le DIH offre à ceux qui sont affectés par les conflits armés n'a cessé de s'accroître. Dans l'ensemble, les concepts du DIH résistent à l'épreuve du temps parce qu'ils sont pratiques et souples. Certes, le DIH ne propose pas une formule universelle permettant de déterminer quand, où et pour combien de temps ses règles s'appliquent. Les conflits contemporains continuent d'exiger des efforts supplémentaires non seulement pour expliquer le droit et le réaffirmer quand ses dispositions sont remises en cause, mais aussi pour identifier des failles et de possibles domaines de développement. Toutefois, il semble que les concepts clés du DIH aient fait leurs preuves face aux défis posés par les conflits armés, y compris dans les deux dernières décennies. Les règles du DIH semblent opérer à la manière d'une colonne vertébrale : elles sont suffisamment rigides pour que le corps tienne debout, mais suffisamment flexibles pour permettre ses mouvements.

En droit international, les États jouent un rôle décisif en interprétant le droit existant et en initiant de nouveaux développements. La *Revue* a demandé à Richard Gross, le conseiller juridique du Président du Comité des chefs d'état-major interarmées américain, son avis sur les enseignements retenus par les États-Unis depuis leur invasion de l'Afghanistan en 2001 et au cours des conflits armés ultérieurs dans ce pays et en Irak. Dans son interview liminaire à ce numéro, celui-ci fournit des pistes pour combattre le terrorisme dans le cadre d'un conflit armé, en soulignant les progrès rencontrés dans la compréhension du rôle joué par le CICR pour apporter une aide humanitaire neutre et indépendante.

Pour sa part, le CICR a toujours tenté d'observer au plus près l'évolution de la nature des conflits armés et de chercher des solutions humanitaires, notamment par le droit. Depuis 2003, le CICR a régulièrement fait le point sur les défis posés au DIH par l'élaboration de rapports présentés tous les quatre ans à la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (« Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains »). Ces rapports ont pour but de « susciter la réflexion et le débat sur les questions identifiées et d'esquisser des perspectives d'actions du CICR pour clarifier et développer le droit dans les années à venir⁸ ».

8 Voir note 3 ci-dessus. Voir aussi le rapport de 2003, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5xrha5.htm> ; ainsi que le rapport de 2011, disponible sur <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm>. Pour plus de détails, voir la série d'articles consacrés aux « Défis contemporains pour le DIH » disponible sur <http://intercrossblog.icrc.org/icrc-ihl-contemporary-challenges/>.

L'évolution de la nature du conflit engendre des problèmes inédits. Pour chaque nouveau développement, le CICR doit déterminer si le DIH est applicable et, le cas échéant, quelles règles du DIH s'appliquent précisément : celles du CAI ou celles du CANI. Les drones, la cyberguerre, le recours à des sous-traitants privés ou les attaques loin du champ de bataille tel qu'il est habituellement défini, font-ils véritablement apparaître des failles dans le droit ou pouvons-nous les combler en interprétant les règles existantes ? Le débat sur le terrorisme a incité le CICR à se concentrer sur la réaffirmation de certains aspects du droit, tout en reconnaissant la nécessité d'en clarifier ou d'en développer d'autres, telles les garanties procédurales pour l'internement, la détention administrative⁹ ou la notion de participation directe aux hostilités¹⁰. Le CICR est, en outre, actuellement engagé dans un projet de mise à jour de ses Commentaires des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles additionnels de 1977, tenant compte des développements dans la pratique du DIH depuis la rédaction des précédents Commentaires qui datent respectivement des années 1950 et 1980¹¹.

Dans certains domaines, des interprétations complexes du droit sont – et resteront – nécessaires au vu de la réalité, en constante évolution, de la violence collective. Les discussions sur le champ d'application du droit réglementant cette réalité impliquent souvent des interprétations multiples, parfois divergentes. Dans la mesure où l'interprétation juridique peut être teintée de considérations idéologiques, politiques ou stratégiques, il est nécessaire de réfléchir à ce qui devrait servir de boussole dans cet exercice. Dans ce contexte, il n'est pas inutile de rappeler, du moins en ce qui concerne les traités, le principe de bonne foi qui préside à leur interprétation, conformément à l'objet et au but des règles en question.

Il est néanmoins important de souligner que la réponse ne saurait être exclusivement juridique. Les crises actuelles sont souvent qualifiées de « complexes » ou « de plus en plus complexes ». Or, celles-ci ne sont peut-être pas fondamentalement plus complexes que ne l'étaient la deuxième guerre mondiale, la guerre froide ou les guerres de décolonisation. C'est plutôt notre capacité à mieux comprendre leur nature pluridimensionnelle et le besoin de trouver des solutions durables qui est en jeu.

Paradoxalement, alors que nous disposons aujourd'hui d'une plus grande expertise et d'outils plus nombreux que jamais pour gérer les crises, nous vivons une époque où l'on ne s'embarrasse guère de complexités et où les dirigeants semblent privilégier des positions à court terme et des réactions émotives et réactives, plutôt que d'élaborer une véritable vision du futur. Afin de créer un environnement propice au respect du droit, il demeure essentiel de travailler non seulement au niveau juridique, mais aussi d'inclure ces considérations dans un dialogue politique plus large avec les autorités, directement et indirectement par l'intermédiaire de la société civile

9 Voir Jelena Pejic, « Principes en matière de procédure et mesures de protection pour l'internement/ la détention administrative dans le cadre d'un conflit armé et d'autres situations de violence », *Revue internationale de la Croix-Rouge, Sélection française*, Vol. 87, n° 858, 2005.

10 Voir N. Melzer, note 2 ci-dessus.

11 Voir Jean-Marie Henckaerts, « Adapter les commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels au XXI^e siècle », *Revue internationale de la Croix-Rouge, Sélection française*, Vol. 94, n° 888, pp. 375-380.

et – de manière primordiale – d’investir dans l’enseignement à long terme du DIH et dans la prévention des crimes.



La question la plus importante à poser quant à l’application du droit aux conflits armés reste « pourquoi ? ». À quoi nous sert le droit ? Les discussions juridiques élaborées que nous avons aujourd’hui à propos du DIH et d’autres régimes juridiques ne doivent pas occulter le véritable enjeu : la protection de la vie, de la dignité et des biens des personnes. Face à l’argumentation juridique des accusés pour justifier des actes de pillage et de spoliation, le Tribunal de Nuremberg avait ressenti le besoin d’affirmer : « il est essentiel de souligner que des actes interdits par les lois et coutumes de la guerre ne peuvent devenir permmissibles par le recours à des constructions juridiques compliquées¹² ».

Pour être applicable par les porteurs d’armes dans le feu de l’action, il faut des interprétations du DIH qui offrent des solutions claires et pratiques pour les réalités sur le terrain, respectueuses de l’équilibre inhérent entre impératifs humanitaires et nécessité militaire. Les « principes d’humanité et les exigences de la conscience publique¹³ » sont la pierre angulaire du DIH. Dessiner les contours et déterminer la portée du droit suppose donc « simplement » de définir les frontières de la violence – les limites au-delà desquelles l’humanité doit prévaloir.

Vincent Bernard
Rédacteur en chef

12 Procès Krupp (Procès d’Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach, Tribunal militaire de Nuremberg, 17 novembre 1947-30 juin 1948), Commission des crimes de guerre des Nations Unies, Rapport des Procès pour crimes de guerre, Vol. 10, 1949, pp. 130-159, extrait disponible sur www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-nuremberg-krupp-case-study.htm.

13 Protocole additionnel I, art. 1.2.