

## DÉBAT

# La réglementation des conflits armés non internationaux : un privilège de belligérance peut-il être envisagé dans le droit des conflits armés non internationaux ?

Claus Kreß et Frédéric Mégret

*La section Débat de la Revue vise à contribuer à la réflexion sur des questions contemporaines relatives au droit, à la politique et à l'action humanitaires. Dans ce numéro de la Revue, nous avons invité deux experts en droit international humanitaire (DIH), **Claus Kreß** et **Frédéric Mégret**, à discuter de la manière dont le DIH applicable aux conflits armés non internationaux (CANI) pourrait être développé. Le professeur Kreß suggère la création d'une nouvelle norme de droit international interdisant les CANI, un jus contra bellum internum, accompagnée d'un ensemble correspondant de règles applicables aux CANI, un jus in bello interno. Ce jus in bello interno accorderait aux acteurs non étatiques dans les CANI, un « privilège de belligérance », semblable au « privilège du combattant » dans les conflits armés internationaux, qui les inciterait à se conformer à ces nouvelles règles de la guerre civile. Frédéric Mégret se livre, quant à lui, à un examen critique de ce privilège de belligérance en soulignant les aspects les plus problématiques et conclut que l'octroi systématique d'un tel privilège n'est, en réalité, pas souhaitable.*

.....

# Vers un nouveau développement du droit des conflits armés non internationaux : une proposition pour un *jus in bello interno* et pour un nouveau *jus contra bellum internum*

Claus Kreß\*

Claus Kreß est professeur de droit international public et de droit pénal. Il est directeur de l'*Institute for International Peace and Security Law* à l'Université de Cologne, où il est également titulaire de la chaire de droit pénal allemand et international. En 2012, avec Stefan Barriga, il a dirigé l'ouvrage, *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, (Cambridge University Press, 2012).

## Résumé

*Depuis 1945, les conflits armés ont, le plus souvent, opposé des États à des rebelles, ou des groupes armés non étatiques entre eux dans des États fragiles ou faillis. Actuellement, les tragédies qui se déroulent en Irak, en Syrie et en Ukraine nous enseignent, une fois de plus, que les guerres civiles sont l'un des plus grands maux de notre époque. De ce fait, surtout depuis la première moitié des années 1990, le droit des conflits armés non internationaux a connu un incroyable développement qui s'est accompagné d'une assimilation extrêmement importante de cette branche du droit à celle des conflits armés internationaux. Cette évolution juridique a deux visages : d'un côté, elle se caractérise par une humanisation du droit des conflits armés non internationaux, mais, de l'autre, les règles encadrant la conduite des hostilités se sont cristallisées et leur qualification d'« humanitaires » relève quelque peu de l'euphémisme. Aussi, apparaît-il pertinent de se demander si les récents développements du droit des conflits armés non internationaux nécessitent d'être complétés par un nouveau droit international contre les conflits armés non internationaux. C'est sous ce prisme qu'il convient d'aborder la controverse actuelle qui, en doctrine, entoure la possibilité d'accorder un privilège de belligérance aux combattants non étatiques.*

**Mots clés :** histoire, développement du droit international, droit international humanitaire, conflit armé non international, conflit armé international, droit coutumier, assimilation, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, droit international des droits de l'homme, conduite des hostilités, conflit armé transnational, agression, privilège du combattant, *jus contra bellum*.



\* L'auteur souhaite remercier Frédéric Mégret, Reinhard Merkel, Georg Nolte et Marco Sassòli pour leurs précieux commentaires critiques sur les premières versions de cet article. Il est dédié à Antonio (Nino) Cassese.

## L'humanisation<sup>1</sup> du droit des conflits armés non internationaux

L'effroyable spectacle des soldats blessés sur le champ de bataille non loin de la ville de Solférino, à la suite des combats ayant opposé les forces franco-sardes à l'armée autrichienne, réveilla un puissant sentiment humanitaire chez l'homme d'affaires genevois, Henry Dunant. En 1862, il tira le signal d'alarme avec son *Souvenir de Solférino*<sup>2</sup>. Dunant plaidait avec passion en faveur de l'établissement d'une société de secours volontaire dédiée au soin des blessés en temps de guerre et défendait l'institutionnalisation de cette protection par la signature d'un traité entre États. L'appel de Dunant fut entendu. Dès 1863, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), bien qu'il ne sera nommé ainsi qu'un peu plus tard, fut créé à Genève. Seulement un an après, les États adoptèrent la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne<sup>3</sup>. Malgré quelques tourmentes, c'est bien une ligne droite qui relie la première Convention de Genève au droit international humanitaire (DIH) contemporain. De nos jours, comme c'était déjà le cas dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, la principale ambition du DIH est de soulager les souffrances causées par les conflits armés<sup>4</sup>. Toutefois, à l'origine, les États avaient uniquement pour objectif d'endiguer les guerres internationales ; la réglementation des guerres *civiles*, potentiellement tout aussi meurtrières, ne devait apparaître que plus tard. Le droit international classique ne prévoyait aucune protection des droits de l'homme et, jusqu'à la fin de la Seconde guerre mondiale, les guerres civiles restèrent exclues du champ d'application du droit international, demeurant donc du *domaine réservé* (NdT : souligné par l'auteur, en Français dans le texte) des États concernés<sup>5</sup>.

- 1 Le terme est bien sûr emprunté à Theodor Meron, « The Humanization of Humanitarian Law », in *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, p. 239. Dans cet article, Meron décrit la manière dont le droit de la guerre, « guidé en grande partie par les droits de l'homme et les principes d'humanité [...] a changé et a acquis un visage plus humain », et explique « les percées accomplies sur le rôle dominant de la réciprocité ; la favorisation de la responsabilité ; ainsi que les innovations dans la formation, la formulation et l'interprétation des règles [traduction CICR] ».
- 2 Henry Dunant, *Un souvenir de Solférino*, Londres, Cassel, 1947.
- 3 Auswärtiges Amt, Deutsches Rotes Kreuz et le Bundesministerium der Verteidigung (dir.), *Dokumente zum Humanitären Völkerrecht (Documents sur le Droit International Humanitaire)*, 2<sup>de</sup> éd., Sankt Augustin, Academia Verlag, 2012, p. 13.
- 4 Pour une histoire du développement historique du DIH, voir Mary Ellen O'Connell, « Historical Development and Legal Basis », in Dieter Fleck (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 1 et s.
- 5 En pratique, cela ne signifie pas une absence complète de réglementation. En vérité, les forces armées reçoivent parfois des instructions internes. Pour plus de détails, voir Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012, pp. 9-29. Le Code établi par Francis Lieber, qu'Abraham Lincoln rendit, en 1863, contraignant pour les troupes de l'Union pendant la guerre civile américaine et que les États confédérés acceptèrent par la suite, en est l'exemple le plus célèbre et a influencé en conséquence le développement du DIH en général. De plus, il était possible, en vertu du droit international coutumier applicable à l'époque, de reconnaître aux rebelles ayant réussi à établir des structures quasi-étatiques sur des territoires déchirés par la guerre, un statut de partie belligérante à un conflit. Voir *ibid*, p. 9. De cette reconnaissance, découlait l'applicabilité du droit de la guerre dans les deux camps. Toutefois, la question de la reconnaissance des rebelles comme partie belligérante fut souvent sujette à controverse et les États se montrèrent toujours réticents à accepter une obligation de reconnaissance. Par exemple, pendant la guerre civile espagnole dans les années 1930, le gouvernement refusa de reconnaître ses opposants comme des belligérants. Voir *ibid*, p. 17. Sur l'importance de la Guerre d'Espagne pour le développement ultérieur du droit des conflits armés non internationaux,

En 1949, lorsque les lois de la guerre firent l'objet de toutes les attentions suite à la tragédie de la Seconde guerre mondiale, le CICR lança un appel insistant pour que le DIH s'applique également à la guerre civile. Certains États, dont la Grande-Bretagne et la Birmanie, exprimèrent leurs inquiétudes et soulignèrent l'importance de la souveraineté nationale<sup>6</sup>. Finalement, les États se mirent malgré tout d'accord sur le texte de l'article 3 commun, une « mini-convention » au sein des quatre nouvelles Conventions de Genève (CG) du 12 août 1949, qui réglementait la guerre civile<sup>7</sup>. L'acceptation de cette mini-convention marqua la naissance d'un *jus in bello interno* rudimentaire (ou, dans son appellation juridique technique, un DIH des conflits armés non internationaux)<sup>8</sup>. Près de trente ans plus tard, les États rejetèrent cependant une nouvelle tentative visant à complètement aligner le DIH applicable aux conflits armés non internationaux (CANI) sur celui des conflits armés internationaux (CAI). Lors de la *Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés* qui se réunit de 1974 à 1977 et qui aboutit à l'adoption des deux Protocoles additionnels (PA) aux CG, les États apparurent notamment divisés sur la qualification des luttes de libération contre la domination coloniale. Selon une vision classique, les guerres de libération nationale étaient une forme spécifique de la guerre civile<sup>9</sup>. Les États créés à l'issue de ces conflits ainsi que ceux qui les soutenaient, parvinrent à « propulser » les luttes de libération nationale au rang de CAI (bien que cette qualification fut entourée de conditions draconiennes)<sup>10</sup>. Après avoir atteint cet objectif, la soif de réforme des

voir Antonio Cassese, « The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Conflicts », in Antonio Cassese (dir.), *Current Problems of International Law: Essays on U.N. Law and on the Law of Armed Conflict*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 287 et s. La protection des individus par le droit international dans les guerres civiles est ainsi restée précaire.

6 Voir Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 5, p. 40, notes 77 et 78.

7 Convention I pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) ; Convention II pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 RTNU 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) ; Convention III relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur le 2 octobre 1950) ; et Convention IV relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950). Voir Auswärtiges Amt, Deutsches Rotes Kreuz et le Bundesministerium der Verteidigung (dir.), *op. cit.* note 3, p. 167. Pour l'une des toutes premières évaluations des CG, voir par exemple Hersch Lauterpacht, « The Problem of the Revision of the Law of War, in *British Year Book of International Law*, vol. 29, 1952, p. 360 et s. Hormis l'article 3 commun aux quatre Conventions, les dispositions des CG ont été limitées aux conflits armés internationaux tels qu'ils sont définis par l'article 2 commun aux quatre Conventions.

8 Sur les négociations ayant conduit à cet accord, voir Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 5, pp. 40 et s. ; Anthony Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 25 et s. ; Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002, p. 23 et s.

9 Antonio Cassese, « Wars of National Liberation and Humanitarian Law », in Christophe Swinarski (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR/Martinus Nijhoff, 1984, p. 313 et s.

10 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA I), articles 1, 4) et 96 ; A. Amt, D. Rotes Kreuz et B. der Verteidigung, *op. cit.* note 3, pp. 503, 509 et 575. Sur la position des États non-alignés, voir Luigi Condorelli, « Pays Afro-Asiatiques », in Antonio Cassese (dir.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Naples, Editoriale Scientifica, 1979, p. 386 et s., et tout particulièrement p. 392 et s.

États non-alignés fut en grande partie satisfaite. En particulier, les États nouvellement indépendants dont les gouvernements devaient souvent faire face à des tensions internes, ne mirent pas longtemps à comprendre l'intérêt qu'il pouvait y avoir à protéger la souveraineté nationale par le biais du droit international. L'Inde exprima cela sans détours lors de la Conférence : la question des luttes de libération nationale ayant été résolue, il n'était pas nécessaire, à son avis, de développer plus avant la réglementation des CANI en droit international<sup>11</sup>. Malgré de telles déclarations, le Protocole additionnel II relatif aux CANI fut finalement adopté<sup>12</sup>. La portée de son contenu demeura toutefois limitée.

Le droit des CANI s'est néanmoins développé considérablement depuis. Sans prendre la forme solennelle de la conclusion diplomatique d'un traité, il emprunta plutôt le chemin, manifestement plus discret, du droit international non écrit. En principe, un tel droit international coutumier doit être officiellement identifié, idéalement par une juridiction internationale compétente, afin qu'il se développe de manière fiable et efficace. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), qui fut établi par le Conseil de sécurité des Nations Unies (ONU) en 1993, suite aux atrocités commises dans les Balkans, deviendra une institution clé pour, progressivement, définir l'existence d'un droit international coutumier applicable aux CANI. L'élection du professeur Antonio Cassese comme juge du TPIY s'avéra décisive dans ce processus. Cassese était non seulement un progressiste, mais il était aussi un universitaire, fervent défenseur du développement d'un droit international qui serait applicable aux guerres civiles<sup>13</sup>. L'heure de Cassese vint quand le premier accusé, Duško Tadić, remit en cause la compétence du TPIY pour statuer sur sa responsabilité pénale en vertu du droit international dans le conflit interne yougoslave, faute d'un droit suffisamment développé sur les CANI. Dans un arrêt révolutionnaire du 2 octobre 1995, le professeur de droit international, sous sa casquette de juge, examina en détail la pratique internationale au regard de la guerre civile depuis 1936 et, avec l'ingéniosité d'un véritable maître, il identifia une tendance générale selon laquelle les parties à des guerres civiles avaient, au fil du temps, montré qu'elles étaient prêtes à accepter des règles similaires à celles régissant les guerres interétatiques.

Selon Cassese et ses confrères, la distinction entre le droit de la guerre sophistiqué qui encadrait les guerres interétatiques et les règles rudimentaires qui gouvernaient les CANI « était clairement axée sur la souveraineté de l'État<sup>14</sup> » et « [s]i le droit international [...] doit progressivement assurer la protection des êtres humains, l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel<sup>15</sup> ». L'arrêt *Tadić* fut clairement animé par l'esprit d'Henry Dunant et son message clé prévalut

11 Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 5, p. 50, note 150.

12 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, 1125 RTNU 609 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA II).

13 Voir en particulier sa première contribution, Antonio Cassese, *op. cit.* note 5, p. 287 et s., et plus particulièrement p. 315 et s.

14 TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, affaire n° T-94-1-AR72, 2 octobre 1995, par. 96.

15 *Ibid.*, par. 97.

rapidement<sup>16</sup>. En 2005, le CICR apporta sa contribution au développement le plus remarquable que le droit international coutumier des CANI ait connu depuis son émergence, avec son étude sur le DIH coutumier qui fait autorité<sup>17</sup>. Le « gardien du DIH » confirma ainsi l'assimilation du droit international coutumier des CANI à celui des CAI.

Cette « dynamique Tadić », consistant en l'assimilation du droit des CANI à celui des CAI, dans la perspective d'améliorer la protection humanitaire dans les premiers, s'inscrit en miroir d'une autre évolution majeure du droit international : le développement, notamment après l'adoption en 1966 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, d'un droit international coutumier comprenant un ensemble de règles minimales, protectrices des droits de l'homme<sup>18</sup>. Il n'est pas surprenant que Cassese se soit fondé sur la cristallisation du droit international des droits de l'homme dans la mesure où rien ne pouvait plus clairement établir que le droit international avait enfin entrepris de se préoccuper plus directement du sort des individus. De plus, après quelques hésitations, il fut progressivement admis que le droit international des droits de l'homme pouvait servir à enrichir et à renforcer le DIH applicable aux CANI<sup>19</sup>. Le deuxième rapport rendu par la Commission israélienne indépendante Turkel, illustra dans quelle mesure ceci pouvait être le cas<sup>20</sup>. En parfait accord avec la « dynamique Tadić », la Commission parvint à la conclusion selon laquelle une nouvelle obligation de droit international coutumier était née, aux termes de laquelle l'État territorial et l'État de la nationalité active devaient enquêter sur toute allégation crédible d'un crime de guerre commis dans le cadre d'un CANI<sup>21</sup>. En outre, la Commission soutint que le droit international des droits de l'homme pouvait fournir des indications précieuses quant à la manière de donner à cette obligation d'enquêter un contenu significatif<sup>22</sup>. Pour conclure, l'humanisation du droit international des CANI a aujourd'hui atteint un stade avancé<sup>23</sup>.

16 Claus Kreß, « War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and Emerging System of International Criminal Justice », in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2000, pp. 104 à 109.

17 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1 : Règles, et vol. II : *Practice*, Cambridge University Press, 2005. Pour une position plus prudente sur le statut du droit coutumier régissant le droit des CANI, voir Jean d'Aspremont et Jérôme de Hemptinne, *Droit International Humanitaire*, Paris, Éditions A. Pedone, 2012, p. 25 et s.

18 Pacte international sur les droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976) ; Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entré en vigueur le 3 janvier 1976). Voir par exemple Thomas Buergenthal, « Human Rights », in Rüdiger Wolfrum (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Oxford University Press, 2012, p. 1023 et s.

19 Pour une analyse générale du problème, voir Robert Kolb, « Human Rights and Humanitarian Law », in Rüdiger Wolfrum, *op. cit.* note 18, p. 1040 et s.

20 Commission publique pour l'examen de l'incident maritime du 31 mai 2010, *Résumé du second rapport : Les Procédures de l'État d'Israël pour l'examen et l'enquête de Plaintes et d'Allégations de Violations du Droit des Conflits Armés Selon le Droit International*, février 2013.

21 *Ibid.*, p. 93.

22 *Ibid.*, p. 114 et s.

23 Pour un aperçu complet de ce droit, voir Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 5, pp. 255 à 335 ; voir aussi p. 430 et s.

## La tension entre le droit des conflits armés non internationaux et le droit international des droits de l'homme

Cette humanisation n'est cependant que l'une des faces de la médaille. Prise dans son ensemble, l'évolution juridique étudiée ici s'avère profondément ambivalente car elle s'est longtemps manifestée dans le domaine de la conduite des hostilités qui constitue une partie importante du droit de la guerre<sup>24</sup>.

Si l'on examine plus attentivement le droit de la conduite des hostilités dans les CAI<sup>25</sup>, dont les éléments essentiels ont été codifiés dans le PA I, l'expression « droit international humanitaire » se révèle être, quelque peu, un euphémisme. Le droit régissant la conduite des hostilités met en lumière le visage hideux de la guerre, qui est irréconciliable avec l'idéal des droits de l'homme. En tant que règle, le droit de la conduite des hostilités dans les CAI permet de tuer des combattants ennemis pendant le conflit et ce, indépendamment du fait que le combattant pris pour cible soit ou non sur le point de lancer une attaque<sup>26</sup>. Cette permission ne répond donc pas à un danger immédiat causé par un être humain, mais elle se réfère davantage à l'appartenance de la cible, telle qu'identifiée par son uniforme, à une collectivité/groupe préparé au combat. À la lumière de l'idéal des droits de l'homme, il est encore plus difficile d'admettre que le droit relatif à la conduite des hostilités n'offre pas aux civils une protection absolue. Selon l'un des principes les plus fondamentaux du DIH, codifié dans la première phrase de l'article 51, 2. du PA I, « ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques ». Cependant, l'attaque d'un objectif militaire reste autorisée même si, après avoir pris toutes les précautions nécessaires, un risque de causer des dommages civils collatéraux persiste. Le principe coutumier de proportionnalité en *jus in bello*, tel qu'il est codifié à l'article 51, 5, b) du PA I, n'interdit que « les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu<sup>27</sup> ».

De plus, le droit relatif aux prisonniers de guerre constitue un mécanisme juridique à double tranchant. En effet, en dépit du caractère humanitaire de l'interdiction absolue de torturer des prisonniers, il ne fait aucun doute que le cadre juridique applicable aux prisonniers de guerre permet des mécanismes de détention préventive extrêmement robustes pour les individus membres d'une collectivité dangereuse,

24 Pour un aperçu général du droit des conflits armés non internationaux gouvernant la conduite des hostilités, voir *ibid.*, pp. 336 à 429.

25 Pour une étude exhaustive, voir Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge University Press, 2010, *passim* ; pour une explication plus concise, voir Stefan Oeter, « Methods and Means of Combat », in Dieter Fleck (dir.), *op. cit.* notes 4, p. 115 et s.

26 Pour le concept juridique du combattant, voir par exemple Knut Ipsen, « Combatants and Non-Combatants », in Dieter Fleck (dir.), *op. cit.* note 4, p. 85 et s.

27 Stefan Oeter, *op. cit.* note 25, p. 196 et s. ; pour une analyse récente et intéressante des « dommages civils collatéraux » dans le droit international et les règles éthiques, voir Reinhard Merkel, « Die "kollaterale" Tötung von Zivilisten im Krieg ; Rechtesethische Grundlagen und Grenzen einer prekären Erlaubnis des humanitären Völkerrechts », in *Juristen Zeitung*, vol. 67, 2012, p. 1137 et s.



à savoir les forces armées ennemies. Une telle détention n'est pas fondée sur des décisions judiciaires et n'est limitée que par la fin du conflit. L'expression de « droit international humanitaire » est donc trompeuse, cette branche du droit accordant une place considérable aux nécessités de la guerre. Comme il l'a été de nombreuses fois observé, le droit des CAI ne peut pas être compris comme entravant la conduite de la guerre en tant que telle. Il se doit d'accepter une vérité désagréable, selon laquelle la victoire dans une guerre de légitime défense parfaitement justifiée pourrait souvent devenir impossible, si la conduite des hostilités devait être menée conformément à l'idéal des droits de l'homme. C'est cet état d'extrême urgence qui requiert du droit des CAI qu'il adopte un paradigme permissif de la conduite des hostilités, limitant grandement la portée des droits de l'homme à la vie et à la liberté internationalement garantis.

La question de savoir si le droit des CANI inclut également un cadre juridique pour la conduite des hostilités est longtemps restée sans réponse claire<sup>28</sup>. Cette incertitude est sans doute due au fait qu'il fallut attendre la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle pour qu'apparaissent, dans le domaine des droits de l'homme, les premières normes internationales contraignantes. Tant que les États n'étaient pas soumis aux obligations du droit international des droits de l'homme, leurs gouvernements ne ressentaient pas le besoin urgent de considérer un droit international qui serait applicable à la conduite des hostilités dans les CANI. Du point de vue d'un gouvernement confronté à des tensions internes comportant un risque d'escalade, il a dû être tentant d'être en position de rejeter tout examen international sur la manière dont le conflit avec l'opposition était mené, en invoquant le fait que ceci relevait du *domaine réservé* de l'État concerné. Après la Seconde guerre mondiale, un calcul similaire, c'est bien connu, a régulièrement conduit des États à nier l'existence d'un CANI sur leurs territoires respectifs, en dépit de la réalité factuelle. Admettre l'existence d'un CANI aurait non seulement révélé un sérieux défi à leur autorité, mais aurait également, et implicitement, induit la reconnaissance de l'applicabilité des normes internationales telles que formulées dans l'article 3 commun aux quatre CG.

Comme l'a montré David Kretzmer dans une analyse claire et approfondie, la situation a radicalement changé dès lors que des normes internationales et contraignantes du droit international des droits de l'homme furent développées<sup>29</sup>. Les gouvernements directement confrontés à des rebelles bien organisés réalisèrent qu'en vertu de l'effet restrictif des droits à la vie et à la liberté, la victoire dans une guerre civile était tout aussi incertaine que dans une guerre de légitime défense contre les forces armées d'un État agresseur. Cette vérité s'appliquait aussi aux États tiers qui apportaient leur soutien au gouvernement menacé. L'Allemagne, par exemple, fit l'expérience de ce dilemme plus tôt que ne l'avaient espéré ses dirigeants politiques.

28 Voir Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 5, p. 336. En revanche, Antonio Cassese, cité note 5, p. 294 et s., a cherché à démontrer que, malgré la non reconnaissance de la belligérance, la conduite des hostilités des deux parties dans la guerre d'Espagne dans les années 30, fut internationalement observée sur le fondement de principes juridiques similaires à ceux du droit de la guerre applicables dans les guerres interétatiques.

29 David Kretzmer, « Rethinking the Application of IHL in Non-International Armed Conflict », in *Israel Law Review*, vol. 42, 2009, p. 8 et s.



Pour l'Allemagne, le souvenir du lent et douloureux processus qui fut nécessaire pour admettre qu'elle était involontairement devenue partie à un CANI reste encore vif<sup>30</sup>. Alors que les dirigeants politiques allemands tentaient encore de mettre discrètement un terme au rêve d'une mission « souple » d'assistance à la sécurité en Afghanistan, l'ordre d'attaquer, donné par le colonel Klein lors de l'incident de Kunduz, obligea le système judiciaire allemand à accepter une réalité opérationnelle moins heureuse<sup>31</sup>. Dès lors que l'attaque de la vallée de la rivière de Kunduz remplissait les critères du crime de meurtre aux termes de la section 211 du code pénal allemand et que cette action ne pouvait pas être justifiée en faisant appel au paradigme du maintien de l'ordre, le procureur fédéral allemand eut recours au droit international coutumier relatif à la conduite des hostilités dans les CANI pour défendre le colonel<sup>32</sup>.

Au regard des pertes civiles aujourd'hui constatées dans les conflits armés, il est ici difficile de retrouver l'impulsion humanitaire qui anima Henry Dunant. Et pourtant, si l'on se fonde sur le droit international actuel des CANI, la décision du procureur de recourir au droit coutumier applicable à la conduite des hostilités était globalement fondée. L'opinion de ce procureur fédéral est, aujourd'hui partagée par la plupart des États. Ceux-ci reconnaissent qu'à une époque où les droits de l'homme bénéficient d'une protection universelle en droit international, un régime juridique spécial régissant la conduite des hostilités dans les CANI est également nécessaire. La Cour internationale de justice (CIJ) est allée dans ce sens, en 1996, par son avis consultatif sur la « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », en considérant que le droit sur la conduite des hostilités permet des dérogations au droit à la vie dans *tous* les conflits armés, et, ce faisant, également dans les CANI<sup>33</sup>. Le CICR a suivi la même logique en 2009. Dans son précieux *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, il a clairement énoncé les éléments clés du droit régissant la conduite des hostilités dans les CANI en approuvant avec force la nécessité d'élaborer des règles particulières pour les CANI, analogues à celles applicables dans les CAI<sup>34</sup>. Enfin, en septembre 2013, Christof Heyns, en sa qualité de « Rapporteur spécial de l'ONU sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires », a reconnu l'existence d'un cadre juridique international spécial régissant la conduite des hostilités dans les CANI,

30 « What Is This Thing Called War? », in *The Economist*, 22 avril 2010, disponible sur : [http://www.economist.com/node/15954464/print?story\\_id=15954464](http://www.economist.com/node/15954464/print?story_id=15954464).

31 Aux premières heures du 4 septembre 2009, le colonel Klein, membre du contingent allemand de la Force internationale d'assistance et de sécurité, agissant sur mandat du Conseil de Sécurité de l'ONU, donna l'ordre de mener une attaque aérienne sur deux camions d'essence qui avaient été pris par les talibans et enlisés sur un banc de sable au milieu de la rivière de Kunduz. Selon l'évaluation factuelle faite par le procureur général allemand, le colonel Klein avait l'intention de détruire les camions d'essence (qu'il avait des raisons de considérer comme une menace) et il savait que l'attaque toucherait également un certain nombre de chefs talibans présents sur le site, mais il ne s'attendait pas, à tort, à causer des victimes civiles. Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, *Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm wegen des Verdachts einer Straftat nach dem VStGB und anderer Delikte*, 3 BJs 6/10-4, Offene Version des Vermerks vom 16 April 2010 zur Verfügung der Einstellung nach, par.170 Abs. 2 Satz 1 StPO, p. 13 et s.

32 *Ibid.*, p. 41 et s.

33 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 25.

34 Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, CICR, 2009.

lequel a pour effet de limiter la portée des droits de l'homme<sup>35</sup>. Le rapport de Heyns, qui examine avec force détails le débat juridique international sur l'usage des drones dans des situations de conflits armés et dans d'autres situations, est particulièrement éloquent à la lumière de son mandat de Rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'homme.

### **Un nouveau droit international contre les conflits armés non internationaux (*jus contra bellum internum*) complété par un droit des conflits armés non internationaux (*jus in bello interno*) ?**

Quel que soit précisément le niveau d'avancement des développements juridiques, il n'est plus possible de nier le fait que le droit international des CANI a connu un remarquable processus d'assimilation à celui régissant les CAI, notamment dans le domaine particulièrement sensible de la conduite des hostilités. Ceci a ravivé le débat doctrinal sur la question de savoir s'il n'est pas aujourd'hui plus que temps d'accorder aux combattants non étatiques un privilège du combattant équivalent à celui accordé aux soldats des deux camps dans un CAI. Si un tel changement se produisait aujourd'hui, ceux des rebelles qui combattent conformément au droit des CANI échapperaient non seulement (comme c'est le cas aujourd'hui) à toute responsabilité pénale internationale pour un crime de guerre commis dans un CANI, mais ils pourraient également (contrairement au droit existant) demeurer impunis en vertu des lois nationales de l'État concerné, par exemple en cas de rébellion ou de meurtre, du fait de leur participation au conflit armé. Dans l'une de ses dernières publications, Antonio Cassese a plaidé pour une telle réforme juridique dans les situations de CANI de haute intensité et à condition que les forces armées de la partie non étatique soient suffisamment à même de se distinguer de la population civile<sup>36</sup>.

35 Rapport du Rapporteur spécial de l'ONU sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Doc. NU, A/68/382, 13 septembre 2013, par. 52 et s. Il convient de remarquer que le rapport de Heyns (ce qui vaut d'ailleurs également pour l'ensemble de la doctrine juridique internationale) ne clarifie pas complètement la position juridique des soldats, membres des forces armées gouvernementales, ce qui est une question aussi importante en théorie qu'en pratique. Même s'il est difficile de nier que la pratique des États soutient le point de vue selon lequel le droit des CANI donne à la partie étatique le pouvoir d'outrepasser, dans les hostilités qui l'opposent à son adversaire, les contraintes que lui impose le droit international des droits de l'homme, il n'est en revanche pas évident de savoir si le soldat bénéficie d'un privilège de ciblage découlant du droit des CANI, ou si un tel pouvoir ne peut découler que de la législation nationale de l'État concerné qui, pour ainsi dire, encouragerait le paradigme d'un droit non international des conflits armés ; même Sandesh Sivakumaran évite, dans son œuvre magistrale, de se prononcer sur cette question juridique. Voir Sandesh Sivakumaran, *op. cit.*, note 5, p. 151.

36 Antonio Cassese, « Should Rebels be Treated as Criminals? Some Modest Proposal for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane », in Antonio Cassese (dir.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 523 et s. Pour un plaidoyer passionné en faveur d'une telle réforme, voir Emily Crawford, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2010, p. 168. Avec plus de prudence, mais abondant dans la même direction, Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 5, p. 520, suggère d'appliquer l'article 6, 5 du PA II de manière à le faire jouer comme un « équivalent fonctionnel » au privilège de belligérance. Pour une proposition plus ancienne et plus modeste mais allant dans le même sens, voir CICR, projet de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaires du CICR sur les projets de Protocoles additionnels, Genève, octobre 1973, tels que présentés par le CICR en juin 1973, Projet de Protocole II, art. 10, 5), p. 151.

Le principal argument en faveur de l'introduction d'un privilège du combattant pour les membres des forces d'une partie non étatique à un CANI est de nature humanitaire. Ce qui fonde cet argument se lit comme suit : quelle est la motivation, pour des forces armées non étatiques, à respecter des règles internationales humanitaires, si elles sont condamnées à être punies, quoi qu'il arrive, à la fin du conflit armé, à moins bien sûr de l'emporter militairement<sup>37</sup> ? Aussi raisonnable que cette question puisse être, les États n'ont pas hésité à répondre : ils peuvent certes être sensibles au fait que les forces armées non étatiques soient davantage encouragées à respecter le DIH, mais ils insistent aussi sur la nécessité de dissuader un groupe d'opposants politiques de prendre les armes et de déclencher un CANI<sup>38</sup>. Considérant les souffrances susceptibles d'être engendrées par ce type de conflit, cette réponse est également lourde de conséquences sur le plan humanitaire. Est-il possible de sortir de cette impasse ?

### Ébauche des deux innovations juridiques possibles

Il convient de se pencher sur le droit régissant les relations entre États pour trouver une porte de sortie possible. Il existe ici une contradiction similaire entre l'objectif premier d'empêcher le recours illicite à la force et la nécessité de fournir une protection humanitaire si ce premier objectif n'a pas été atteint. Il y a des raisons de douter du fait que cette contradiction puisse être complètement effacée, mais, en l'état, le droit de la paix et de la sécurité internationales s'efforce de modérer cette contradiction de la manière suivante : non seulement il interdit le recours à la force (hormis quelques rares exceptions limitativement énumérées<sup>39</sup>), mais il incrimine également, par le crime d'agression, la participation individuelle à un recours illicite à la force dans des cas graves<sup>40</sup>. Cependant la menace d'une sanction internationale est réservée aux individus « effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État<sup>41</sup> ». Au sein de ce système juridique, le privilège de belligérance profite également aux forces armées de l'État agresseur et les incite à respecter le DIH. En ce qui concerne les relations entre États, le droit international met donc à la charge des dirigeants de l'État la responsabilité de prévenir la guerre

37 Antonio Cassese, *op. cit.* note 36, p. 519 ; Nils Melzer, « Bolstering the Protection of Civilians in Armed Conflict », in Cassese, *op. cit.* note 36, pp. 514 à 515 ; Marco Sassoli, « Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law », in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 26 et 27.

38 Ce point est explicitement soulevé par Nils Melzer, *op. cit.* note 37, p. 516.

39 Le droit de légitime défense, tel qu'il est reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies, et l'emploi de la force, tel qu'il est autorisé par le Conseil de sécurité de l'ONU en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, constituent deux exceptions universellement acceptées.

40 Le jugement du 1<sup>er</sup> octobre 1946 rendu par le Tribunal militaire international de Nuremberg a créé un précédent en incriminant, en vertu du droit international, le fait de mener une guerre d'agression. Pour les passages clés du jugement et le débat international qui s'ensuivit à ce sujet, voir Stefan Barriga et Claus Kreß (dir.), *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge University Press, 2012, p. 135 et s.

41 Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, 17 juillet 1998 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002), Doc. NU, A/CONF.183.9 (Statut de Rome), art. 8 bis, 1. (tel qu'adopté en 2010 à Kampala). Sur l'exigence d'un *leadership*, voir Claus Kreß et Leonie von Holtzendorff, « The Kampala Compromise on the Crime of Aggression », in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n° 5, 2010, p. 1189.

et, s'il échoue, celle d'inciter ses forces armées à mener la guerre de la manière la plus humaine possible<sup>42</sup>.

Ce modèle interétatique expose la manière dont le privilège du combattant pourrait être étendu aux rebelles, tout en maintenant en amont une barrière normative puissante pour les empêcher de prendre les armes. Un droit international des CANI réformé pourrait prendre appui sur ces deux piliers, analogues à ceux sur lesquels s'appuie sa contrepartie interétatique : d'un côté, il comprendrait un privilège du combattant dans le *jus in bello interno* et, dans le même temps, il interdirait à toute organisation non étatique de lancer une attaque armée contre son gouvernement grâce à un nouveau *jus contra bellum internum*<sup>43</sup>. Aux termes d'un tel modèle, le droit international demeurerait plus indifférent à la survenance d'un CANI (à l'exception des interventions du Conseil de sécurité de l'ONU), mais ferait de la prévention des guerres civiles sa principale préoccupation<sup>44</sup>. En vertu du modèle ainsi réformé, le monopole de l'État sur le recours à la force ne serait pas affaibli par l'introduction du privilège du combattant dans le droit des CANI ; en fait, ce monopole serait même renforcé par l'introduction d'une interdiction de la rébellion armée en droit international<sup>45</sup>. Toutefois, cette dernière interdiction, devrait être limitée au niveau

42 Claus Kreß, « Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus », in *European Journal of International Law*, vol. 20, n° 4, 2009.

43 Pour une référence à un tel nouveau droit international des CANI, voir *ibid.*, pp. 1133 à 1136. Pour une proposition plus ancienne dans le même sens, voir Nils Melzer, *op. cit.* note 37, p. 515 et s. L'article de Meltzer n'est toutefois pas complètement clair sur la question de savoir si l'insurrection armée contre un gouvernement doit être expressément interdite par le droit international et menacée d'une sanction (internationale) ; *ibid.*, p. 517.

44 Cet article s'intéresse principalement à la violence massive interne, mais, bien sûr, une attention particulière doit être portée à la question de savoir si un nouveau *jus contra bellum internum* devrait également couvrir une attaque armée non étatique transnationale contre un État. Ce type d'attaque armée n'est actuellement pas concerné par la définition du crime d'agression adoptée à Kampala, dans la mesure où les États, s'alignant sur le droit international coutumier, ont refusé d'inclure les actes d'agression non étatiques dans la nouvelle définition du crime d'agression selon le droit international. Voir Claus Kreß et Leonie von Holtendorff, *op. cit.* note 41, p. 1190. Un nouveau *jus contra bellum internum* n'aurait pas besoin d'être étendu aux attaques armées non étatiques transnationales si le droit international coutumier comprenait déjà un crime de terrorisme (non étatique) international. Dans sa dernière décision judiciaire d'importance, Antonio Cassese (en tant que président et juge rapporteur) et ses collègues de la chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Liban (TSL) ont affirmé qu'un tel crime existait et que la responsabilité incombait tant aux commandants qu'aux membres subalternes d'un groupe terroriste. TSL, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications*, Décision (Chambre d'appel), STL-11-01/I, 16 février 2011, par. 111. Toutefois, en vertu du *lex lata*, cette décision judiciaire soulève de nombreuses questions. Pour une forte critique de cette décision, voir notamment Ben Saul, « Legislating from a Radical Hague: The UN Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism », in *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n° 3, 2011 ; la définition, telle qu'elle a été proposée par le TSL, est dangereusement large si elle est interprétée comme appelant à une incrimination en vertu du droit international. On peut donc sérieusement douter que le TSL ait ouvert la voie à une solution satisfaisante au regard du droit international (pénal) pour les violences non étatiques transnationales.

45 Un nouveau *jus contra bellum internum*, tel que défendu ici, devrait nécessairement être d'une nature asymétrique, dans la mesure où il ne concernerait que les acteurs non étatiques. À la lumière du monopole de l'État quant à l'usage interne de la force, il n'existe aucune alternative à cette asymétrie ; les limites juridiques internationales posées au recours interne à la force par les États continueront à émaner du droit international des droits de l'homme et la menace d'une sanction internationale continuerait à entraîner, dans les cas de violations les plus flagrantes, en cas de recours à la violence par les forces étatiques, l'incrimination internationale de génocide et de crimes contre l'humanité.

du commandement des rebelles, conformément à la définition du crime d'agression<sup>46</sup>. Ainsi, la motivation, conférée individuellement au soldat rebelle par le nouveau privilège de belligérance pour combattre dans un CANI, dans le respect du DIH, serait-elle préservée<sup>47</sup>.

Plus délicate est la question de savoir s'il serait possible de faire respecter sans exception le *jus contra bellum internum*. Il convient de souligner qu'étant donné les souffrances humaines dans les CANI (et ceci comprend surtout les souffrances de ceux qui *ne* participent *pas* aux combats), il y a de sérieuses raisons pour interdire non seulement le changement de régime politique *par la force*, mais également le fait de *prendre les armes* contre un gouvernement qui n'agit pas en pleine conformité avec les normes internationales de droits de l'homme. Mais qu'en serait-il si la politique interne d'un État se détériorait et qu'un génocide ou un crime contre l'humanité orchestré par le gouvernement était imminent ? À la lumière d'un tel scénario, il paraît justifié de défendre un *jus ad bellum internum* (extrêmement limité), c'est-à-dire un droit de légitime défense des populations civiles subissant une attaque létale, « jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales<sup>48</sup> ». Pour l'instant, un tel *jus ad bellum internum* strictement circonscrit n'a reçu qu'une attention très limitée de la part des chercheurs en droit international<sup>49</sup>. Le problème a plutôt été débattu dans la perspective de l'intervention d'un État étranger, soit en faisant référence à la responsabilité internationale (subsidaire) de protéger, soit, de manière plus controversée, au titre d'un possible droit des États de procéder à une intervention humanitaire par la force<sup>50</sup>. Ce n'est pas particulièrement satisfaisant en termes de cohérence interne du droit. À un stade du développement du droit international où les acteurs non étatiques

46 Si l'on applique la logique qui sous-tend l'article 25, 3. *bis* du Statut de Rome, *mutatis mutandis*, les rebelles se trouvant en bas de l'échelle ne seraient pas tenus comme responsables en tant qu'assistants ou complices. Voir Claus Kreß et Leonie von Holtendorff, *op. cit.* note 41, p. 1189.

47 La proposition de Nils Melzer, *op. cit.* note 37, p. 517, n'effectue pas de distinction juridique entre les niveaux hiérarchiques, celui du commandement et celui des soldats rebelles se trouvant en bas de la hiérarchie et l'on peut se demander si les effets qu'il cherche à créer grâce à l'introduction d'un privilège du combattant ne seront pas justement sérieusement affaiblis par la conception qu'il développe du *jus contra bellum internum*.

48 Il n'est point nécessaire de poursuivre ici le débat classique relatif à un droit des peuples *colonisés* à l'auto-détermination par la force. En ce qui concerne le débat relatif au droit d'un peuple à faire sécession *par la force* en dehors d'un contexte colonial, il semble qu'aucun droit de ce genre excédant le scénario factuel extrême discuté ici, ne devrait être reconnu. Sur la pratique des États à ce sujet, voir Claus Kreß, « Major Westphalian Shifts and Some Important Neo-Westphalian Hesitations in the State Practice on the International Law on the Use of Force », in *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 1, n° 1, 2014, p. 28 et s.

49 À ce propos, Frédéric Mégret, dans « Civil Disobedience and International Law: Sketch for a Theoretical Argument », in *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 46, 2010, identifie le cas d'un génocide imminent comme le domaine privilégié d'application d'un *jus ad bellum internum*. Dans sa plus récente contribution sur le sujet, Mégret discute de cette idée en même temps que de celle d'une introduction d'un privilège du combattant dans le droit des CANI ; au lieu d'introduire un tel privilège, Mégret soutient qu'il serait plus pertinent de se concentrer davantage sur l'*ad bellum* et défend un « droit des rebelles à une amnistie *jus post bellum internum* » si (et seulement si) ils ont pris les armes dans des circonstances justifiant un *jus ad bellum internum*. Frédéric Mégret, « Should Rebels be Amnestied? », in Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday et Jens Iverson (dir.), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, 2014, pp. 538 et 539.

50 Pour une analyse de la pratique pertinente de l'État, voir Claus Kreß, *op. cit.* note 48, p. 20.

ne sont plus nécessairement relégués au statut de bénéficiaires indirects des droits étatiques, la justification d'un droit exceptionnel au recours à la force dans le cas d'une catastrophe humanitaire imminente devrait se fonder sur le droit de légitime défense individuelle de la population civile attaquée et tout droit d'un État étranger à venir en aide, par la force, à la population ciblée devrait être conçu comme une forme de droit de légitime défense *collective* au bénéfice de la population concernée, dérivé du droit de la population civile. Dans ce contexte, il est extrêmement intéressant de noter que, dans sa déclaration à la Conférence de Doha en mars 2013, la Ligue arabe a justifié la licéité de la fourniture d'armes à l'Armée syrienne libre par le droit de légitime défense du peuple syrien<sup>51</sup>.

Par essence, un régime juridique pleinement symétrique pour les CANI était déjà connu au XIX<sup>e</sup> siècle, mais à cette époque ce droit devait être activé par la reconnaissance de belligérance que l'on ne pouvait jamais considérer comme acquise. Un droit complètement symétrique des CANI devrait, quoi qu'il en soit, être complété par un nouveau droit international contre la guerre civile. En vertu d'un tel *jus contra bellum internum*, l'interdiction du recours à la force en droit international serait étendue aux organisations non étatiques dotées de la capacité de provoquer des violences massives. Ce nouveau *jus contra bellum internum* pourrait s'appuyer sur la pratique maintenant consolidée du Conseil de sécurité de l'ONU pour considérer un CANI comme une menace à la paix et à la sécurité internationales<sup>52</sup> et il enrichirait le droit international grâce à l'introduction d'un concept discriminatoire jusqu'alors inconnu de guerre civile. Il est par conséquent concevable, en théorie, de créer un nouveau droit international des CANI, qui atteindrait ainsi une nouvelle étape de son développement, en ligne avec la pensée d'Antonio Cassese, et qui irait même un peu au-delà de ses dernières déclarations sur le sujet, grâce à la distinction entre un *jus contra bellum internum* asymétrique et un *jus in bello interno* complètement symétrique, reflétant dans la mesure du possible le droit régissant les relations entre États. Mais qu'en est-il des objections fondamentales que l'on pourrait formuler sur ce nouveau droit ? Et, si l'on parvenait à y répondre, qu'en serait-il alors de la transposition, en pratique, d'un tel droit élaboré pour l'humanité ?

### Une « utopie réalisable »<sup>53</sup> ?

L'idée de parvenir à une symétrie totale dans le droit des CANI nécessite, tout d'abord, de jeter un regard neuf sur la légitimité du privilège du combattant dans le droit des CAI. À cet égard, il faut reconnaître qu'à l'époque de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales, la légitimité de l'autorisation d'utiliser la

51 Le passage en question est le suivant : « tout en insistant sur le droit de chaque État membre, en accord avec ses vœux, de fournir tous les moyens de légitime défense, dont un soutien militaire afin de contribuer à la constance des efforts du peuple syrien et l'armée libre [Traduction CICR] » ; « Déclarations du 24<sup>e</sup> sommet de la Ligue arabe », Doha, 21-27 mars 2013, disponible en anglais sur : <http://arableaguesummit2013.qatarconferences.org/news/news-details-17.html>. Sur les idées sous-tendant cette déclaration, voir Niaz A. Shah, « The Use of Force under Islamic Law », in *European Journal of International Law*, vol. 21, 2013, p. 346.

52 Pour cette pratique consolidée, voir TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadić*, op. cit. note 14, par. 30.

53 Cette expression fait allusion au titre du livre dirigé par Antonio Cassese, op. cit., note 36.



force létale, accordée à un soldat de l'État *agresseur*, pouvait être sujette à controverse. Il y a quelques années, Jeff McMahan a soumis le privilège du combattant accordé au « guerrier illégal<sup>54</sup> » à une critique élaborée, en termes de philosophie morale. Il soutient que ni l'idée d'un consentement mutuellement valide<sup>55</sup>, ni celle d'une présomption générale en faveur d'une inévitable erreur de droit, ni la dépendance vis-à-vis d'un ordre supérieur prétendument contraignant de faire la guerre donné par les dirigeants de l'État agresseur, ne constituent de bonnes raisons pour justifier un tel privilège<sup>56</sup>. Il est important de noter l'argument de McMahan, car il a encore plus de poids quand il s'agit d'un « combattant illégal » non étatique dans un CANI. Cependant, McMahan a explicitement refusé (en ajoutant toutefois « pour l'instant ») de soutenir l'idée d'une construction asymétrique du droit des CAI comme une conséquence de son argument moral. Dans ce contexte, il se réfère *inter alia* à l'idée selon laquelle l'attribution du privilège du combattant inciterait davantage les « combattants illégaux » à se conformer au droit des conflits armés<sup>57</sup>. Dans un récent ouvrage, par un chapitre particulièrement brillant, Frédéric Mégret adopte une position différente et remet en question le privilège du combattant symétrique dans le droit des CAI. Cette position se fonde (entre autres) sur le fait qu'il ne croit pas que le privilège du combattant soit vraiment une motivation pour respecter le DIH. Mégret dénonce cette vision opposée, largement répandue, au motif qu'elle ne se fonderait que sur des hypothèses psychologiques et non vérifiées, de profanes<sup>58</sup>. Ces doutes méritent d'être pris au sérieux et exigent de réfléchir encore sur la motivation à respecter le DIH que suscite potentiellement le privilège du combattant chez le « combattant illégal » au regard à la fois du droit actuel des CAI et d'un futur droit possible des CANI. Les réflexions devraient également porter sur la faisabilité d'une étude empirique sur ce sujet. En ce qui concerne le droit des CANI, qui est au cœur de cet article, une chose est sûre et certaine : l'introduction d'un privilège du combattant pour les combattants non étatiques dans les CANI requiert impérativement une approche réaliste quant à la possibilité d'améliorer de manière significative le respect du DIH par les parties non étatiques à un conflit.

L'impossibilité de justifier une telle approche ne suffirait toutefois pas à rendre vain le débat sur la possibilité d'un nouveau *jus contra bellum internum*. Il est vrai que l'idée d'un nouveau droit de ce type a été présentée ici comme un complément

54 C'est-à-dire un soldat combattant pour l'État agresseur.

55 L'idée selon laquelle la participation aux hostilités implique de consentir à être pris pour cible par l'autre camp.

56 Jeff McMahan, *Killing in War*, Oxford University Press, 2009, p. 38 et s.

57 *Ibid.*, pp. 190 et 191 : « Les combattants illégaux qui craignent une punition à la fin de la guerre peuvent se montrer plus réticents à se rendre, préférant continuer à combattre avec une faible probabilité de victoire, plutôt que de déposer les armes avec une forte probabilité d'être punis [...]. Et ils peuvent également se dire que, s'ils font l'objet d'une punition collective en cas de défaite, ils ont bien peu à perdre en abandonnant toute contrainte dans leurs efforts pour la victoire. Ils peuvent penser, par exemple, qu'en cas de défaite, comme il est fort peu probable que les procureurs aient connaissance de leurs actes, ils n'ont, individuellement, rien à perdre et peut-être tout à gagner à commettre des crimes de guerre ou des atrocités qui augmenteront leurs chances de gagner et donc, ce faisant, d'échapper à toute sanction [traduction CICR]. » Pour un raisonnement similaire, voir Nigel Biggar, *In Defence of War*, Oxford University Press, 2013, p. 196.

58 Frédéric Mégret, *op. cit.* note 49, pp. 538 et 539.



à un *jus in bello interno* totalement symétrique. Mais il convient d'insister sur le fait qu'un nouveau *jus contra bellum internum* (assorti d'un exceptionnel *jus ad bellum internum* pour les cas de catastrophes humanitaires imminentes) devrait, dans tous les cas, faire l'objet d'une discussion. En d'autres termes, un pas vers une complète symétrie du droit des CANI est dépendant de l'introduction d'un nouveau *jus contra bellum internum*, mais la réciproque n'est pas nécessairement vraie.

L'idée d'un nouveau *jus contra bellum internum* soulève également d'importantes interrogations. Tout d'abord, il s'agit d'accorder une attention particulière à la question de savoir s'il est possible de formuler une nouvelle interdiction internationale (assortie de la menace d'une sanction internationale) et, ce faisant, une exception limitée qui soit à la fois satisfaisante sur le fond et suffisamment précise<sup>59</sup>. Il est également nécessaire de savoir s'il est possible d'identifier le niveau décisionnel d'une partie non étatique dans la plupart des CANI émergents, afin que la nouvelle règle internationale fonctionne effectivement comme une barrière juridique contre le déclenchement d'une guerre civile. En outre, la faisabilité pratique de ce nouveau régime juridique serait sérieusement remise en question si le déclenchement d'un CANI était généralement précédé d'une dynamique d'escalade qui ne pourrait pas être démêlée avec suffisamment de clarté pour attribuer de manière certaine les responsabilités. Malheureusement, la situation en Syrie (depuis 2012) nous fournit un nouvel exemple de telles dynamiques. Cependant, une difficulté supplémentaire résulte du fait que certaines constitutions nationales reconnaissent, sous certaines conditions, un droit à la résistance armée<sup>60</sup>. Il serait donc nécessaire d'harmoniser les deux niveaux de réglementation juridique. En fin de compte, il ne fait aucun doute que l'introduction d'un *jus contra bellum internum* constituerait une réforme juridique ambitieuse. On peut se demander si cela ne va pas trop loin pour le droit international, tout au moins pour l'instant.

Face à ces questions importantes et jusqu'alors très peu abordées, le modèle de réforme pour un droit international *sur* les CANI n'est pas présenté ici en vue d'une adoption immédiate. Ce modèle est plutôt présenté dans une perspective académique, afin de le soumettre au débat et d'évaluer s'il peut être une « utopie réalisable » au sens d'Antonio Cassese. Ce serait un débat complexe, multiforme, mais, dans la mesure où les guerres civiles constituent les pires maux de notre temps, une contribution, même modeste, au droit international pour traiter ce mal à sa source se justifie et appelle les efforts intellectuels les plus exigeants.

.....

59 Pour la question de savoir s'il convient ou non d'inclure la violence non étatique transnationale, voir ci-dessus note 44. De plus, afin de dûment respecter la souveraineté nationale, le champ d'application de cette nouvelle règle internationale devrait être rigoureusement limité aux violences non étatiques *intenses* et atteignant le seuil d'un CANI.

60 Pour un exemple, voir la constitution allemande, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, article 20, 4).

# Réponse à Claus Krefß : Tirer parti du privilège de belligérance dans les conflits armés non internationaux pour améliorer le respect du *jus in bello*

**Frédéric Mégret**

Frédéric Mégret est professeur à la faculté de droit de l'université McGill.

## Résumé

*Dans cette réponse à l'article de Claus Krefß, il est particulièrement question de la proposition d'accorder un privilège de belligérance aux groupes armés non étatiques dans les conflits armés non internationaux. L'article exprime un scepticisme par rapport à l'idée selon laquelle le privilège de belligérance serait par nature une question humanitaire. Ses aspects profondément problématiques à la fois du point de vue du droit des droits de l'homme et du jus ad bellum sont au contraire soulignés. Il est soutenu également que la manière dont le privilège de belligérance motiverait les rebelles à mieux se conformer au droit international humanitaire reste peu claire. À tout le moins, l'octroi d'un privilège de belligérance à des groupes armés non étatiques devrait récompenser un bon comportement humanitaire bien plus qu'il ne devrait être consenti ipso facto.*

.....

## Introduction

Claus Krefß a procédé à une évaluation inspirée du régime juridique des conflits armés non internationaux (CANI), dans laquelle il fait un certain nombre de suggestions tout à fait remarquables, notamment celle selon laquelle le privilège de belligérance (PB) devrait être étendu aux groupes armés non étatiques dans les CANI et celle visant à développer un *jus contra bellum* interne. Le régime juridique des CANI a, globalement, toujours été un régime par défaut, construit dans l'ombre du régime applicable aux conflits armés internationaux (CAI). Il est marqué, entre autres, par des craintes souverainistes très spécifiques qui n'ont que peu à voir avec les principes qui ont motivé l'émergence du DIH et qui ont traditionnellement orienté ce régime dans une voie timorée et conservatrice.

De toute évidence, nous vivons à une époque où il devient de plus en plus nécessaire de concevoir un régime plus solide pour les CANI. De plus, il est très possible que les limites du droit de la guerre dans les CANI ne résultent pas seulement d'une série d'obstacles pratiques ou politiques, mais également à ce que l'on pourrait

appeler des échecs de l'imagination juridique. À cet égard, je salue la volonté de Kreß d'élaborer une théorie normative en dehors des réalités juridiques immédiates, car c'est seulement en allant au-delà d'un registre strictement positiviste qu'il sera possible de sortir du type de circularité qui a trop souvent affecté nos raisonnements sur la réglementation des conflits. Je pense également qu'une discussion du PB sous toutes ses formes est nécessaire depuis longtemps, dans la mesure où il est l'une des hypothèses structurantes du droit international humanitaire (DIH) les moins discutées<sup>61</sup>.

En même temps, en contribuant à cet important débat intellectuel, je crois que mon estimé collègue essaie d'atteindre trop de buts en même temps, au risque d'atteindre de mauvais buts ou de manquer ceux qui comptent. Dans cette réponse bienveillante mais quelque peu sceptique à l'article de Kreß, je commencerai par souligner nos principaux points d'accord. Je soutiendrai ensuite que sa proposition d'étendre le PB aux CANI ne découle pas directement de son diagnostic et qu'elle est plus problématique qu'elle n'y paraît, du point de vue de son propre objectif juridique orienté vers la paix. Enfin, je suggère que nous devrions penser plus précisément le rôle que le PB peut avoir dans l'incitation à un meilleur respect du *jus in bello*. L'obtention d'un PB par les acteurs armés devrait notamment être explicitement conditionnée par un certain niveau de respect des lois de la guerre. En affirmant cela, je parle du point de vue d'une certaine conception large du droit international (partagée, *grosso modo*, je pense, par Kreß) qui s'intéresse avant tout à une vision d'ensemble de la réglementation des conflits armés, et non pas simplement du point de vue d'une vision consacrée de manière abstraite à la poursuite du projet humanitaire, à l'exclusion de toute autre. Il sera donc notamment question de la manière dont différents régimes juridiques visant à réguler la violence interagissent et créent des compromis.

## Les points d'accord : le diagnostic fondamental

Dans son article, Kreß semble exprimer trois principales préoccupations. Je les examinerai séparément, afin de souligner à quel point je partage chacune d'elles, prise isolément. Tout d'abord, Kreß soutient que l'asymétrie des régimes humanitaires des CAI et des CANI pose problème ; ensuite, il met en lumière une tendance qui semble être simultanée et aller dans la direction opposée, le danger d'une sur-application des lois de la guerre ; enfin, il suggère que nous devons considérer la possibilité d'un *jus contra bellum* interne.

61 Nous assistons en ce moment à l'émergence de travaux de ce type, à l'intersection de la théorie morale et de la théorie juridique. Ils ont toutefois davantage tendance à s'intéresser aux CAI qu'aux CANI. Richard V. Meyer, « The Privilege of Belligerency and Formal Declarations of War », in Claire Finkelstein, Jens David Ohlin et Andrew Altman (dir.), *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, New York, Oxford University Press, 2012, pp. 183 à 220.

## Une asymétrie entre le régime humanitaire des conflits armés internationaux et non internationaux difficile à défendre

Pour commencer, il est évident qu'il est possible de faire davantage pour améliorer le respect du régime humanitaire des CANI. En termes de politique humanitaire, trouver des moyens d'inciter à la fois les États mal disposés à l'égard des groupes armés soupçonnés de contester leurs prérogatives souveraines, et les groupes armés non étatiques peu familiers des us et des valeurs du droit international, à respecter certaines limitations humanitaires est devenu une sorte de *Saint Graal* de l'humanitarisme international. Un courant distinct et très influent de la pensée humanitaire a depuis longtemps plaidé en faveur de l'amélioration du régime juridique des CANI en faisant référence à celui des CAI. À cet égard, l'analyse de Kreß s'inscrit parfaitement dans ce courant progressiste actuel qui estime qu'il est nécessaire de développer le droit relatif à la conduite des hostilités dans les CANI.

De nombreux arguments en faveur de l'assimilation du régime juridique des CANI à celui des CAI sont moralement convaincants, même s'ils ne le sont pas toujours du point de vue du droit positif. À certains égards, le régime juridique des CAI est plus complet et plus protecteur que celui existant en CANI. Il est souvent soutenu que les limitations inhérentes au régime humanitaire des CANI découlent de préoccupations souverainistes qui relèvent davantage de la protection d'un *domaine réservé* (en Français dans le texte) que de la création du meilleur des mondes humanitaires. Après tout, quelle différence cela devrait-il faire (hormis des considérations de pure défense de la souveraineté) qu'une victime de guerre le soit dans un CAI ou dans un CANI ? N'est-il pas dommageable qu'autant d'énergie soit consacrée aux discussions ésotériques sur la qualification des conflits<sup>62</sup>, alors qu'elles pourraient être utilement orientées vers des ambitions plus porteuses ? De nombreux juristes internationaux sont ainsi d'avis que, grâce à ce que Kreß désigne sous le nom de « dynamique Tadic », le droit de la guerre a évolué depuis vingt ans vers un important processus d'humanisation en prenant exemple sur le droit international des droits de l'homme<sup>63</sup>. De là, il n'y a qu'un pas avant de plaider en faveur d'un droit de la guerre « unifié » qui s'appliquerait, quelle que soit la nature du conflit<sup>64</sup>, et de soutenir que la tendance vers cette convergence semble aujourd'hui inexorable<sup>65</sup>.

62 James G. Stewart, « Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict », in *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 85, n° 850, juin 2003, pp. 313 à 350.

63 Theodore Meron, « The Humanization of Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, Vol. 94, n° 2, 2000, pp. 239 à 278.

64 Emily Crawford, « Unequal Before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction Between International and Non-International Armed Conflicts », in *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, n° 2, 2007, pp. 441 à 465.

65 Michel Veuthey, « The Need for a Universal Humanitarian Order », in *Foresight*, vol. 7, n° 1, 2005, pp. 26 à 46 ; Marco Sassòli, « Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law », in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, 2010, pp. 26 à 27.

## Le danger d'une sur-application des lois de la guerre

En plus de cet engagement proactif dans le développement du droit, Kreß souligne également le risque qui va presque en sens opposé, à savoir ce que l'on pourrait appeler la « sur-application » du droit de la guerre. Cela peut sembler paradoxal, dans la mesure où nous sommes plutôt habitués à des États cherchant à nier l'applicabilité du droit de la guerre, mais, à l'évidence, le contraire est également vrai et l'on peut parfois déceler ici ou là un empressement suspect à se prévaloir de la logique permissive des conflits armés. C'est peut-être la tendance naturelle de n'importe quelle branche du droit de chercher à s'appliquer à un spectre de situations de plus en plus large, avec de bonnes intentions et par crainte du vide juridique. Ce peut même être particulièrement le cas lorsque cette branche du droit se conçoit comme auréolée des plus hautes vertus humanitaires. *A fortiori*, si cette expansion est soutenue par des agendas institutionnels organisés et puissants, cette tendance peut être inéluctable.

Cependant, comme le remarque Kreß dans l'un des passages les plus perspicaces de son article, il y a également un risque d'écarter d'autres branches du droit là où elles devraient rester applicables ou continuer d'être prises en compte en toile de fond. En particulier, une application complète du régime de la conduite des hostilités dans les CANI pourrait écarter objectivement l'application ordinaire des droits humains. Dans les CAI, cet éloignement des attentes ordinaires en termes de droits fondamentaux (à la vie, à l'intégrité physique) est peut-être ressenti avec moins d'intensité en raison du caractère hautement dérogoire du régime international applicable en la matière. Les hypothèses fondamentales sur la guerre ayant court en matière de conflits armés internationaux ont de longue date orienté les attentes humanitaires dans une direction très modeste. Le problème est que la notion de protection est relative : ce qui est le plus humanitaire (au sens du droit de la guerre) n'est pas nécessairement ce qui est le plus protecteur. Le régime des CAI peut être plus protecteur, d'une part, qu'un régime de *kriegsraison* qui ignorerait toute modération et, d'autre part que le régime des CANI. En revanche, pour ne prendre qu'un exemple, il n'est certainement pas aussi protecteur que les normes des droits humains ordinairement applicables. La question de savoir ce qui va effectivement être transposé devrait donc être au centre de toute tentative d'importer un régime juridique conçu à l'origine pour régir des types de situations très différents.

À cet égard, je souhaiterais ajouter un autre argument pour souligner que je suis profondément en accord avec Kreß sur cette question. L'humanitarisme inhérent aux violences non internationales est issu de prémisses fondamentalement différentes de celles qui fondent l'humanitarisme inhérent à la violence interétatique. Pour cette dernière, le point de départ, illustré d'une manière peut-être un peu stéréotypée par le mythe fondateur de Solférino, est une situation dans laquelle aucune règle ne prévaut dans l'usage de la violence. L'humanitarisme, par conséquent, est présenté comme une immense victoire sur la barbarie. Au niveau interne, cependant, la situation est presque entièrement inversée. En effet, le point de départ est idéalement caractérisé par le respect des droits humains. Ainsi, l'humanitarisme n'intervient pas dans un vide, mais tendrait plutôt à se substituer à un réseau solide et préexistant d'obligations, de devoirs et de normes. Il abaisse significativement nos attentes ordinaires en

termes de justice. Il est crucial de comprendre cette distinction entre les contextes normatifs des CAI et des CANI. Par conséquent, la préoccupation humanitaire, quoique bien intentionnée, est l'une de celles envers lesquelles les défenseurs des droits humains se montrent les plus réticents par principe<sup>66</sup>. En pratique, par conséquent, si nous devrions avec raison nous montrer méfiants à l'égard des États qui refusent de reconnaître l'existence de conflits armés sur leur territoire, nous pouvons également avoir des raisons de trouver problématiques les États un peu trop prompts à y identifier de tels conflits.

À ce stade, il serait bien sûr toujours possible de soutenir que l'applicabilité du droit de la guerre est préférable à l'absence de toute règle, et qu'elle pourrait introduire un minimum de contraintes dans une situation pouvant rapidement devenir hors de contrôle. Il s'agit peut-être là du prix à payer, pour des raisons pragmatiques (une question que j'aborderai à la fin de cet article). Une période de « conflit armé » n'est peut-être pas celle où il faut être pointilleux à propos des droits et au contraire une situation où l'on devrait chercher à sauver ce qui peut l'être encore dans des circonstances morales profondément compromises. Il s'agit là de la caractéristique, et même, pour ainsi dire, de la pensée fondatrice de l'idée humanitaire dans les CAI comme dans les CANI : l'humanitarisme est préférable à la violence débridée, si la violence est inévitable. Mais nous devrions également garder à l'esprit que même un droit de la guerre « humanisé » serait une maigre consolation par rapport à un respect fondamental des droits fondamentaux. L'irruption du droit de la guerre dans un contexte national interfère avec une relation construite autour d'hypothèses radicalement différentes. Il écarte les idéaux, âprement défendus, liés notamment au caractère sacré de la vie humaine. Nous devrions au moins reconnaître l'humanitarisme pour ce qu'il est, à savoir une sorte de reconnaissance face à l'inévitable, et notamment face à la légitimité de la guerre en tant que pratique institutionnelle dans la société internationale<sup>67</sup>. La véritable question normative est de savoir si nous sommes prêts à sauter le pas avec autant d'assurance pour les CANI que pour les CAI. Le professeur Kreß a certes le mérite d'avoir soulevé cette question.

### La nécessité d'un *jus contra bellum* national

Enfin, au-delà d'un régime humanitaire amplifié, l'une des idées les plus insolites suggérée par Kreß est celle selon laquelle une forme de *jus contra bellum* non international devrait être développée. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une suggestion radicale et saisissante, qui est certainement très sensible pour les États

66 En pratique, les juristes en droit international des droits de l'homme ont eu tendance à renoncer pragmatiquement aux principes fondamentaux des droits de l'homme pour soutenir l'idée selon laquelle le droit de la guerre était la *lex specialis*, réinscrivant ainsi avec force la violence du système interétatique dans les droits de l'homme. Cela ne signifie pas que cette concession fondamentale ne crée pas parfois un certain malaise. Voir en particulier William Schabas, « Freedom from Fear and the Human Right to Peace », in David Keane et Yvonne McDermott (dir.), *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 36 à 51.

67 Frédéric Mégret, « *Who's In and Who's Out?* À propos de la protection internationale du monopole de l'exercice de la violence légitime et quelques autres attributs des monstres froids », *Revue Québécoise de Droit International*, 2011.

qui considèrent traditionnellement que la répression des contestations violentes de leur pouvoir (moyens de combat mis à part, et encore, puisqu'ils n'acceptent qu'à contrecœur les limitations quant aux moyens) relève intégralement, en principe, de leurs prérogatives souveraines. La raison en est que tout *jus contra bellum* dissimule une revendication implicite de *jus ad bellum*, qui pourrait certes opérer au bénéfice d'un État (disons, dans la recherche de son maintien légitime), mais également au bénéfice de groupes armés non étatiques. Je vais reprendre très brièvement trois types d'arguments développés par Kreß en faveur d'une internationalisation de la question de la licéité du recours interne à la force.

Tout d'abord, les CANI représentent aujourd'hui l'immense majorité des conflits armés et ils ont des conséquences transnationales et internationales importantes (déstabilisation régionale, flux de réfugiés, escalade vers un conflit interétatique). En d'autres termes, les acteurs souverains et non étatiques peuvent difficilement prétendre être capables de contenir les violences à l'intérieur de leurs frontières, et la communauté internationale est dans son droit lorsqu'elle cherche à examiner minutieusement les conditions dans lesquelles la violence survient. Un tel argument a déjà été invoqué, avec un certain succès, dans le contexte de la construction d'un régime humanitaire pour les CANI. Ensuite, dans la mesure où le droit international est devenu de plus en plus dense et hiérarchisé au niveau normatif, on ne peut attendre que la protection de la souveraineté au travers de la répression d'une violence non étatique soit toujours benoîtement acceptée. Il existe *a minima* des cas extrêmes, par exemple celui d'une campagne génocidaire en cours, pour lesquels il est inconcevable que le droit international se range du côté de l'opresseur souverain, en niant aux potentielles victimes le droit de se protéger<sup>68</sup>. Troisièmement, il existe en réalité une longue tradition de pratiques et de théories du droit international qui ont mis au premier plan l'existence de pratiques légitimes de la violence dans la lutte contre la tyrannie, l'oppression radicale et la criminalité d'État. Cette tradition a refait plus fortement surface ces dernières décennies, dans le cadre d'un discours des droits humains de plus en plus influent. En d'autres termes, le droit international ne part pas de rien sur cette question et on peut, à bon droit, voir un débat sur la création d'un *jus ad bellum* national comme une forme de continuation de débats qui existent depuis longtemps, plutôt qu'une proposition soudaine et inopportune<sup>69</sup>.

En concluant cette première partie, je voudrais souligner qu'il n'est pas facile d'identifier, parmi les trois préoccupations de Kreß exposées plus haut, laquelle est la plus importante à ses yeux. L'article de Kreß s'ouvre sur une évocation emphatique de l'objectif humanitaire et, après tout, est publié dans le cadre d'un numéro spécial de la *Revue Internationale de la Croix-Rouge* sur le champ d'application du droit dans les conflits armés. L'ombre de Cassese plane sur l'ensemble de l'article et l'oriente vers la dimension humanitaire des CANI. Toutefois, vers la fin, l'article s'intéresse bien plus à la question du *jus contra bellum*, presque comme si un geste aussi audacieux

68 Frédéric Mégret, « Not "Lambs to the Slaughter": A Program for Resistance to Genocidal Law », in René Provost et Payam Akhavan (dir.), *Confronting Genocide*, New York, Springer, 2011, pp. 195 à 237.

69 Frédéric Mégret, « Le droit international peut-il être un droit de résistance ? Dix conditions pour un renouveau de l'ambition normative internationale », in *Études Internationales*, vol. 39, n° 1, 2008, pp. 39 à 62.



que l'attribution d'un PB devait être compensé par quelque chose à même de rassurer les États. Ces deux préoccupations peuvent cependant être en contradiction et font craindre la possibilité d'une sur-application du droit de la guerre. C'est la raison pour laquelle la question du lien entre ces deux préoccupations doit être étudiée plus avant.

### **Le point de désaccord : le caractère problématique de l'attribution d'un privilège de belligérance dans un conflit armé non international**

C'est avec ceci à l'esprit, et après avoir souligné à quel point je suis en accord avec le diagnostic fondamental, que la manière dont le professeur Kreß rejoint le chœur de ceux qui défendent l'idée selon laquelle un PB devrait être accordé aux combattants dans les CANI<sup>70</sup> n'est à mon avis pas entièrement convaincante sous sa forme actuelle. Pour être clair, mon souci ici n'est pas de savoir s'il s'agit là d'une proposition politiquement réaliste ou juridiquement fondée, mais bien plutôt de savoir si elle est sentée d'un point de vue éthique et normatif. Puisque, après tout, nous parlons *de lege lata*, nous devrions être d'autant plus libres d'invoquer toutes les considérations normatives pertinentes. En particulier, il existe des tiraillements entre, d'une part, l'objectif d'humaniser la guerre et, d'autre part, le projet d'attribuer simultanément un PB et de renforcer le *jus contra bellum*. En réalité, je soutiendrai que la principale proposition politique de l'article de Kreß ne découle pas de ses prémisses : accorder un PB n'aurait pas un grand impact sur l'amélioration de la situation humanitaire problématique des CANI. Je suis en désaccord, notamment, avec l'affirmation selon laquelle le grand mouvement de convergence entre les CAI et les CANI serait utilement parachevé en remédiant au fait que le PB existe dans le premier et pas dans le second. En fait, la reconnaissance du PB risquerait d'imposer au niveau national certains des traits les plus exorbitants et les plus préoccupants du droit de la guerre, notamment en rendant ce qui est d'ordinaire moralement odieux et criminel (à savoir le meurtre), parfaitement licite. Ce faisant, l'octroi du PB dans le cadre des CANI est porteur d'un risque d'importation excessive de certaines spécificités des CAI dans les CANI, que Kreß dénonce à juste titre.

La volonté d'humaniser les CANI peut conduire à sous-estimer les importantes différences normatives existant entre les CAI et les CANI. Je pense par conséquent qu'il est nécessaire de mieux caractériser le statut juridique du PB et de comprendre comment il risque de se déployer différemment dans les CANI par opposition aux CAI. Son existence ou son absence, selon les situations, constitue l'une des différences les plus saillantes entre ces deux régimes. Quand tout le reste semble être une question de différence de degré (il y a plutôt davantage de garanties humanitaires dans les CAI que dans les CANI), il s'agit là d'une différence de *nature* qui garantit une protection juridique unique aux combattants des États dans un CAI et qui est étonnamment absente dans les CANI.

70 Ceux qui soutiennent cette idée sont clairement minoritaires, mais ont produit une littérature impressionnante à l'appui de leur proposition. Voir Emily Crawford, *op. cit.* note 36, pp. 153 à 169.

L'explication typique de cette distinction est que les CANI se déroulant sur des territoires nationaux, les États se sentent naturellement davantage concernés par ce qu'il se passe sur leur territoire souverain et ne veulent donc pas prendre le risque de légitimer des groupes armés non étatiques, même indirectement. Toutefois, j'aimerais soutenir qu'il existe des raisons normatives profondes pour se méfier de l'attribution du PB dans les CANI, qui n'ont que peu à voir avec le cynisme d'État. La question devrait ainsi plutôt être : quelle est précisément la nature juridique et morale du PB et qu'apporterait son introduction dans les CANI ? Le PB est souvent considéré comme un élément essentiel, inséparable et constitutif du régime des CAI et, par conséquent, comme une partie intégrante de sa prétention à offrir une meilleure protection humanitaire. Je soutiendrai au contraire que le PB n'a relativement que peu à voir avec l'esprit humanitaire, qu'il n'a pas de lien logique avec une protection humanitaire accrue (au moins sous la forme sous laquelle il est traditionnellement reconnu) et, enfin, qu'il est à tout le moins détachable de tout régime humanitaire. De plus, si prenons au sérieux l'application du PB dans les CANI, nous devons également envisager la manière dont il doit s'appliquer aux *forces armées étatiques*<sup>71</sup>.

## Le privilège de la belligérance n'est pas en soi un progrès humanitaire

Une certaine confusion résulte du fait que le PB découle en grande partie des instruments du droit de la guerre, instruments largement perçus comme humanitaires<sup>72</sup>. Cependant, il existe des raisons pratiques et politiques à cet état de fait qui ne conduisent pas nécessairement à en déduire qu'il s'agit d'une question *intrinsèquement humanitaire*. En réalité, la présence du PB dans les instruments du droit humanitaire semble être en grande partie accidentelle. Même si le PB peut constituer une condition politique de la faisabilité de l'objectif humanitaire, cela n'en fait pas *en soi* une disposition humanitaire. Le PB appartient plutôt à une sorte de *proto jus ad bellum*, situé quelque part dans une zone grise entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*, qui identifie qui, *a priori*, devrait être considéré comme un combattant privilégié aux fins du droit de la guerre et, par conséquent, qui peut être considéré comme un participant (relativement) légitime à la forme particulière de violence internationalement reconnue comme étant une « guerre »<sup>73</sup>. Son étatisme (les troupes étatiques en bénéficient presque toujours, tandis que les groupes armés non étatiques ne peuvent y accéder que sous des conditions très strictes) est loin d'être accidentel ;

71 Cela peut sembler une question controversée, dans la mesure où *a priori* seuls les États ont la capacité de les poursuivre et qu'ils ne le feront certainement pas, mais 1) il est concevable que les groupes armés non étatiques voudraient poursuivre des agents de l'État pour leur participation à une campagne contre-insurrectionnelle, ou 2) qu'un nouveau gouvernement ou 3) une quelconque émanation de la communauté internationale, souhaiteraient le faire.

72 Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907 187 CTS 227, 1 Bevans 631 (entrée en vigueur le 26 janvier 1910), art. 1 (Annexe) ; CG III, art. 4 ; PA I, art. 43.

73 Frédéric Mégret, « *Jus In Bello as Jus Ad Bellum* », in *American Society of International Law Proceedings*, vol. 100, pp. 121 à 123.

il traduit avant tout la claire reconnaissance que les souverains sont les participants historiquement privilégiés dans les conflits armés<sup>74</sup>.

Examinons tout d'abord la signification juridique du PB en lui-même et pour lui-même (et non dans un sens plus large, instrumental). Le PB fonctionne dans les faits comme une immunité contre les poursuites, voire comme une permission, pour des actes qui, sinon, seraient considérés comme criminels (tuer et blesser d'autres êtres humains). Il devrait donc a minima être clair que le PB n'est pas *per se* une forme de protection humanitaire, à part au sens déformé selon lequel il protège les combattants qui tuent d'autres combattants<sup>75</sup>. Il est favorable à l'acte de guerre lui-même et tend dans l'exacte direction opposée de l'humanitarisme puisqu'il facilite la violence. Il fait peut être partie d'un compromis réaliste plus large qui rend l'idée humanitaire davantage acceptable pour les États (en disant : « nous reconnaissons votre privilège unique de tuer des combattants pour vous encourager à ne pas tuer de non combattants »), mais cela ne revient pas à dire que le PB est en soi humanitaire.

En fait, l'on pourrait même soutenir que le meurtre relativement gratuit des combattants reste l'irréductible angle mort non humanitaire de l'humanitarisme, la définition même de la guerre dans ce qu'elle a de plus cru que le droit de la guerre n'a jamais osé remettre en question. Il est vrai que le statut de prisonnier de guerre, qui est la conséquence logique, en cas de capture, découlant du PB, est humanitaire au moins en ce sens qu'il propose que les blessés ou ceux qui se sont rendus ne soient pas simplement tués (ce qui pourrait autrement faire sens dans une guerre). Toutefois, cette protection humanitaire limitée pourrait toujours être obtenue sans l'octroi d'un PB. En effet, les combattants blessés ou hors de combat pourraient avoir droit à une certaine forme de sécurité au cours de leur détention du fait de leur caractère désormais non-menaçant, tout en demeurant passibles de sanctions pour avoir tué d'autres combattants<sup>76</sup>. Dans tous les cas, l'idée selon laquelle des combattants peuvent se tuer mutuellement de manière licite est une exception aberrante à une notion présente dans la plupart des systèmes juridiques, aux termes de laquelle nul ne peut consentir à sa propre mort lorsqu'il est aux mains d'autrui. Plutôt que *limiter* la guerre, le PB rend donc possible la pratique même de la guerre, comprise comme une activité légalisée, possible.

74 À ce propos, un grand nombre des arguments concernant la « guerre juste » pour le PB dans les CAI ont en réalité moins à voir avec le *jus in bello* qu'avec un souci de justice à l'égard des soldats à qui l'on a demandé de se sacrifier pour leur État et de respecter la volonté collective nationale, ainsi qu'avec le consentement mutuel à tuer et être tué entre les membres des forces étatiques. En d'autres termes, ces arguments sont profondément imbriqués dans la construction normative du statut d'État et de ses exigences particulières.

75 La résistance d'un grand nombre de juristes spécialisés en DIH à l'idée qu'une participation « non privilégiée » aux hostilités constitue un crime de guerre mais est mieux traitée si on la considère seulement comme une violation du droit national, suggère que le PB n'est effectivement pas si central au projet humanitaire. Sur ce sujet, voir Nathaniel Berman, « Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War », in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, n° 1, 2004, pp. 1 à 71.

76 Michael H. Hoffman, « Terrorists Are Unlawful Belligerents, Not Unlawful Combatants: A Distinction with Implications for the Future of International Humanitarian Law », in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 34, 2002, p. 227 ; Derek Jinks, « The Declining Significance of POW Status », in *Harvard Journal of International Law*, vol. 45, n° 2, 2004, pp. 367 à 442 ; Emily Crawford, *op. cit.* note 36, chapitres 3 et 4.

## Le privilège de la belligérance est problématique du point de vue des droits humains

Outre le fait qu'il ne soit pas intrinsèquement humanitaire, on peut à bon droit soutenir que le PB est l'une des meilleures manières pour que la promesse normale des droits humains soit abandonnée sous la bannière de l'humanitarisme. Au niveau international, ceci est peut-être moins évident en raison du défaut d'obligations juridiques extraterritoriales des États et de la nature largement dérogoire au droit positif du droit de la guerre, en tant que *lex specialis*<sup>77</sup>. Le PB est devenu une composante tellement importante du droit de la guerre que les juristes ne remettent pas en question la licéité du meurtre des combattants, c'est certainement le minimum incompressible dont dépend l'existence même du droit de la guerre. Toujours est-il que du point de vue d'un droit qui serait façonné par une pensée morale et cosmopolite (au-delà même du droit international des droits humains positif), le PB continue de signifier qu'un individu peut tuer ou être tué dans le cadre de la seule existence d'un état de fait objectif entre des entités souveraines – un « conflit armé » – au détriment du respect de ses droits. Plus particulièrement : i) les combattants ennemis participant à une guerre de légitime défense peuvent être tués de manière licite, ce qui constitue une entorse à leur droit à la vie, bien difficile à justifier<sup>78</sup> ; et ii) les combattants ayant reçu l'ordre de s'engager dans une guerre d'agression peuvent être sacrifiés par leur propre État, pour une finalité illicite, encore en violation de leur droit à la vie<sup>79</sup>.

Dans les contextes nationaux, cet abaissement de l'engagement au regard des droits humains par l'attribution d'un PB serait encore plus manifeste car, comme nous l'avons souligné plus haut, le point de départ réside dans l'applicabilité des droits humains internationalement protégés. Cette rétrogradation se manifeste par un discrédit simultané du cadre juridique existant en droit interne, particulièrement en droit pénal, et au regard des droits fondamentaux. Au niveau du droit national (dont les protections sont indispensables aux droits humains), le PB ébranle l'idée selon laquelle tuer ou blesser quelqu'un d'autre sans autorité légitime ou légale ou

77 C'est un aspect de la question qui n'a fait que récemment l'objet de critiques, et encore, de la part d'un très petit nombre de juristes internationaux. William A. Schabas, « *Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus Ad Bellum* », in *Israel Law Review*, vol. 40, n° 2, 2007, pp. 592 à 613.

78 En principe, une dérogation au droit à la vie dans le droit international des droits de l'homme doit être justifiée par des raisons extrêmement précises (légitime défense, arrestation). Même si le droit de la guerre en tant que *lex specialis* déroge traditionnellement au droit international des droits de l'homme quand il est question de guerre, l'on peut à bon droit soutenir que tuer dans une guerre d'agression est bien difficile à justifier.

79 Dans la théorie de la guerre juste, on fait parfois référence à ce sujet en parlant de « *jus in bello* interne », à savoir l'extension des obligations qu'à un État à l'égard de ses propres soldats. Il existe un argument selon lequel cette idée morale devrait être traduite en des obligations juridiques de droit international des droits de l'homme. Frédéric Mégret, « The Specific Evil of Aggression », in Claus Kreß et Stefan Barriga (dir.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, 2015, à paraître en 2017. Les recherches actuelles sur « les droits de l'homme des soldats » sont dans la même veine. Solon Solomon, « Targeted Killings and the Soldiers' Right to Life », in *International Law Students Association Journal of International & Comparative Law*, vol. 14, n° 1, 2007, pp. 99 à 120 ; Gabriella Blum, « The Dispensable Lives of Soldiers », in *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n° 1, mars 2010, pp. 115 à 170.

sans permission (c'est-à-dire en situation de légitime défense individuelle) est sans détour un acte criminel (outre le fait d'être en contradiction avec le monopole de de la violence légitime de l'État). Il affaiblit ainsi dramatiquement les droits de ceux qui sont ciblés dans un conflit armé, alors qu'ils s'attendent à ce que leur droit à la vie soit, dans l'ensemble, respecté, mais les circonstances les plus exceptionnelles peuvent désormais conduire à une situation dans laquelle ils peuvent être tués de manière licite.

Là où tuer des agents de l'État exerçant leur autorité dans le respect de la loi est normalement considéré comme l'un des crimes les plus graves, ceux-ci se retrouveraient soudain sans défense juridique face à des attaques. Cette dérogation aux lois nationales les plus sacrées constituerait donc une bénédiction pour les rebelles, normalisant d'un coup le « complètement illégal » en un simple acte de guerre licite. Plus important peut-être, à l'égard du droit des droits humains, la normalisation du PB en CANI fait disparaître des obligations qui s'appliquent normalement aux agents *étatiques*. Dans des cas où les forces de l'État devraient normalement être tenues pour responsables de violations des droits humains pour avoir tué des individus (à l'exception de circonstances très précises, comme dans le cadre d'une arrestation, du maintien de l'ordre ou en état de légitime défense), elles pourraient maintenant se prévaloir de la considérable violence implicite du droit de la guerre pour tuer ceux qui seraient désormais considérés comme des combattants. Accorder un PB à des troupes étatiques dans un CANI est un formidable permis de tuer.

### Le privilège de la belligérance est problématique en termes de *jus contra bellum*

Kreß distingue la question de l'attribution d'un PB dans les CANI de celle du développement d'un *jus contra bellum* national et les présente comme des questions irréductibles. Le renforcement du *jus contra bellum* national est offert comme une sorte de *quid pro quo* pour avoir introduit le PB dans les CANI. Ce que cette proposition semble toutefois simultanément reconnaître et négliger, c'est le rôle objectif considérable que le PB jouerait dans la légitimation du recours à la force en premier lieu. C'est un peu comme si la proposition de *jus in bello* de Kreß avait simultanément et discrètement diminué son engagement en faveur d'un *jus contra bellum*. En d'autres termes, on ne peut s'empêcher d'avoir l'impression que la proposition d'accorder un PB aux acteurs impliqués dans des CANI supprime l'une des plus fortes motivations à ne pas recourir, y compris de manière illicite, à la force armée sur le territoire national en premier lieu. Bien que la crainte d'attribuer le PB aux groupes armés non étatiques soit celle que Kreß attribue aux États traditionnels, il est également crucial de noter que l'objectif de décourager une rébellion illégale, ou d'ailleurs, une guerre illégale d'un État contre sa propre population, constitue une préoccupation propre des droits humains<sup>80</sup>.

80 Kjell Anderson, « The Universality of War: "Jus Ad Bellum" and the Right to Peace in Non-International Armed Conflict », in David Keane et Yvonne McDermott (dir), *op. cit.* note 66, pp. 52 à 73.

Je m'intéresserai dans la prochaine section aux manières dont le PB est néanmoins souvent compris comme faisant partie d'un ensemble de compromis plus général qui caractérise le droit de la guerre, si bien que même ses aspects les moins reluisants sont considérés comme justifiables par une finalité humanitaire. Pour l'instant, soulignons que le PB dans les CAI ne protège pas seulement les soldats engagés dans la guerre en général, mais également les soldats impliqués spécifiquement dans des guerres illégales contre les conséquences d'une telle participation. Le fait qu'il s'agisse du coût inévitable de la guerre internationale ne nous dispense pas de souligner ce qu'il signifie réellement, particulièrement lorsqu'il s'agit de l'étendre à d'autres types de guerre très différents. Le PB reconnaît effectivement la possibilité de tuer des combattants, même pour des individus qui, par exemple, sauraient pertinemment qu'ils sont engagés dans des actions illégales, voire criminelles. Il écarte donc ce qui aurait autrement sans doute été l'un des plus solides garde-fous contre l'agression, à savoir l'idée que l'on aurait à répondre de toute tuerie commise dans le cadre d'une guerre illégale.

Bien sûr, ce résultat est puissamment renforcé par le fait que le droit international pénal de l'agression a lui-même concédé que seuls les chefs militaires pouvaient être tenus responsables de leurs crimes<sup>81</sup>. Les officiers moins gradés et les soldats (donc, en pratique, la très vaste majorité des militaires) qui exécutent les ordres de mener une guerre d'agression sont pénalement hors d'atteinte du *jus ad bellum*. Il est par conséquent d'autant plus logique que leur soit accordée la protection qu'offre le *jus in bello* (il serait paradoxal qu'ils soient épargnés par le *jus ad bellum*, mais pas par le *jus in bello*). Il n'est par conséquent peut-être pas surprenant que les soldats ne se sentent pas particulièrement obligés de remettre en question les violations du *jus ad bellum* auxquelles on leur a ordonné de prendre part, étant donné la manière avec laquelle le *jus ad bellum* et le *jus in bello* s'entremêlent pour faire d'eux des acteurs largement irresponsables. Cependant, même en tenant compte de cette limitation spécifique, le PB s'applique aussi aux chefs militaires situés tout en haut de la chaîne de commandement qui peuvent être tenus responsables d'un crime d'agression, mais qui ne seront pas pour autant, en DIH, tenus pour responsable du meurtre de combattants, même quand ils savaient dès le départ qu'ils ne disposaient d'aucun droit *ad bellum* de tuer. L'idée ici n'est pas de critiquer cet aspect de la réglementation des CAI, souvent considéré comme inattaquable même par la grande majorité des théoriciens de la morale écrivant à ce sujet<sup>82</sup> (je reviendrai rapidement sur cette question dans la conclusion). Il s'agit plutôt d'alerter sur le caractère tout à fait exorbitant ce qu'il est exactement proposé d'importer dans les CANI.

En effet, il n'existe aucune raison de penser que ces préoccupations considérables que soulève le PB disparaîtront d'elles-mêmes dans les CANI ; bien au contraire. L'insertion d'un PB dans les CANI importerait précisément en leur sein l'une des caractéristiques les plus problématiques du système réglementant les

81 Kevin Jon Heller, « Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression », in *European Journal of International Law*, vol. 18, n° 3, juin 2007, pp. 477 à 497.

82 Michael Walzer, *Guerres justes et injustes : Argumentation morale avec exemples historiques*, traduction de Simone Chambon et Anne Wicke, Paris, Gallimard, collection « Folio Essais », 2006 (1999) ; Jeff McMahan, *Killing in War*, *op. cit.* note 56.

CAI. Même si le PB ne préjugera vraisemblablement pas de la licéité *ad bellum* des actes des rebelles, il leur fournira au moins une protection juridique importante, indépendamment de toute licéité de l'acte de rébellion. Que leur cause soit injuste ou juste, légale ou illégale, les rebelles seront, quoi qu'il en soit, reconnus comme étant des acteurs relativement légitimes aux fins de l'engagement dans la guerre. Ne risquant plus d'être poursuivis pour le simple fait d'attaquer les troupes étatiques, ils en deviendraient beaucoup plus puissants et un très grand pas aurait ainsi été effectué vers une protection, au moins partielle, des rébellions injustes ou illégales. Pour l'État, une telle reconnaissance automatique et officielle du PB à des rebelles pourrait représenter le type de danger contre lequel Krefß cherche à nous protéger, celui d'une sur-application du droit de la guerre : celle-ci priverait l'État de sa capacité pleine et entière à maintenir l'ordre public et à décourager la reddition, au nom de la priorité absolue de l'objectif humanitaire. Cela signifierait aussi que les groupes armés non étatiques auraient un intérêt objectif à élever leur campagne au niveau d'un conflit armé afin de bénéficier du PB et, par conséquent, de blanchir leurs comportements individuels. Inutile de dire qu'il s'agit là d'un résultat moralement et juridiquement paradoxal.

Il convient ici de prêter attention à une spécificité des CANI en matière d'*ad bellum*, qui nous met en garde contre toute introduction générale du PB. L'un des arguments classiques pour nier le fait que des soldats puissent s'engager dans une guerre d'agression (et donc bénéficier normalement du PB dans un CAI) est qu'il peut être difficile pour eux de savoir si la guerre pour laquelle on leur a ordonné de combattre est effectivement une agression. Quelle que soit la valeur de cet argument dans les CAI, il est nécessaire de souligner qu'il s'avère particulièrement peu convaincant dans le contexte d'un CANI. L'argument selon lequel les rebelles « ne pouvaient pas savoir » si l'attaque contre l'État était licite ou non, est clairement moins probant que dans sa variante internationale : les individus rebelles ne sont pas membres de structures militaires stables et institutionnalisées dans l'attente d'ordres et ils pourraient par conséquent d'autant moins être pardonnés pour avoir suivi les choix de leurs chefs. Traditionnellement, il s'agit plutôt de participants dévoués à une cause dans des conflits armés qu'ils ont choisie et il devrait leur être moins aisé de clamer leur innocence en arguant d'une quelconque contrainte « quasi-étatique ».

De plus, la confirmation internationale de l'attribution d'un PB aux troupes *étatiques* dans les CANI, indépendamment de la licéité de leur campagne, blanchirait des comportements qui pourraient bien s'avérer extrêmement problématiques du point de vue du *jus contra bellum* ou même des droits humains. Imaginons par exemple qu'un État combatte un acteur non étatique qui est l'émanation d'une frange de la population civile essayant de se protéger d'un génocide : serait-il sensé, juridiquement ou moralement, de considérer que le PB s'applique à des troupes étatiques contribuant effectivement à un projet d'annihilation d'un peuple ? La piste que nous indique Krefß pour un régime plus humanitaire dans les CANI, pourrait bien, par conséquent, déboucher sur un régime beaucoup moins humanitaire vis-à-vis de formes de répression fondamentalement injustes. Les agresseurs non étatiques seraient, la plupart du temps, traités exactement de la même façon que les acteurs non étatiques en situation de légitime défense. Le PB (du moins sous la forme dominante



sous laquelle il est conceptualisé) est un grand égaliseur humanitaire, précisément là où le *jus contra bellum* cherche à tracer de nettes lignes de partage.

### **La question de la motivation : le privilège de belligérance peut-il néanmoins orienter les parties vers un meilleur respect du droit international humanitaire ?**

Les coûts bruts du PB ont donc été mis en lumière au regard de deux branches du droit, les droits humains et le *jus contra bellum*, qu'il convient de considérer au-delà du seul *jus in bello*. Peut-être s'agit-il simplement là, comme on le soutient généralement pour les CAI, du prix à payer pour une meilleure réglementation humanitaire des conflits armés. Après tout, l'humanitarisme consiste à réviser nos attentes à la baisse et à opérer des compromis tragiques. Il souligne la spécificité de la guerre en tant qu'univers moral et nous enjoint de faire le choix de mettre au premier plan la protection de certaines catégories de personnes menacées par la violence, plutôt qu'à consacrer toutes nos énergies aux buts plus ambitieux, mais insaisissables, d'empêcher une fois pour toutes la guerre ou de protéger les droits de tous en tous temps. Pourtant, c'est à la pertinence de ces prétentions par rapport à l'attribution du PB que je m'intéresserai plus en détail dans cette section<sup>83</sup>.

À tout le moins, il s'agit d'être clair sur la manière dont l'octroi d'un PB dans un CANI peut être en tension avec l'objectif de consolider un *jus contra bellum* fragile et presque naissant dans un environnement interne (sans même parler d'une protection plus ambitieuse des droits). De plus, alors que le PB semble, pour le meilleur ou pour le pire, être intimement lié à notre compréhension des CAI et, ainsi, être une réalité avec laquelle nous devons simplement accepter de vivre, ceci ne vaut pas dans les CANI. Un consensus juridique ancien entre États suggère en effet qu'un tel privilège ne doit pas exister en tant que règle dans le cadre interne. Cela ne signifie pas nécessairement que le PB ne doit jamais être accordé dans les CANI, mais que l'octroyer largement et automatiquement entraînera des coûts importants. Étant donné l'importance de ces coûts, les bénéfices devraient être relativement clairs et d'une importance proportionnelle. Autrement, le risque est d'accorder le PB sans obtenir grand-chose en échange.

De plus, il devrait être clair, à la lumière de la partie précédente, que les coûts bruts du PB ne peuvent pas être contrebalancés par un appel automatique à un quelconque bénéfice humanitaire inhérent. La question qui se pose est alors de savoir si le caractère profondément problématique du PB du point de vue des droits humains comme de celui du *jus ad bellum* pourrait néanmoins être secouru si cet octroi aidait à obtenir des bénéfices humanitaires indirects, mais majeurs. Kreß est en réalité très conscient de ce problème et souligne que « l'introduction d'un privilège du combattant pour les combattants non étatiques dans les CANI requiert

83 Il se pourrait aussi que certains juristes spécialisés en DIH ne se soucient pas beaucoup de ce qu'il peut se passer au niveau du *jus ad bellum* et défendent l'objectif humanitaire quel qu'en soit le prix, mais, non seulement l'auteur pense qu'une telle position ne serait ni particulièrement intelligente ni très convaincante, mais il sait bien qu'il ne s'agit absolument pas là de la position de Kreß.

impérativement une approche réaliste quant à la possibilité d'améliorer de manière significative le respect du DIH par les parties non étatiques à un conflit<sup>84</sup> ». En effet, il insiste sur le fait que « [l]e principal argument en faveur de l'introduction d'un privilège du combattant pour les membres des forces d'une partie non étatique à un CANI est de nature humanitaire<sup>85</sup> ». C'est sur cette question centrale qu'il faut désormais se pencher.

### Le privilège de la belligérance dans les conflits armés internationaux n'a jamais été particulièrement pensé comme une motivation pour respecter le droit international humanitaire

On pourrait formuler la raison humanitaire fondamentale de l'existence d'un privilège de la belligérance de la manière suivante : i) nous reconnaissons que le PB n'est pas en soi une caractéristique humanitaire du droit de la guerre, mais ii) son octroi fait partie du « grand marchandage » humanitaire pour lequel seul un type limité d'activités combattantes est défini comme licite (tuer des combattants) en échange de la définition de nombreuses autres activités comme étant illicites (tuer des non-combattants). Cependant, il existe au moins deux manières d'évaluer ce grand marchandage, du moins selon la manière dont il est compris dans les CAI. La première suggère qu'à un niveau très fondamental, les États, en tant que principaux garants des normes du droit international, n'accepteraient pas l'idée même de droit de la guerre s'il n'accordait pas un PB aux combattants étatiques dans les CANI. Pourtant il est tout aussi vrai que les États ne voient aucun problème à ce que les rebelles ne se voient pas octroyer de PB dans les CANI, preuve s'il en fallait que l'octroi d'un PB est moins une condition *sine qua non* du DIH que la manifestation d'une prérogative étatique. Lorsque l'octroi d'un PB dans les CANI est proposé c'est d'ailleurs plutôt en tant que facteur *tactique et pragmatique* du respect du droit de la guerre. Cette idée selon laquelle le PB est une motivation et son absence un obstacle, est très présente dans ce discours et constitue l'une des hypothèses les moins remises en question<sup>86</sup>.

84 Voir Claus Kreß, « Vers un nouveau développement du droit des conflits armés non internationaux : une proposition pour un *jus in bello interno* et pour un nouveau *jus contra bellum internum* », dans le présent numéro de la *Sélection française* de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*.

85 *Ibid.*

86 Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 5, pp. 71, 514, 515, 58 et 548 (toutes pages où il déplore l'absence de motivation des groupes rebelles d'obéir au DIH, absence découlant du fait de ne pas bénéficier du PB). Une hypothèse peut consister à reconnaître les participants non étatiques à un CANI comme des combattants, ce qui facilitera les décisions de ciblage et, ainsi, le respect du principe de distinction. Toutefois, il existe un problème, qu'à mon sens Geoffrey Corn et Chris Jenks ont correctement identifié, à savoir que la reconnaissance du fait que certains groupes constituent des cibles légitimes parce qu'ils participent effectivement aux combats n'implique pas logiquement que cette participation devrait entraîner l'octroi d'un privilège. Geoffrey Corn et Chris Jenks, « Two Sides of the Combatant Coin: Untangling Direct Participation in Hostilities from Belligerent Status in Non-International Armed Conflicts », in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 33, n° 2, 2011, pp. 328 à 330. Sur le même sujet, mais dans le contexte des CAI, voir également Richard V. Meyer, *op. cit.* note 61, (« Dans une guerre asymétrique, l'acteur non étatique, n'ayant pas la possibilité d'obtenir le privilège du combattant, n'a aucune motivation pour se distinguer du reste de la population civile, et ce même quand il s'engage dans les hostilités [Traduction CICR] »).

Je crois toutefois qu'il existe de nombreuses raisons de prendre cette hypothèse avec de salutaires pincettes. Puisque le Professeur Kreß a été assez aimable pour rappeler mes premières tentatives pour prendre cette question à bras-le-corps<sup>87</sup>, il s'agit peut-être d'une opportunité d'examiner plus avant les hypothèses humanitaires sur les effets prétendument bénéfiques du PB. En effet, il y a tout lieu de croire que ces hypothèses, qui doivent le plus souvent beaucoup à un certain modèle des conflits internationaux, sont fragiles dans les CAI et s'avèreraient l'être tout autant sinon plus dans les CANI. La croyance selon laquelle le PB a fait, en soi, historiquement partie du processus d'humanisation des CAI me paraît erronée. Il n'y a aucun signe dans les négociations des Conventions de Genève, notamment, de ce que le PB devait être octroyé comme une motivation donnée aux troupes pour se conformer au droit de la guerre. En d'autres termes, il est faux d'affirmer que les États parties aux négociations de Genève étaient, à l'origine, réticents à la reconnaissance d'un privilège du combattant accordé à ceux qui étaient impliqués dans un conflit armé, mais qu'ils auraient été influencés à l'accorder pour des raisons humanitaires. Ils firent plutôt du privilège du combattant un point de départ fondateur, incontestable et axiomatique du droit de la guerre, pour des raisons qui étaient elles-mêmes antérieures et distinctes de l'idée humanitaire. Ce n'est probablement que plus tard, quand il est devenu un élément clé du régime des CAI, que le PB a été assimilé à un élément central de la promesse humanitaire des Conventions de Genève. Étant devenu central à la constitution du DIH, on en vint à penser que le PB était lui-même d'inspiration humanitaire, et non pas une simple forme d'incitation aux États à en accepter le principe.

Le problème est que, si la reconnaissance d'un PB avait véritablement été accordée en tant que moyen d'humaniser la guerre, *il n'aurait dû l'être que de manière conditionnelle*. Dans la mesure où il a été accordé « gratuitement » aux forces étatiques, il est difficile d'accepter qu'il soit véritablement une motivation, par opposition à un privilège qui découlerait de la simple identité de certains acteurs (c'est-à-dire les États) dans la guerre. Si un privilège est accordé *ab initio* en se fondant sur le statut (souverain) et qu'il ne peut être perdu même en cas d'abus (et c'est certainement le cas pour les acteurs étatiques, qui le conservent toujours, quel que soit le nombre de civils qu'ils massacrent), il est difficile de soutenir que cet octroi fait partie d'un effort visant à faire tout ce qui est possible pour empêcher les acteurs de mal agir. En d'autres termes, s'il existait vraiment un lien fort entre le privilège du combattant et les obligations humanitaires, alors il est évident que l'on ne devrait pas pouvoir bénéficier des avantages du premier sans respecter les contraintes des dernières, à la manière d'un *quid pro quo*. Et inversement, un *quid pro quo* signifierait que le PB pourrait être retiré à ceux ayant commis des infractions graves. Au lieu d'être une incitation à se conformer au droit de la guerre, l'octroi automatique du PB pourrait, à cet égard, ne pas être motivant, ou, à tout le moins, ne serait pas aussi incitatif que cela est parfois suggéré.

Au cours des négociations du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, une proposition visant à octroyer un PB aux groupes armés non étatiques a été formulée. Bien qu'une telle proposition avait probablement un vague fondement humanitaire (mais elle pouvait également être liée à la nécessité de parvenir à la

87 Frédéric Mégret, « Should Rebels Be Amnestied », *op. cit.* note 49, pp. 519 à 541.

paix dans les CANI, à l'instar des amnisties), les arguments qui lui furent opposés ne prirent pas en compte sa raison d'être humanitaire au sérieux. À aucun moment, alors ou depuis, ceci n'a été identifié comme une caractéristique particulièrement problématique du Protocole additionnel II, ni comme une remise en cause de sa capacité à être à la hauteur de son enjeu humanitaire. Au contraire, le caractère automatique de l'octroi du PB aux troupes étatiques et son exclusion dès qu'il s'agit de groupes armés non étatiques sont bien compris comme reflétant un biais bien plus conventionnel en faveur du monopole étatique de la violence légitime.

La thèse selon laquelle le privilège de la belligérance est la clé d'un meilleur respect du droit international humanitaire est moins claire qu'elle n'y paraît

Même s'il n'a pas été spécifiquement conçu comme une incitation au respect du DIH, le PB pourrait avoir de manière plus ou moins fortuite cet effet. La sagesse générale, par exemple, semble suggérer que l'absence d'octroi du PB fournit aux parties à un conflit armé un prétexte pour ne pas respecter le droit de la guerre. La manière dont l'absence d'un PB peut démotiver les belligérants n'est pourtant jamais clairement explicitée dans la doctrine. Avant toute mise en garde contre des hypothèses mécanistes simplistes à ce sujet, il paraît utile de brièvement résumer ce qui semble constituer le consensus dominant. Le raisonnement prend généralement la forme suivante : les belligérants impliqués dans un CAI peuvent au moins, pour une série de raisons liées à l'histoire de la guerre et au statut de l'État, échapper à leur responsabilité pour le meurtre d'autres soldats. Ils ne risquent donc ni poursuites systématiques, ni réprimandes pour avoir fait ce qui est, après tout, le cœur de leur métier. Il existe ainsi une sorte de grossier *quid pro quo* : nous vous poursuivrons si vous tuez des non combattants, mais (indépendamment du fait que vous soyez ou non du bon côté du *jus ad bellum* ou que vous agissiez dans le respect du *jus in bello*) nous ne vous poursuivrons jamais pour avoir pris pour cible des combattants ennemis. Si cet accord réaliste tragique venait à être compromis, alors, selon la vision dominante, c'est l'ensemble de l'édifice humanitaire qui menacerait de s'effondrer. Désormais incapables d'être même partiellement exonérés, les combattants s'engageraient plus avant dans une spirale de violence.

Un argument similaire est souvent avancé dans les CANI. Dans cette hypothèse, ne pas ériger les groupes armés non étatiques au rang de combattants signifie qu'ils ne sont pas socialisés au sein du droit international. C'est dire qu'ils auraient en réalité toutes les obligations, mais pas les privilèges liés au fait d'être en guerre. Nous leur demandons d'honorer leurs obligations humanitaires, mais, dans le même temps, nous avons tendance à les traiter comme des criminels lorsqu'ils sont capturés par l'État. Cela serait injuste et contre-productif. Il y a là une sorte d'appel intuitif à l'idée selon laquelle le succès d'un système normatif dépend de son niveau de justice à l'égard de ses sujets potentiels. En conséquence, l'un des principaux arguments pour octroyer le PB à tous les combattants dans tous les conflits armés est celui de la symétrie. On soutient que le droit de la guerre ne peut fonctionner sans une applicabilité symétrique (pensons, par exemple, à la traditionnelle et rigide séparation entre *jus ad bellum* et *jus in bello*) et que celle-ci serait mise en péril par

l'idée selon laquelle seul l'un des camps disposerait du PB, en d'autres termes, que l'autre camp serait objectivement lié par des obligations bien plus lourdes. En fait, le déni de l'égalité entre les parties risque de compromettre leur compréhension de leurs obligations dans la guerre. En particulier, les groupes armés non étatiques qui estiment que les forces étatiques bénéficient d'un PB alors qu'ils en sont privés pourraient totalement renoncer à respecter leurs obligations humanitaires.

Cette théorie soulève plusieurs difficultés illustrant ce qui est problématique dans la réglementation des CANI. Tout d'abord, elle semble trop dramatique ; clairement, tel n'est pas toujours le cas dans les CANI, où le pari de l'article 3 commun et du Protocole II est que les groupes armés non étatiques seront incités à respecter le droit de la guerre sans perspective de reconnaissance d'un PB. En fait, il y a plusieurs raisons de remettre en question l'hypothèse ordinairement partagée selon laquelle la symétrie des obligations et l'égalité des parties sont des éléments déterminants du respect du droit de la guerre et ce, même dans les CAI. Sur le plan normatif du droit de la guerre, l'accent a été mis, ces dernières décennies, sur la nature non-synallagmatique des obligations humanitaires, comme en témoigne la désuétude de pratiques telles les représailles. Le fait qu'une partie à un conflit armé ne respecte pas ses obligations, par exemple, ne relève nullement l'autre partie de respecter les siennes. Il est étrange, dans un contexte où, au niveau des principes, l'accent est mis en permanence sur l'élément fondamental de la non-réciprocité, de chercher à faire de la symétrie le point central d'une proposition politique tournée vers la mise en œuvre. Le désir des groupes armés non étatiques de respecter le droit de la guerre est sans doute avant tout fonction de ce que les troupes étatiques elles-mêmes respectent ce droit dans la conduite des hostilités et dans leurs relations avec les personnes protégées (y compris les rebelles eux-mêmes).

Deuxièmement, le fait qu'un groupe armé non étatique dans un CANI décide, ou pas, de s'engager dans une stratégie de crimes de guerre, semble dépendre de toute une série de facteurs politiques, sociaux et psychologiques complexes (valeurs, objectifs, publicité, réputation, « lawfare » [guerre par le droit], etc.). En d'autres termes, si un groupe armé non étatique est déterminé à tuer des civils et que ses membres prennent le risque, par exemple, de s'exposer à des poursuites judiciaires internationales, alors il paraît absolument improbable qu'ils agissent différemment du seul fait qu'on leur assurerait qu'ils ne seraient pas poursuivis pour le meurtre de combattants ennemis (crime sans doute relativement moins grave). Inciter les acteurs à ne pas commettre un type particulier de crime en leur conférant une immunité pour en commettre d'autres ne semble pas être un pari qui aille de soi. L'idée selon laquelle les groupes armés qui ne bénéficient pas du PB tourneront le dos au droit international et, n'ayant rien à perdre dans la mesure où ils seront de toute façon poursuivis pour avoir tué des combattants, seront enhardis à bafouer d'autant les droits des non combattants, semble improbable, du moins sans preuves empiriques supplémentaires<sup>88</sup>. Le simple fait qu'un individu risque d'être poursuivi pour avoir

88 En réalité, les preuves dont on dispose suggèrent le contraire. Voir Olivier Bangerter, « Les raisons pour les groupes armés de choisir de respecter le droit international humanitaire, ou pas », in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, *Sélection française* 2011/2, pp. 51 à 84.

attaqué des forces étatiques ne signifie pas que ce même individu, par dépit normatif pour ainsi dire, visera nécessairement et arbitrairement *également*, des civils<sup>89</sup>.

Il se peut que les groupes armés non étatiques se sentent étrangers au jeu juridique international et que cela ne joue pas fondamentalement dans le sens d'une plus grande protection humanitaire. Cependant, il existe de nombreux exemples de parties non étatiques à un conflit armé honorant leurs obligations même lorsqu'elles font face à un ennemi qui ne le fait pas du tout, ou même vis-à-vis d'un ennemi qui, comme c'est souvent le cas, bénéficie de privilèges supérieurs. Une situation dans laquelle il n'a jamais, ou presque jamais, été question du PB n'a pas empêché un certain nombre d'initiatives notables et innovantes visant à impliquer les groupes armés non étatiques dans la mise en œuvre du droit de la guerre, auxquelles certains se sont montrés sensibles. Si nous admettons la possibilité qu'une obéissance *de facto* asymétrique au DIH est effectivement viable, il n'y a qu'un pas pour considérer que des privilèges asymétriques sont également viables<sup>90</sup>. Il est notoire que l'on entend rarement les groupes armés non étatiques affirmer que le PB améliorerait significativement leur performance humanitaire ; on serait plus susceptible d'entendre qu'il s'agit d'une reconnaissance méritée de la légitimité de leur cause.

Pour que le privilège de la belligérance ait un réel impact, il devrait être conditionné

Pour être clair, ma préoccupation n'est pas liée à la possibilité que le PB puisse être étendu dans certaines circonstances, mais qu'il soit octroyé de manière générale et *ex ante* aux groupes armés, dans tous les CANI. Même si le professeur Kreß ne s'éternise pas sur ce point, un octroi quasi automatique du PB semble central à sa proposition. Ceci découle implicitement du fait qu'il prenne exemple sur les CAI dans lesquels le PB est automatiquement accordé aux forces armées étatiques. De toute façon, s'il y a un élément de conditionnalité, il n'est pas explicité avec précision.

Étant donné les doutes que j'ai formulés à l'égard de l'idée selon laquelle l'octroi du PB est en soi riche de promesses humanitaires, comment pourrait-il être utilisé comme un levier pour effectivement améliorer le respect du DIH ? Le simple

89 À ce propos, la question de savoir si le PB dans les CAI contribue à une réduction importante des violations du droit de la guerre reste également sans réponse claire. Imaginons que les soldats de la Wehrmacht en 1944 aient eu une sorte d'intuition selon laquelle, comme ils violaient systématiquement le *jus in bello* (en tuant des non combattants), ils seraient devenus de ce fait *également* susceptibles d'être poursuivis pour avoir tué des combattants ennemis. Il est certain qu'il est difficile de soutenir que cela les aurait conduits à commettre davantage de violations du droit de la guerre ; après tout, notre point de départ implique que, dans ce scénario, le PB leur aurait été retiré en raison de leur échec total à respecter en premier lieu le DIH. Il n'est pas très réaliste de penser que des soldats, déjà engagés dans des atrocités pour des raisons très vicieuses qui leur sont propres, seraient d'un coup amenés à changer radicalement d'attitude par peur d'autres possibles poursuites judiciaires futures. Il est simplement possible de soutenir que l'octroi automatique et non réversible d'un privilège du combattant renforce les soldats dans leur croyance arrogante qu'ils sont avant tout des « guerriers », dans tous les sens du terme, même quand ils ne se comportent plus en tant que tels.

90 René Provost, « Vers une égalité concrète en droit international humanitaire : réponse aux arguments de Marco Sassòli et Yuval Shany », in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, *Sélection française* 2011/2, 2011, pp. 134 à 139.

fait qu'il n'ait pas été, jusqu'à présent, très efficacement utilisé à cet effet ne signifie pas, assurément, que le PB ne pourrait pas être réinventé comme un élément politique plus puissant qui permette d'obtenir un meilleur respect du droit de la guerre. Pour le dire simplement, le problème est que l'octroi du PB est pensé soit de manière trop étroite, soit trop large. D'un côté, il est actuellement pensé de manière trop étroite car il ne peut être accordé à aucun groupe armé non étatique, quand bien même il existerait de bonnes raisons de l'accorder à certains d'entre eux. Cela signifie effectivement, qu'un groupe armé non étatique engagé dans une campagne militaire atteignant un seuil critique d'intensité contre un État « crée » un conflit armé qui donne à l'État le pouvoir d'y faire face en usant de méthodes relativement plus impitoyables que celles qui auraient été à sa disposition en vertu du droit des droits humains. Simultanément toutefois, le groupe armé non étatique n'y gagne pas grand-chose à part une série d'obligations humanitaires internationales qui contraignent ses actions, sans aucune contrepartie évidente. Les mouvements rebelles « vertueux » peuvent avoir leurs propres raisons de l'être, mais ils ne sont pas particulièrement récompensés, comparés à ceux qui mettent un point d'honneur à violer le droit de la guerre. D'un autre côté, l'octroi du PB est trop large car il est toujours, explicitement ou implicitement, octroyé aux forces armées étatiques, que ce soit en CAI ou en CANI. En ce qui concerne les groupes armés non étatiques, si l'on suit la proposition de Kreß, le PB devrait être octroyé aux mouvements rebelles, qu'ils soient des acteurs responsables ou, au contraire, qu'ils violent systématiquement le droit de la guerre.

Il y a fort à craindre que l'octroi général et inconditionné du PB dans les CANI encouragerait les groupes armés non étatiques (et peut-être même l'État) à porter la violence à un certain niveau critique d'intensité pour mieux se prévaloir d'une situation de belligérance. Dès lors que l'existence d'un conflit armé serait reconnue, leurs actions cesseraient d'être criminelles et seraient couvertes par le PB. Les acteurs violents seraient ainsi encouragés à aller au-delà d'échauffourées et d'attaques armées sporadiques pour se lancer dans une campagne militaire d'envergure. Il y aurait là incontestablement un effet pervers : la violence la plus systématique deviendrait licite, tandis que la violence la plus bénigne continuerait à être sévèrement punie par la législation nationale. Il n'est pas évident de savoir, dans ce contexte, à qui bénéficierait le droit de la guerre, sauf peut-être qu'il conduirait certains acteurs à déployer leur violence à une échelle « humanitaire », ce dont les civils ne sortiraient pas indemnes. Inutile de dire que ce n'est pas un scénario encourageant. Si le changement radical que constituerait l'octroi du PB à des groupes armés non étatiques devait se produire (et c'est cela qui est en jeu ici), c'est donc qu'il devrait dépendre d'autre chose que de la seule fortune des armes.

Remédier à un problème en en générant un autre (c'est-à-dire passer d'un octroi trop étroit à un octroi trop large du PB) n'est pas une solution justifiable. Le problème, à mon avis, réside dans l'idée selon laquelle le PB serait en soi un *motif* d'un plus grand respect du DIH. Il faut à mon sens clairement poser l'hypothèse inverse et considérer que le PB devrait être une *conséquence* d'un certain niveau de conformité au DIH. Ceci implique, plutôt que d'accorder largement le PB à des groupes armés non étatiques dans des conflits armés sur un fondement *a priori* humanitaire, que nous devrions *conditionner* l'octroi de ce privilège à la réalisation de bonnes



performances humanitaires. Ce privilège serait donc obtenu, voire mérité, plutôt qu'octroyé *ab initio*, dès lors qu'un groupe armé non étatique aurait effectivement réuni toutes les conditions de nature à être en présence d'un CANI. Plus important peut-être, ce privilège pourrait être perdu (à la différence des forces armées étatiques qui conservent le PB quel que soit leur respect du DIH) s'il s'avérait qu'un groupe s'étant vu autrefois octroyer le privilège, manquait manifestement d'honorer les obligations qui l'accompagnent.

Il est vrai que le Protocole additionnel II limite déjà son champ d'application matériel aux conflits dans lesquels les forces armées d'une Haute Partie contractante affrontent « des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui [...] exercent sur une partie de son territoire un contrôle *tel qu'il leur permette* [...] *d'appliquer le présent Protocole* »<sup>91</sup>. En d'autres termes, la capacité à appliquer le Protocole additionnel II est une condition de l'existence d'un CANI au sens de la définition de ce Protocole. Cependant, cette capacité est différente de la pratique effective et renvoie simplement à une sorte d'*a priori* institutionnel. Elle ne nous donne pas d'indication forte quant à un engagement pérenne en faveur du respect du droit de la guerre. Ici, un PB conditionné pourrait au contraire être envisagé comme un levier important pour faire respecter le DIH en récompensant les groupes étant non seulement capables de mettre en œuvre le droit mais ayant démontré par leurs actes qu'ils entendaient le faire. Une formule appropriée pourrait être trouvée pour décrire le niveau attendu de respect du droit de la guerre par les rebelles ; le seuil pourrait être placé assez haut et inclure des éléments tangibles d'une pratique durable. Pour les groupes ayant déjà décidé de s'engager dans un conflit armé, la *promesse* d'un PB pourrait constituer une incitation significative pour contribuer au respect des normes internationales.

Concrètement, il se pourrait, plutôt que d'accorder le PB *ex ante* ou du moins au cours du conflit, que la meilleure option politique soit d'accorder, rétroactivement, des amnisties à ceux des groupes qui ont globalement respecté les exigences humanitaires pendant un conflit<sup>92</sup>. Il s'agirait là d'une utilisation de l'amnistie à des fins strictement humanitaires, alors que leur octroi est traditionnellement invoqué dans le cadre de la construction de la paix ou de la justice transitionnelle<sup>93</sup>. Cela signifierait que l'incitation opérerait de façon constante pendant toute la durée du conflit armé, rappelant en permanence aux rebelles que leurs actes peuvent avoir des conséquences et qu'une certaine respectabilité du combattant est finalement en jeu. Même si un État se montrait réticent à accorder l'amnistie à des individus ayant pris les armes contre lui, il serait au moins obligé de reconnaître, même à contrecœur, tel ou tel groupe rebelle comme ayant agi d'une manière responsable au regard des règles de conduite des hostilités. Et le principe d'une amnistie fondée sur les résultats humanitaires préserverait au moins l'idée selon laquelle le fait que des membres de groupes armés non étatiques tuent des combattants de l'État est *excusable* dans certaines circonstances, même si ce n'est jamais fondamentalement autorisé.

91 PA II, art. 1, 1).

92 Une amnistie n'est bien sûr juridiquement pas la même chose, puisqu'elle se contente d'absoudre un comportement *a posteriori*, mais elle en est fonctionnellement assez proche, surtout s'il existe une raison légitime pour qu'elle soit accordée *ex ante*.

93 Frédéric Mégret, *op. cit.* note 49.

## Conclusion : mesures envisageables

Il y a probablement des raisons plus profondes qui font que l'octroi aux groupes armés non étatiques d'un PB conditionné par leurs résultats humanitaires plutôt qu'accordé automatiquement pourrait s'avérer particulièrement judicieux dans les CANI. Ces raisons sont liées au caractère inexpérimenté et marginal des groupes armés non étatiques dans la guerre. Il peut paraître excessif que les forces étatiques se voient systématiquement accorder un PB (même quand leur bilan humanitaire est peu glorieux), mais, au moins, l'État peut avancer certains arguments *a priori* en faveur de sa propension au respect du DIH : i) il est formellement obligé par les instruments internationaux de DIH et, ce faisant, par ses mécanismes de mise en œuvre ; ii) il sera internationalement responsable s'il ne se conforme pas à ces instruments, ce qui l'encourage donc d'autant à les respecter ; et iii) il dispose des moyens de faire respecter ces obligations humanitaires, dont un système judiciaire et un système de discipline militaire, etc. À l'inverse, tout nouveau groupe armé non étatique est, du moins à ses débuts, un novice de la violence au statut incertain qui peut ne pas être strictement et juridiquement lié, qui n'aura pas été familiarisé avec le droit de la guerre, qui manquera de temps pour former ses recrues et qui pourra souffrir d'une série de limites logistiques qui lui rendront l'application de certaines dispositions humanitaires plus difficile. Ainsi, l'on peut avoir de bonnes raisons d'être méfiant à l'égard d'une large attribution du PB à des acteurs armés non étatiques et, inversement, être en faveur de son octroi à ceux qui se sont montrés capables de transcender leurs limites intrinsèques.

À un autre niveau, le droit international a intérêt à distinguer entre les véritables combattants et les mouvements terroristes dans un contexte où il n'est pas immédiatement évident de savoir si un groupe armé appartient à l'une ou l'autre de ces catégories. Un PB conditionné marquerait donc le ralliement officiel de certains acteurs violents au droit international et maintiendrait à l'écart ceux qui n'ont aucunement l'intention de s'y conformer. L'argument ici pourrait être que certains groupes armés non étatiques qui ont systématiquement violé le DIH, particulièrement à l'encontre des civils, ne sont pas en réalité engagés dans une *guerre*, quel que soit le sens donné à ce terme, mais bien plutôt dans des opérations de terrorisme ou des crimes contre l'humanité. Il n'y a donc aucune raison pour qu'ils bénéficient de privilèges qui ont été conçus pour un tout autre type d'activités. Le privilège du combattant devrait être réservé aux combattants *bona fide* et non pas à des entrepreneurs de la violence qui, malgré leurs treillis militaires, ne peuvent pas, et d'ailleurs n'ont jamais cherché à se comporter comme de véritables combattants.

La création d'un PB conditionné est-elle réaliste, particulièrement quand on sait à quel point les États sont rétifs au changement ? Sans doute légèrement plus que la reconnaissance automatique d'un PB aux acteurs non étatiques dans un CANI, dans la mesure où il est au moins question d'obtenir quelque chose en échange de la reconnaissance d'une certaine légitimité internationale des groupes armés. Des voix récentes dans ce débat ont récemment soutenu qu'une certaine forme de PB implicite avait, en réalité, souvent été accordée à des membres de groupes rebelles qui avaient

été poursuivis pour trahison, mais non pour le meurtre de membres de forces armées étatiques qu'ils avaient pu prendre pour cible. Il se pourrait donc que la pratique internationale soit déjà plus subtile qu'elle n'est généralement comprise<sup>94</sup>. Cette tendance est particulièrement visible dans les CANI qui sont devenus quasiment internationaux en raison des divisions durables et territoriales qu'ils ont créés ou parce qu'ils opposent un État à des acteurs non étatiques sur le territoire d'un autre<sup>95</sup>. Néanmoins, obtenir une reconnaissance par les États de l'obligation d'octroyer un PB au-delà de ce type de situations considérées comme très particulières risque d'être une gageure. J'espère au moins avoir fourni des raisons solides d'accorder des amnisties *ex post* aux rebelles qui ont fait preuve d'un grand respect des lois de la guerre.

Ceci étant dit, j'aimerais aborder deux points que je ne pourrai malheureusement pas complètement développer dans cet article : le premier est hétérodoxe, l'autre presque hérétique. Tout d'abord, si les États continuent à insister pour que la réglementation humanitaire soit parfaitement possible sans l'octroi d'un PB aux rebelles (un point avec lequel je suis en général en accord, même si j'ai proposé des moyens propres à *améliorer* le respect du DIH, dans certaines conditions limitées, au moyen d'un PB conditionné), le temps viendra peut-être de réévaluer de manière critique le caractère sacro-saint du PB, et ce *même quand il s'applique à des forces étatiques dans un CAI*. Si ce que j'ai défendu pour les CANI a la moindre chance de fonctionner, ou au moins d'être considéré comme éthiquement judicieux, il n'y a pas, en principe, de raison pour ne pas en envisager une transposition au niveau international, mises à part les évidentes difficultés politiques. Par exemple, dans le cas où des troupes étatiques deviennent systématiquement prédatrices des populations civiles et terroristes dans leurs méthodes, un niveau pourrait être atteint où la question de la perte du PB devrait au moins être posée. Cela impliquerait une plus grande propension des régimes juridiques internationaux à désagréger l'octroi du PB *de la question du statut de l'acteur en cause (État/groupe armé)* pour envisager au contraire leur comportement (respect/non-respect du droit de la guerre). Ce serait là un retournement assez ironique de la proposition du professeur Krefß, puisqu'il s'agirait en quelque sorte d'aligner celui des CAI sur celui des CANI. Mais une telle réforme pourrait être davantage en accord avec les objectifs humanitaires que l'obsession traditionnelle du droit international de la guerre vis-à-vis de l'État<sup>96</sup>.

94 Jens David Ohlin, « Guest Post: Henderson & Cavanagh on Self-Defense & The Privilege of Combatancy », in *Opinio Juris*, 8 juillet 2014, disponible sur : <http://opiniojuris.org/2014/07/08/guest-post-henderson-cavanagh-self-defense-privilege-combatancy/> ; Rymn J. Parsons, « Combatant Immunity in Non-International Armed Conflict, Past and Future », in *Homeland & National Security Law Journal*, vol. 1, n° 1, 2013, pp. 1 à 54.

95 Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 5, pp. 515 à 517.

96 Frédéric Mégret, « L'étatisme spécifique du droit international », in *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 24, n° 1, 2011, pp. 105 à 129. Évidemment, les États n'ont pas particulièrement prouvé au XX<sup>e</sup> siècle qu'ils tenaient tant à respecter le droit de la guerre qu'ils devaient, par principe, être considérés comme dignes d'un PB. On pourrait soutenir que, s'il existe bien une présomption selon laquelle les acteurs étatiques jouissent d'un PB, il est nécessaire d'être clair sur le fait que cette présomption n'est pas la même chose qu'un privilège gravé dans le marbre qui serait absolument imperméable aux résultats humanitaires d'un État sur le terrain.

Enfin, s'agissant des CANI, il semble pertinent de réfléchir à la possibilité que le PB, en plus (ou plus problématiquement, de manière alternative) d'être conditionné au respect du *jus in bello*, devrait également être conditionné par le respect de ce *jus contra bellum* interne que Kreß promeut. Étant donné ce que j'ai déjà dit de l'appartenance du PB à une logique *proto ad bellum* et de la responsabilité plus lourde pour les membres des groupes armés non étatiques en leur qualité de dissidents politiques, il est important de décider si les groupes armés non étatiques s'engagent dans une action internationalement licite quand ils prennent les armes. Un véritable effort du *jus contra bellum* sanctionnerait ceux des groupes armés non étatiques qui n'ont à l'évidence aucune autorité légitime pour déclencher une action armée contre l'État (ou pour récompenser ceux qui l'ont fait) par un déni de tout PB. L'absence d'octroi d'un PB à des groupes armés non étatiques engagés dans une violence internationalement illicite ne signerait pas, comme on l'a vu, la fin des efforts destinés à inciter les groupes armés non étatiques à respecter le DIH. En revanche, elle permettrait d'évaluer les avantages humanitaires escomptés de l'octroi d'un PB à l'aune de la nécessité de prévenir les rébellions illicites ainsi que, sans doute, la répression illicite par l'État soi-même.