

Le ciblage extraterritorial au moyen de drones armés : quelques conséquences juridiques

Jelena Pejic*

Jelena Pejic est conseillère juridique principale au sein de la Division juridique du Comité international de la Croix-Rouge, à Genève.

Résumé

L'utilisation des « drones » s'est développée de manière exponentielle au cours des dix dernières années, soulevant une multitude de problèmes, notamment d'ordre juridique. Sur le plan international, c'est l'utilisation de drones armés par des États pour le ciblage extraterritorial d'individus qui a suscité un important débat. Cet article présente certains aspects du cadre juridique pertinent, en portant une attention particulière au droit international applicable aux frappes de drones dans des situations de conflit armé. Il traite brièvement du jus ad bellum avant de se concentrer sur le jus in bello, abordant tour à tour des questions relatives au point de savoir quand il y a conflit armé, quelles sont les règles en matière de ciblage, qui peut être ciblé et où les personnes peuvent être ciblées.

Mots clés : drones, ciblage, usage de la force létale, conduite des hostilités, participation directe aux hostilités, qualification des conflits, CANI extraterritorial, conflit armé international, conflit armé non international, DIH, jus ad bellum, champ d'application géographique, État non belligérant, neutralité.



L'utilisation de « drones », terme familier pour désigner un ensemble de véhicules aéroportés pilotés à distance, s'est développée de manière exponentielle au cours de la dernière décennie. Les drones sont de plus en plus utilisés en temps de paix pour accomplir un éventail de tâches, dont le suivi du trafic routier et la surveillance

* Cet article a été écrit à titre personnel et ne reflète pas nécessairement les positions du CICR.

policière, pour n'en citer que deux. Il peut être sans risque affirmé que ce type d'usage des drones augmentera avec le temps ; qu'il soulève des questions épineuses liées à la protection de la vie privée et d'autres questions juridiques et qu'il est l'objet d'une attention croissante, particulièrement dans les États où il tend à se banaliser¹. Au niveau international, c'est l'utilisation de drones armés par des États pour le ciblage extraterritorial de personnes qui génère un important débat². L'objet de cet article est d'exposer certains aspects du cadre juridique international applicable à l'utilisation extraterritoriale de drones armés dans des situations de conflit armé. En amont, plusieurs observations préliminaires doivent être faites. La première concerne l'emploi des termes. Dans ce texte, « drone » est un raccourci pour désigner un aéronef armé piloté à distance ou un système d'armes télécommandé – une plateforme d'armes qui se trouve en permanence sous contrôle et commandement humains au cours du processus d'identification et d'attaque des cibles, ce qui signifie qu'il y a une « personne dans la boucle ». Il convient de noter que certaines autres fonctions des drones, comme le décollage, la navigation et l'atterrissage, sont souvent automatisées, ce qui indique que ces plateformes ne sont en fait pas entièrement « pilotés à distance ». L'expression « véhicule aérien de combat sans pilote » est aussi couramment utilisée.

Deuxièmement, les armes dotées d'autonomie dans les « fonctions critiques » d'identification et d'attaque des cibles, et donc dans l'usage de la force, se trouvent en dehors du champ de cette étude, étant donné qu'elles soulèvent des questions juridiques différentes³. Troisièmement, une tentative de description de certains aspects du cadre juridique international implique d'adopter une vue d'ensemble

- 1 Voir, par exemple, Conor Friedersdorf, « Local Anti-Drone Activism Begins: 'If They Fly in Town, We Will Shoot Them Down' », *The Atlantic*, 30 juillet 2013, disponible sur : <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2013/07/local-anti-drone-activism-begins-if-they-fly-in-town-we-will-shoot-them-down/278198/>.
- 2 Voir, par exemple, le Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, Ben Emmerson, doc. ONU A/HRC/25/29, 11 mars 2014, disponible sur http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/25/59. Dans ce contexte, il conviendrait de noter que l'attention internationale se porte actuellement sur le ciblage extraterritorial d'individus spécifiques par des États, même si le jour où les États pourront employer des drones armés sur leur propre territoire n'est peut-être pas si éloigné. L'attention s'est également portée notamment sur le recours à des drones par des acteurs étatiques, malgré le fait que cela ne soit probablement qu'une question de temps avant que les drones soient plus largement employés par les groupes armés organisés non étatiques et par les autres acteurs non étatiques, mais aussi par les personnes privées. Le groupe Hezbollah basé au Liban aurait ainsi déployé des drones chargés d'explosifs. Voir Micah Zenko, *Reforming US Drone Strike Policies*, Council Special Report n° 65, Council on Foreign Relations, Center for Preventive Action, janvier 2013, p. 21, disponible sur : <http://www.cfr.org/wars-and-warfare/reforming-us-drone-strike-policies/p29736>. Plus récemment, en juillet 2014, le Hamas aurait fait voler un drone non armé au-dessus d'Israël. Voir « When Terrorists Have Drones », éditorial, *BloombergView*, 22 juillet 2014, disponible sur : <http://www.bloombergvie.com/articles/2014-07-22/when-terrorists-have-drones>.
- 3 Pour un examen des questions d'ordre juridique, entre autres, liées aux armes autonomes, voir CICR, *Autonomous Weapon Systems: Technical, Military, Legal and Humanitarian Aspects*, Rapport de la réunion d'experts, Genève, 26-28 mars 2014, disponible sur : <https://www.icrc.org/eng/assets/files/2014/expert-meeting-autonomous-weapons-icrc-report-2014-05-09.pdf> ; voir également Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Christof Heyns, doc. ONU A/HRC/23/47, 9 avril 2013, par. 38, disponible sur : http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/23/47.

plutôt qu'une approche détaillée du droit applicable. Ce qui suit est donc une lecture juridique globale de la réglementation de l'utilisation des drones armés, et non pas une grille d'analyse (si tant est que cela soit possible) de cas spécifiques de ciblage au moyen de drones. Quatrièmement, il convient de souligner que cet article ne concerne que les conséquences juridiques du ciblage extraterritorial par des drones. Il ne traite pas des autres aspects possibles de l'usage des drones armés de nature politique, éthique ou autres, qui font également l'objet d'intenses débats.

Cet article est divisé en deux parties. La première section est consacrée à un bref examen de la licéité des drones en tant que tels. La section suivante, qui constitue la plus grande partie de l'article, pose le cadre d'analyse qui aborde brièvement le *jus ad bellum*. Il se concentre ensuite sur le *jus in bello* et traite de la qualification des conflits armés, des principes généraux et des règles relatives au ciblage, de la question de savoir qui peut être pris pour cible selon le droit international régissant les conflits armés et de son champ d'application territorial. La section finale contient quelques courtes remarques conclusives.

La licéité des drones en tant que tels

L'une des premières interrogations lorsque la question de l'utilisation de drones armés est arrivée dans le débat public a porté sur le point de savoir si les drones étaient en eux-mêmes licites. Différentes inquiétudes avaient émergé et continuent d'être exprimées. À titre d'exemple, il est souligné que cette technologie peut faciliter la décision des États d'utiliser la force létale à l'étranger, car les coûts politiques et financiers sont moins élevés. Cette absence ou cette baisse de risque politique repose sur le fait que les drones sont pilotés par du personnel qui, se trouvant à plusieurs kilomètres de distance du site d'une attaque, reste lui-même à l'abri du danger. Les drones sont aussi connus pour être significativement moins coûteux à produire, et donc moins coûteux à perdre potentiellement, que d'autres types d'aéronefs à ailes fixes⁴. Il a été souligné que dès lors, la technologie du drone pourrait permettre la propagation des conflits armés à travers le monde, plus que ne le peuvent les campagnes militaires traditionnelles qui déploient des soldats sur le terrain⁵. Alors que ces arguments, et bien d'autres encore, sont sans nul doute persuasifs et méritent d'être sérieusement pris en considération, ils se trouvent en dehors du domaine juridique et renvoient aux conséquences politiques et morales, notamment, de l'utilisation des drones armés.

En ce qui concerne le droit positif, les drones ne sont pas une plateforme d'armes spécifiquement interdite par aucun traité international, ni par le droit coutumier. La distance qui les sépare d'un adversaire potentiel n'est pas une caractéristique uniquement propre aux drones qui les opposerait à d'autres armes ou d'autres systèmes d'armes : les opérateurs de missiles de croisière, par exemple, peuvent eux

4 Michael J. Boyle, « The Costs and Consequences of Drone Warfare », *International Affairs*, vol. 89, n° 1, janvier 2013, p. 22, disponible sur : <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2346.12002/abstract>.

5 Stephen Holmes, « What's in it for Obama? », *London Review of Books*, vol. 35, n° 14, 18 juillet 2013, pp. 15-18, disponible sur : <http://www.lrb.co.uk/v35/n14/stephen-holmes/whats-in-it-for-obama>.

aussi se situer à des centaines ou des milliers de kilomètres de leur cible désignée. Il n'y a pas non plus de caractéristiques propres à la technologie elle-même suggérant que les drones ne peuvent intrinsèquement pas être utilisés en conformité avec les normes internationales pertinentes. Avant de développer davantage les règles du droit international humanitaire (DIH) régissant la conduite des hostilités en période de conflit armé, quelques caractéristiques techniques des drones, pertinentes pour parvenir à une telle conclusion, doivent être brièvement mentionnées.

Beaucoup de drones armés utilisés aujourd'hui sont pourvus de capteurs similaires à ceux qui équipent les engins aériens dotés d'un pilote, mais une différence majeure réside dans le fait qu'ils sont capables de survoler une zone pendant de longues périodes pour identifier des cibles potentielles. Cela offre au personnel davantage d'options pour choisir le moment d'une attaque, ce qui pourrait aider à éviter ou à réduire les dommages incidents causés aux civils et aux biens de caractère civil. Les attaques peuvent aussi être annulées dans un délai très court, ce qui n'est pas le cas avec beaucoup de types d'obus lancés depuis des plateformes d'armes à longue portée (bien que certains munitions et missiles soient dotés d'un système embarqué de désactivation ou de mécanismes d'autodestruction). En somme, dans la mesure où les pilotes et les opérateurs de drones ont une meilleure capacité à déterminer que leur cible est effectivement un objectif militaire, à prendre les précautions requises dans l'attaque et à respecter d'autres règles de la conduite des hostilités, il a été soutenu que les drones pourraient en réalité être l'option préférable pour certaines opérations du point de vue du DIH⁶. Il y a cependant des avis divergents sur le point de savoir si les opérateurs de drones connaissent des degrés moins importants de stress que ceux des pilotes d'avion de chasse⁷.

Il convient aussi de rappeler que toutes les interdictions concernant l'utilisation de certains types d'armes fondées sur des traités internationaux et sur le droit coutumier s'appliquent aux drones. Par exemple, serait constitutif d'une violation du droit international le fait d'utiliser des armes prohibées, comme des armes chimiques ou des armes biologiques, au moyen d'un drone. Les États parties à la Convention sur les armes à sous-munitions ne pourraient pas non plus employer des drones pour larguer des armes à sous-munitions. L'utilisation d'armes incendiaires au moyen de drones serait de la même manière soumise à des limitations spécifiques en vertu du DIH coutumier et, pour les États parties au Protocole III à la Convention sur certaines armes classiques (CCAC), à des restrictions supplémentaires.

6 Voir Ian Henderson et Bryan Cavanagh, « Unmanned Aerial Vehicles: Do They Pose Legal Challenges? », pp. 203-204, in Hitoshi Nasu et Robert McLaughlin (dir.), *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, Berlin, éditions Springer, 2014.

7 À cet égard, il a occasionnellement été avancé qu'il existe un risque pour que des abus soient plus susceptibles de se produire quand une personne en charge de décider de recourir à la force létale est coupée de la réalité du terrain et se trouve à une grande distance d'un adversaire potentiel (la mentalité « PlayStation »). Voir « Study on Targeted Killings », Additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Philip Alston, doc. ONU A/HRC/14/24/Add.6, 28 mai 2010, par. 84, disponible sur : <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf>. Il n'existe à l'heure actuelle aucune preuve démontrant que c'est bien le cas, ou que cela se produit plus fréquemment avec des drones plutôt qu'avec d'autres plateformes d'armes pilotées à distance.

Le véritable test permettant d'établir la licéité de l'usage des drones pourrait donc résider non pas dans les caractéristiques de la plateforme d'armes elle-même – à condition que le processus de ciblage et de tir demeure sous contrôle humain – mais plutôt dans la volonté et la capacité des personnes commandant et pilotant des drones de manière extraterritoriale à les utiliser dans le respect du cadre juridique international existant. Cette question sera traitée dans la section suivante.

Le cadre juridique international applicable au ciblage extraterritorial au moyen de drones armés

Évaluer la licéité du ciblage extraterritorial au moyen de drones nécessite un examen en deux temps.

Le droit régissant le moment du recours à la force

Le jus ad bellum

Tout d'abord, il est nécessaire de déterminer si le recours à la force par un État sur le territoire d'un autre respecte le *jus ad bellum*, branche du droit international régissant les cas dans lesquels la force peut être utilisée. Les règles applicables du *jus ad bellum* sont prévues par la Charte de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et le droit international coutumier. En vertu de l'article 2(4) de la Charte, les États doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies⁸. Un recours à la force ne sera pas considéré comme contraire à l'interdiction de l'article 2(4) de la Charte dans le cas où un État (l'État « hôte ») donne son consentement valide à ce qu'un autre État ait recours à la force sur son territoire⁹. Dans certains cas, il peut être délicat de juger si le consentement donné est réellement valide, pas nécessairement à cause d'un manque de clarté quant au droit applicable, mais parce que l'opacité de la situation factuelle peut être telle qu'une évaluation soigneuse peut être requise pour établir cette validité¹⁰.

8 Charte des Nations Unies, 24 octobre 1945, I RTNU XVI, art. 2(4).

9 Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, novembre 2001, Supplément n° 10, doc. ONU A/56/10, novembre 2001, art. 20. Pour un commentaire, voir James Crawford, *International Law Commission Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 163-165.

10 Dans ce contexte, il peut être utile de noter, par exemple, que la question de savoir si une personne particulière ou une entité au sein d'un État a l'autorité nécessaire pour donner son consentement dans une situation donnée n'est pas une question réglementée par les règles internationales sur la responsabilité de l'État, mais par le droit international relatif à l'expression de la volonté des États, ainsi que par le droit interne. En ce qui concerne le premier, les règles sur le consentement aux traités incluses dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, en date du 23 mai 1969 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), 1155 RTNU 331, sont réputées fournir des indications pertinentes. Voir J. Crawford, *op. cit.* note 9, p. 164, par. 5 et 6.

L'exercice de la légitime défense est un fondement bien établi aussi bien aux termes du droit conventionnel que du droit coutumier, excluant l'illicéité d'un recours à la force extraterritorial, et ce même sans le consentement de l'État hôte. L'article 51 de la Charte de l'ONU préserve le droit naturel de légitime défense des États, qu'elle soit individuelle ou collective¹¹, dans le cas où un Membre des Nations Unies « est l'objet d'une agression armée ». Selon la lettre de cette disposition, le droit de légitime défense individuelle peut être exercé par un État en réponse à une agression armée actuelle, mais aussi, selon la doctrine majoritaire mais non unanime, lorsqu'une telle attaque est imminente¹², à condition que les principes de droit coutumier de nécessité et de proportionnalité aient également été respectés. Quoique cette règle semble simple, chacun des éléments qui la composent a fait l'objet d'interprétations différentes et demeure au centre d'un important débat juridique international. Cet article n'a pas pour ambition de fournir une lecture juridique spécifique du *jus ad bellum*, mais vise seulement à souligner brièvement quelques points de discorde.

L'un de ces points porte sur la manière dont le critère d'imminence devrait être compris et sur les limites qu'il convient de fixer à la notion de légitime défense anticipée. À une extrémité du spectre, la notion de légitime défense anticipée est accueillie avec une certaine hostilité¹³. À l'opposé, il y a une tendance à étendre le critère d'imminence de manière à inclure ce qu'on a appelé la « légitime défense préemptive¹⁴ » – en d'autres termes, une légitime défense visant à prévenir les menaces qui ne sont « pas encore tangibles mais pourraient se concrétiser¹⁵ ». Il existe également entre les deux des positions plus nuancées¹⁶.

La Cour internationale de Justice (CIJ) a délivré son interprétation juridique du critère de nécessité. Selon la Cour, « l'exigence que pose le droit international, selon laquelle des mesures prises au nom de la légitime défense doivent avoir été nécessaires à cette fin, est rigoureuse et objective, et ne laisse aucune place à "une certaine liberté d'appréciation"¹⁷ ». Il est inutile de préciser que l'évaluation de la

- 11 Étant donné que le ciblage extraterritorial au moyen de drones qui a cours actuellement n'est pas effectué par les États concernés dans le cadre de la légitime défense collective, cette notion ne sera pas explorée plus avant.
- 12 Voir le Rapport du Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, *Dans une liberté plus grande*, doc. ONU A/59/2005, 21 mars 2005, par. 124 (fondé sur le Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, doc. ONU A/59/565, 2 décembre 2004, par. 188).
- 13 Voir par exemple la position du Mouvement des non-alignés exprimée relativement au Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau dans les documents officiels de la 85^e séance plénière de l'Assemblée générale des Nations Unies, 6 avril 2005, New York, doc. ONU A/59/PV.85, pp. 14-17, disponible sur : http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2F59%2FPV.85&Submit=Recherche&Lang=F.
- 14 The White House, *The National Security Strategy of the United States of America*, Washington, DC, septembre 2002, pp. 6, 15 et 16, disponible sur : <http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>.
- 15 Elizabeth Wilmshurst, *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, document de travail, Chatham House, octobre 2005 (Chatham House Self-Defence Principles), p. 9, disponible sur : <http://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>.
- 16 *Ibid.* Voir également Nico Schrijver et Larissa van den Herik, *Leiden Policy Recommendations on Counterterrorism and International Law*, 1^{er} avril 2010, par. 27-52, disponible sur : <http://www.unikoeln.de/jur-fak/kress/Materialien/Chef/HP882010/LeidenPolicyRecommendations1April2010.pdf>.
- 17 Arrêt de la Cour internationale de Justice (CIJ), *Affaire des plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 2003, par. 73.

nécessité d'une action particulière prise en légitime défense ne peut être faite qu'au cas par cas, en prenant en compte les faits disponibles alors, et dans la mesure où tous les moyens pacifiques pour éviter ou mettre fin à une attaque ont été épuisés ou sont indisponibles¹⁸.

Le critère de proportionnalité doit également être rempli pour que le recours à la force en état de légitime défense soit jugé licite. Cela signifie essentiellement que le recours à la force, pris dans sa globalité, ne doit pas être excessif par rapport à la nécessité d'éviter une attaque ou d'y mettre fin¹⁹. Là encore, l'application du standard juridique à des faits spécifiques posera dans bien des cas des difficultés.

Le plus grand désaccord en droit international réside peut-être dans la question de savoir si le droit de légitime défense peut être invoqué par un État en réponse à une attaque armée menée par un acteur non étatique. (Une question supplémentaire porte sur le point de savoir si une attaque doit, comme condition préalable, être de grande ampleur²⁰.) Il est apparu qu'il existe essentiellement trois écoles de pensée sur ces questions²¹. D'après la première, « l'agression armée » prévue à l'article 51 de la Charte de l'ONU ne peut émaner que d'un autre État²². Selon la deuxième opinion, au soutien de laquelle la CIJ est souvent citée, une agression armée peut être commise par un acteur non étatique, mais doit pouvoir être imputée à un État pour permettre l'exercice du droit de légitime défense²³. La déclaration la plus récente de la CIJ sur cette question a, il est vrai, semé le doute quant à la position qu'elle pourrait adopter à l'avenir²⁴. Selon la troisième opinion, qui semble faire son chemin parmi au moins une partie de la doctrine et des États occidentaux, une agression armée comprise au sens de l'article 51 de la Charte de l'ONU peut être commise par un acteur non étatique et donc déclencher l'exercice du droit de légitime défense, et ce, même s'il n'y a pas d'implication de l'État hôte²⁵.

La question de savoir comment résoudre le problème épineux évoqué plus haut, en particulier en ce qui concerne les acteurs non étatiques considérés comme « terroristes », suscite des divergences de vues similaires. Certains auteurs, par

18 Voir E. Wilmschurst, Chatham House Self-Defence Principles, *op. cit.* note 15, p. 7.

19 *Ibid.*, p. 10.

20 Voir, par exemple, Daniel Bethlehem, « Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors », *American Journal of International Law*, vol. 106, n° 4, 2012, p. 773. Voir également Elizabeth Wilmschurst et Michael Wood, « Note and Comment: Self-Defense against Nonstate Actors: Reflections on the "Bethlehem Principles" », *American Journal of International Law*, vol. 107, n° 2, avril 2013, p. 390.

21 Ashley S. Deeks, « "Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extra-territorial Self-Defense », *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, n° 3, 2012, p. 492, disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971326.

22 *Ibid.*, p. 492, note 24.

23 Voir la CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *CIJ Recueil 2004*, par. 139, dans lequel la Cour rejette la revendication de l'État d'Israël d'exercer liées à l'exercice de son droit de légitime défense, car il ne prétendait pas que les violences dont il fut victime étaient imputables à un État étranger.

24 Voir la CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *CIJ Recueil 2005*, par. 147, dans lequel la Cour a déclaré qu'elle n'avait pas « à se prononcer sur les arguments des Parties relatifs à la question de savoir si et à quelles conditions le droit international contemporain prévoit un droit de légitime défense pour riposter à des attaques d'envergure menées par des forces irrégulières ».

25 Voir A. S. Deeks, *op. cit.* note 21, p. 493, note 26.

exemple, estiment que la possibilité d’accommoder les récentes actions étatiques avec le *jus ad bellum* repose sur l’élaboration d’un « critère spécial d’imputabilité dans les relations entre les groupes terroristes et les États hôtes, nettement plus similaire aux règles internationales qui prohibent “la complicité” dans des conduites illicites [Traduction CICR] ²⁶ ». D’autres auteurs sont d’avis que le critère de nécessité devrait être étendu pour inclure deux préoccupations. Un État victime d’une attaque devrait examiner non seulement si le recours à la force est une réponse nécessaire à une attaque armée menée par un acteur non étatique, mais également évaluer si l’État hôte n’a « pas la volonté ou la capacité » de faire face à la menace d’un acteur non étatique émanant de son territoire. Le cas échéant, l’usage de la force en état de légitime défense serait licite à condition que les autres critères, comme celui de la proportionnalité, soient également remplis²⁷.

Comme mentionné plus haut, l’objectif de ce bref aperçu n’était pas de prendre position sur l’une ou l’autre des opinions présentées ici. L’idée était plutôt de signaler les difficultés susceptibles de survenir en tentant d’aboutir à une interprétation juridique commune de l’application du *jus ad bellum*, dans un cas donné au niveau international. C’est important car, comme indiqué plus bas, il existe un courant de pensée doctrinale qui adopte une vision étendue du champ d’application territorial du *jus in bello* dans les pays non belligérants, mais estime que l’usage de la force létale serait limité par le *jus ad bellum*. Cet argument devrait être considéré avec prudence.

Mis à part le droit naturel de légitime défense, la force peut être utilisée sur le territoire d’un État sans son consentement sur le fondement d’une décision contraignante prise à cet effet par le Conseil de sécurité de l’ONU en vertu du Chapitre VII de la Charte de l’ONU²⁸. Si la mise en œuvre pratique des pouvoirs de coercition du Conseil de sécurité fait l’objet d’un discours juridique extrêmement nuancé, la proposition initiale expressément prévue dans la Charte de l’ONU est communément acceptée. Une étude récente menée par un groupe d’experts en droit international, qui examinait l’usage des drones, est parvenue dans ce contexte à la conclusion suivante :

« Si un mandat de l’ONU ayant force exécutoire autorise le recours à la force, les drones armés peuvent être déployés pour la mise en œuvre du mandat, dans la mesure où une telle action est en accord avec les conditions et les objectifs généraux de ce mandat. Il n’est pas nécessaire pour le Conseil de sécurité de l’ONU de donner expressément l’autorisation d’utiliser des drones armés [Traduction CICR]²⁹. »

26 Voir Christian J. Tams, « The Use of Force against Terrorists », *European Journal of International Law*, vol. 20, n° 2, 2009, p. 385.

27 Voir A. S. Deeks, *op. cit.* note 21, p. 495. Voir également E. Wilmschurst, Chatham House Self-Defence Principles, *op. cit.* note 15 ; ainsi que N. Schrijver et L. van den Herik, *op. cit.* note 16.

28 Voir la Charte de l’ONU, *op. cit.* note 8, articles 39 à 43.

29 Comité consultatif des Pays-Bas sur les questions de droit international public (CAVV), *Advisory Report on Armed Drones*, Rapport consultatif n° 23, La Haye, juillet 2013 (Rapport du Comité consultatif des Pays-Bas), pp. 2-3, disponible sur : http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/CAVV_advisory_report_on_armed_drones_%28English_translation_-_final%29_%282%29.pdf. Le CAVV est un organisme indépendant qui conseille le gouvernement, le parlement et le Sénat sur les questions de droit international.

Le droit régissant la manière dont la force peut être utilisée

Outre l'examen de la licéité d'une opération extraterritoriale au regard du *jus ad bellum* (le moment où la force peut être utilisée), la deuxième étape pour déterminer le cadre juridique international applicable au ciblage extraterritorial au moyen de drones implique d'établir si la manière dont la force létale est employée contre un ou plusieurs individus précis est également licite (comment la force peut être employée). Cela dépendra du point de savoir si le ciblage extraterritorial s'inscrit dans le cadre d'un conflit armé ou en dehors. Dans le premier scénario, les règles applicables sont celles du DIH (également connu comme le droit des conflits armés ou DCA) qui constituent le *jus in bello* et sont au cœur de cet article. Dans le second cas, en dehors d'une situation de conflit armé, les règles sur l'usage de la force pour le maintien de l'ordre seront celles prévues par le droit international des droits de l'homme. Bien que complémentaires, le DIH et le droit des droits de l'homme diffèrent dans la manière dont ils réglementent le recours à la force létale, car ces branches du droit ont été conçues pour répondre à des circonstances différentes, respectivement pour les situations de conflit armé et pour le temps de paix. L'analyse des interactions entre ces deux branches du droit international sort du champ de cet article³⁰. Dans un souci d'exhaustivité, il peut être précisé que la légitime défense est parfois reconnue, notamment aux États-Unis, comme un fondement juridique distinct, autonome, régissant la manière dont la force létale peut être utilisée :

« Sur le plan du droit international, les États-Unis sont en conflit armé avec Al-Qaïda, les talibans et les forces associées depuis les attaques du 11 septembre, et nous pouvons également recourir à la force en vertu de notre droit naturel de légitime défense. Rien en droit international n'interdit d'employer des véhicules aéroportés pilotés à distance à cet effet, ou nous défend de recourir à la force létale contre nos ennemis en dehors d'un champ de bataille proprement dit, du moins lorsque le pays concerné donne son consentement, ou n'a pas la volonté ou la capacité d'agir contre cette menace [Traduction CICR]³¹. »

De prime abord, il semble que la référence faite à la légitime défense ci-dessus renvoie aux situations dans lesquelles la force létale est employée en dehors d'un conflit armé existant, mais pour lesquelles un tel recours à la force ne serait pas régi par le droit international des droits de l'homme³². Pourtant, en vertu du droit international

30 On fait valoir, en règle générale, que ce qui constitue une privation « arbitraire » de la vie au sens de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en date du 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 23 mars 1976), 999 RTNU 171 (PIDCP) sera déterminé, dans les situations de conflit armé, par les règles relatives à la conduite des hostilités fournies par le DIH en tant que *lex specialis*. Voir CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, CIJ Recueil 1996, par. 25.

31 John O. Brennan, conseiller du Président pour la sécurité intérieure et la lutte antiterroriste, *The Ethics and Efficacy of the President's Counterterrorism Strategy*, intervention au Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, DC, 30 avril 2012, disponible sur : <https://www.wilsoncenter.org/event/the-ethics-and-ethics-us-counterterrorism-strategy> (les italiques sont de l'auteur).

32 Ce concept a été appelé « naked self-defence » (« légitime défense pure »). Voir Kenneth Anderson, « Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a "Legal

actuel, le droit de légitime défense est un concept du *jus ad bellum* et non un régime juridique autonome régissant la manière dont la force peut être utilisée. Même si l'on admettait cela à titre d'exemple, les règles spécifiques sur l'usage de la force aux termes de ce fondement juridique demeurent confuses, puisqu'elles n'ont pas été officiellement exposées. Ensuite, étant donné que la déclaration ci-dessus mentionne le standard de l'absence de capacité ou de volonté, il se peut que la légitime défense ait été aussi employée au sens du *jus ad bellum*. S'il serait nécessaire et utile de mieux comprendre la ou les significations attribuées à la légitime défense dans le contexte des États-Unis, ce fondement juridique « distinct » ne sera pas examiné plus avant dans cet article.

Le jus in bello

Dans la mesure où le *jus in bello* s'applique seulement en situation de conflit armé, la première vérification requise en matière de ciblage extraterritorial au moyen de drones porte sur le point de savoir si le recours à la force létale a eu lieu dans une telle situation. Cela implique (a) l'application des règles pertinentes du DIH sur la qualification des conflits armés afin de déterminer, d'après les faits, si une situation particulière de violence peut être qualifiée de conflit armé³³. Les questions additionnelles qui se posent à l'égard du ciblage extraterritorial en vertu du *jus in bello* sont (b) quels sont les règles et les principes généraux relatifs au ciblage, et, dans ce cadre (c) qui peut être ciblé, et (d) où les personnes peuvent être ciblées. Ces questions seront rapidement traitées chacune leur tour.

Geography of War” », in Peter Berkowitz (dir.), *Future Challenges in National Security and Law*, Hoover Institution, Université de Stanford, 2011, p. 8, disponible sur : http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/FutureChallenges_Anderson.pdf, déclarant :

« Le gouvernement américain récusé le système selon lequel les recours licites à la force sont nécessairement réglementés soit par le maintien de l'ordre aux termes du droit des droits de l'homme, soit par le droit des conflits armés – et rien d'autre. Cette position utilise la référence, brève mais très remarquée, faite par le conseiller juridique Harold Koh du Département d'État au sujet du droit coutumier de “légitime défense” lors d'un discours à l'American Society of International Law en mars 2010 [...] La déclaration faite en 2010 par M. Koh était cohérente avec le discours de Sofaer, plusieurs décennies auparavant. Y était mentionnée la possibilité pour qu'il y ait des cas où les États-Unis auraient recours à la force dans le cadre de la légitime défense en dehors d'un conflit armé au sens juridique du terme (ce que nous pourrions appeler de la légitime défense “pure”). Ce qui peut être défini comme un recours à la force dans le cadre de la légitime défense, mais dont le type et le degré de force sont ne sont pas rattachés à un conflit armé, sur le plan technique du droit de la guerre. Ces circonstances incluent le recours à la force dans le cadre de la légitime défense contre des acteurs non étatiques, comme des cibles terroristes individuelles, qui n'atteignent pas (encore) le seuil du CANI. [Traduction CICR] ».

Il est fait ici référence à un discours prononcé en 1989 par le conseiller juridique du Département d'État d'alors, Abraham Sofaer, « Terrorism, the Law, and the National Defense », Sixième conférence annuelle Waldemar A. Solf sur le droit international (« Sixth Annual Waldemar A. Solf Lecture in International Law »), *Military Law Review*, vol. 126, 1989, p. 89, disponible sur : http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/277079-1.pdf. Anderson reconnaît que le concept de légitime défense pure est controversé.

33 Pour un examen détaillé de cette question, voir Elizabeth Wilmshurst (dir.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Voir également le CICR, *Comment le terme « conflit armé » est-il défini en droit international humanitaire ?*, prise de position, Genève, CICR, 17 mars 2008, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-fre.pdf>.

Qualification des conflits armés

Il est bien connu que le DIH distingue deux types de conflits armés : les conflits internationaux et les conflits non internationaux. Les *conflits armés internationaux* (CAI) sont essentiellement ceux qui se déroulent entre États³⁴. Conformément à l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève, ces traités fondateurs du DIH s'appliquent à tous les cas de guerre déclarée ou à « tout autre conflit armé surgissant » entre deux ou plusieurs États parties, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'un d'entre eux³⁵. Comme Jean Pictet l'explique dans ses Commentaires des quatre Conventions :

« Tout différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. Ni la durée du conflit, ni son caractère plus ou moins meurtrier (...) ne jouent de rôle³⁶. »

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a proposé une définition générale semblable du conflit armé international. Dans l'affaire *Tadić*, le Tribunal a jugé « qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États³⁷ ». Cette définition a été adoptée par d'autres organes internationaux depuis.

Dans les décennies qui ont suivi l'adoption des Conventions de Genève, la durée ou l'intensité n'ont en général pas été considérées comme des éléments constitutifs de l'existence d'un CAI. Il est à noter que cette approche a récemment été remise en question et qu'il a été suggéré que les hostilités doivent atteindre un certain seuil d'intensité pour être qualifiées de conflit armé, la conséquence étant que la satisfaction à un critère d'intensité est un préalable nécessaire pour qu'un recours à la force entre États puisse être qualifié de CAI³⁸. Aux termes de cette approche, de

34 Conformément au Protocole additionnel I, un conflit armé entre un État et un mouvement de libération nationale peut également être qualifié de conflit international, pourvu que les conditions requises aient été remplies. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA I), art. 1, 4. et 96, 3.

35 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG I), art. 2 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, 75 RTNU 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG II), art. 2 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG III), art. 2 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG IV), art. 2 (article 2 commun). En vertu du DIH, l'occupation militaire est considérée comme un type de conflit armé international. Les problèmes soulevés par rapport au critère permettant de déterminer l'existence d'une occupation ne seront pas examinés plus avant dans cet article.

36 Jean Pictet (dir.), *Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, 12 août 1949, *Commentaire*, Genève, CICR, 1960, p. 29.

37 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c/ Dusko Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, affaire n° IT-94-1-A, 2 octobre 1995, par. 70, disponible sur : <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm>.

38 Voir Mary Ellen O'Connell, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, Committee on the Use of Force, International Law Association, La Haye, 2010, disponible sur : <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/2176DC63-D268-4133-8989A6647549F87>.

nombreux recours à la force armée entre États, isolés ou sporadiques, qui peuvent être décrits comme des « incidents », des « escarmouches frontalières » ou autres, ne sont pas qualifiés de CAI du fait de la faible intensité de la violence constatée.

Si cette approche peut sembler séduisante, l'absence d'exigence d'un seuil d'intensité pour le déclenchement d'un CAI devrait toutefois être maintenue, car elle permet d'éviter de potentielles controverses juridiques et politiques autour du point de savoir si le seuil a été atteint, au regard des faits propres à une situation donnée. Il existe également des raisons impératives de protection pour ne pas lier l'existence d'un CAI à un seuil spécifique de violence. Pour ne donner qu'un seul exemple : aux termes de la Troisième Convention de Genève, si les membres des forces armées d'un État en conflit avec un autre sont capturés par les forces armées de ce dernier, ils peuvent prétendre au statut de prisonnier de guerre (PG), indépendamment du fait qu'il y ait ou non des affrontements véritables entre les deux États. Le statut et le traitement des PG sont bien définis en DIH, y compris le fait qu'un PG ne peut pas être poursuivi pénalement par l'État qui le détient pour des faits de guerre licites. Il semble assez évident que le personnel militaire capturé ne bénéficierait pas d'une protection juridique équivalente en vertu de la seule législation nationale de l'État le détenant, même lorsqu'elle serait complétée par le droit international des droits de l'homme. L'absence d'un seuil d'intensité pour l'application des Conventions de Genève n'est pas un hasard, mais peut être considérée comme un élément de l'ensemble de protection offert par ces traités.

Selon une autre école de pensée encore, qui semble gagner du terrain dans la doctrine³⁹, lorsqu'un État a recours à la force sur le territoire d'un État hôte – y compris au moyen de drones – et qu'il vise non pas ce dernier *per se*, mais une organisation armée non étatique qui opère depuis son territoire, un tel recours à la force constituerait un conflit armé non international (CANI) entre l'État attaquant et le groupe armé non étatique, et non pas un CAI entre les deux États eux-mêmes. Cette approche se heurte à un précepte bien établi du DIH : celui selon lequel n'importe quel recours à la force par un État sur le territoire d'un autre sans le consentement de ce dernier constitue un conflit armé international. Comme cela a été expliqué de façon convaincante :

« Essayer de faire la distinction entre l'emploi de la force dirigé contre un groupe non étatique et celui dont l'objectif général et l'intention sont d'influencer le gouvernement d'un État, c'est conditionner l'application du DIH à l'état mental ou au mobile de l'agresseur. C'est suggérer que les mêmes violences menées par un État sur le territoire d'un autre État entraîneraient des conséquences juridiques différentes en fonction de qui le premier cherche réellement à atteindre⁴⁰. »

Si, dans ce scénario, une double qualification ne peut pas être exclue (un CAI entre les deux États et un CANI entre l'État attaquant et le groupe armé non étatique, selon les circonstances), écarter la thèse du CAI susciterait de profondes inquiétudes.

39 Pour une réflexion sur les diverses positions, voir Dapo Akande, « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts », in E. Wilmshurst (dir.), *op. cit.* note 33, p. 72.

40 *Ibid.*, p. 75.

Une autre question qui a émergé récemment, particulièrement liée au ciblage extraterritorial au moyen de drones armés, porte sur le point de savoir si le DIH s'applique dans des situations dans lesquelles il n'y a pas de « guerre déclarée » entre les États. Il semble que la généralisation de ce terme dans le débat public⁴¹ mérite un rappel. L'une des avancées historiques les plus importantes accomplies par les rédacteurs des Conventions de Genève réside dans le fait qu'ils ont dissocié de celles-ci de toute déclaration de « guerre » officielle. Comme précisé à l'article 2 commun, ces traités s'appliquent également à « tout autre conflit armé surgissant » entre deux ou plusieurs États parties, une évaluation qui ne se fonde que sur les faits. L'application du droit des CAI a été séparée de la nécessité d'une déclaration officielle il y a plusieurs décennies, précisément pour éviter des cas dans lesquels des États auraient pu nier la protection de ce corps de règles du fait de l'absence de reconnaissance officielle de l'état de guerre⁴². Dans ce contexte, il est important de noter que la même approche s'applique à la détermination de l'existence d'un CANI : il s'agit d'une question factuelle qui ne dépend de la déclaration d'aucune des parties à un tel conflit. Le concept de champ de bataille, qui n'est pas synonyme de celui de guerre ou de conflit armé, sera abordé plus loin.

Une distinction clé entre conflit armé international et *conflit armé non international* repose sur la qualité des parties au conflit : tandis qu'un CAI présuppose le recours à la force armée entre deux ou plusieurs États⁴³, un CANI recouvre des hostilités entre un État et un groupe armé organisé non étatique (la partie non étatique) ou entre de tels groupes entre eux. Afin de qualifier une situation de violence de CANI au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève (c'est-à-dire de la distinguer des troubles et tensions internes n'atteignant pas ce niveau, comme les émeutes, les actes de violence isolés et sporadiques, et les autres actes de nature similaire⁴⁴), deux critères factuels sont jugés indispensables. Le premier est que les parties impliquées démontrent un certain niveau d'organisation et le deuxième, que la violence doit franchir un certain seuil d'intensité.

L'article 3 commun fait expressément référence à « chacune des Parties au conflit », impliquant par là qu'une condition préalable à leur application est l'existence d'au moins deux « parties ». S'il n'est en général pas difficile d'établir qu'un État existe en tant que partie, déterminer si un groupe armé non étatique peut être considéré comme constituant une « partie » au sens de l'article 3 commun peut être complexe,

41 Voir, par exemple, la Résolution du Parlement européen sur l'utilisation de drones armés, Séance plénière, 2014/2567 (RSP), 25 février 2014, par. E, disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P7-RC-2014-0201+0+DOC+XML+V0//FR>.

42 Voir Christopher Greenwood, « Scope of Application of International Humanitarian Law », in Dieter Fleck (dir.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 43. « L'application du DIH ne dépend pas d'une déclaration de guerre formelle [Traduction CICR] ».

43 Mis à part l'exception signalée à la note 34.

44 Étant donné que les CANI, en vertu du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux du 8 juin 1977, 1125 RTNU 609 (entré en vigueur le 7 décembre 1987) (PA II), ont à remplir certaines conditions ne se trouvant pas dans l'article 3 commun et qu'ils sont beaucoup plus rares, leur cas ne sera pas évoqué plus avant ici. Voir PA II, art. 1, 2 ; CG I, art. 3 ; CG II, art. 3 ; et CG IV, art. 3 (article 3 commun). Il est communément admis que le seuil donné dans l'article 1(2) du PA II, qui exclut les tensions et les troubles internes de la définition d'un CANI, s'applique également à l'article 3 commun.

principalement en raison du manque de clarté des faits précis. Néanmoins, il est largement admis qu'une partie non étatique à un CANI correspond à un groupe armé doté d'un certain niveau d'organisation. La jurisprudence internationale a développé des facteurs indicatifs à l'aune desquels le critère « d'organisation » peut être évalué⁴⁵. Ces facteurs incluent l'existence d'une structure de commandement, de règles et des mécanismes disciplinaires au sein du groupe armé ; l'existence d'un quartier général, la capacité à se procurer, à transporter et à distribuer des armes ; la capacité du groupe à planifier, à coordonner et à mener des opérations militaires, y compris des mouvements de troupes et des opérations logistiques ; sa capacité à négocier et à conclure des accords tels que des cessez-le-feu ou des accords de paix, etc. En d'autres termes, même si le niveau de violence d'une situation donnée est très élevé et à moins qu'il n'y ait un groupe armé organisé de l'autre côté, on ne peut pas parler de CANI.

Le second critère communément utilisé pour déterminer l'existence d'un conflit armé au sens de l'article 3 commun concerne l'intensité de la violence constatée. Il s'agit aussi d'un critère factuel, dont l'évaluation dépend de l'examen des événements sur le terrain. Conformément à la jurisprudence internationale, les facteurs indicatifs à considérer comprennent le nombre, la durée et l'intensité des affrontements individuels, le type d'armes employées ainsi que les autres équipements militaires utilisés, le nombre et le calibre des munitions tirées, le nombre de personnes et de types de forces prenant part aux combats, le nombre de victimes, l'étendue des destructions matérielles, et le nombre de civils fuyant les zones de combat⁴⁶. L'implication du Conseil de sécurité de l'ONU peut également refléter l'intensité d'un conflit. Le TPIY a jugé qu'il y a un CANI au sens de l'article 3 dès lors qu'il y a « conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État⁴⁷ ». Les décisions ultérieures du Tribunal se sont appuyées sur cette définition, expliquant que le critère d'une nature « prolongée » du conflit est en réalité un élément du critère d'intensité.

Les CANI sont, de loin, le type de conflit le plus répandu aujourd'hui. Lorsque les Conventions de Genève (et donc l'article 3 est commun à celles-ci) ont été rédigées, les négociateurs avaient essentiellement un type « traditionnel » de CANI à l'esprit : celui qui oppose les forces armées d'un gouvernement à un ou plusieurs groupes armés organisés sur le territoire d'un seul État. (Le contexte historique était, entre autres situations, la guerre civile espagnole.) De nos jours, il y a une variété de scénarios⁴⁸, avec une composante extraterritoriale, qui peuvent aussi être qualifiés de CANI. Pour les besoins de cette analyse, deux types en seront mentionnés.

45 Voir Dietrich Schindler, « The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 163, La Haye, Martinus Nijhoff, 1979, p. 147. Pour une analyse détaillée de ce critère voir le TPIY, *Le Procureur c/ Fatmir Limaj*, affaire n° IT-03-66-T, Jugement, 30 novembre 2005, par. 94-134.

46 Pour une analyse détaillée de ce critère, voir l'affaire Limaj, *ibid.*, par. 135-170.

47 Affaire Tadić, *op. cit.* note 37, par. 70.

48 Pour une typologie possible, voir le CICR, *Rapport sur le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains*, rapport présenté à la 31^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, CICR, 28 novembre – 1^{er} décembre 2011, Rapport du CICR de 2011, pp. 9-11, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>.

Le premier est le CANI « débordant ». Ces conflits armés naissent sur le territoire d'un État comme décrit plus haut, entre les forces armées du gouvernement et un ou plusieurs groupes armés organisés, qui « débordent » ensuite sur le territoire d'un ou plusieurs États voisins. Bien que l'article 3 commun ne mentionne pas expressément ce scénario, il semble de plus en plus largement admis par les États et la doctrine que dans un tel cas l'applicabilité du DIH entre les parties puisse être étendue au territoire d'un État (ou d'États) adjacent et non belligérant⁴⁹. À titre de rappel, le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), adopté par le Conseil de sécurité de l'ONU dès 1994, a prévu que la compétence du TPIR couvrirait les violations graves du DIH commises non seulement au Rwanda mais aussi par les citoyens rwandais « sur le territoire d'États voisins⁵⁰ ». Mis à part les autres problèmes juridiques pouvant être soulevés par l'incursion de forces armées étrangères sur un territoire voisin (violation de souveraineté et réactions possibles des forces armées de l'État voisin, qui pourraient donner naissance à un CAI entre les États concernés), l'extension de l'applicabilité du DIH dans un tel cas est acceptée au niveau international à titre *sui generis* et exceptionnel. Comme cela sera évoqué plus loin, la pratique des États la plus répandue et l'*opinio juris* ne semblent pas actuellement permettre de tirer des conclusions similaires quant à l'extension de l'applicabilité du DIH entre des parties à un CANI au territoire d'un État non adjacent et non belligérant.

Il faut cependant admettre qu'il n'existe pas d'explication facilement accessible ou détaillée de l'interprétation juridique reconnue par les États et par l'opinion doctrinale à l'égard des CANI « débordants »⁵¹. On peut supposer que la contiguïté des terres entre États qui peut faciliter et, de fait, facilite la propagation d'un CANI aux États voisins, est une donnée jugée cruciale. Le fait que les CANI « débordent » très régulièrement, dans différentes parties du monde, en est sûrement la raison pratique. Alors que les conflits débordants comme celui du Rwanda étaient plutôt inhabituels, ce type de CANI est devenu bien plus fréquent aujourd'hui (par exemple en Colombie et en Ouganda). De la même manière, le débordement du CANI en Afghanistan (voir plus bas) dans certaines régions frontalières du Pakistan a été largement signalé depuis plusieurs années maintenant⁵².

49 Voir, par exemple, Michael N. Schmitt, « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict », *International Law Studies*, vol. 90, US Naval War College, 2014, p. 11. « En particulier, une proposition est de plus en plus souvent acceptée : celle d'une application du DIH aux conflits "débordants" dans lesquels les forces armées d'un gouvernement pénètrent le territoire d'un État voisin afin d'engager le combat avec des groupes armés organisés opérant dans les zones frontalières [...] Cette interprétation est sans aucun doute soutenue par les pratiques des États et par la doctrine. (notes de bas de pages non comprises) [Traduction CICR] ».

50 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Annexe à la résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU, doc. ONU S/RES/955, 8 novembre 1994, art. 1.

51 Un problème spécifique juridique et pratique sujet à des débats nourris, et pour lequel aucune opinion majoritaire ne se distingue actuellement, concerne la distance jusqu'à laquelle, dans un État voisin, l'applicabilité du DIH s'étend dans le cas d'un CANI débordant : s'étend-elle à l'ensemble du territoire du pays adjacent, ou seulement à la zone d'hostilités entre les parties ? Cette question, bien qu'importante, ne sera pas traitée plus avant dans cet article.

52 Voir, entre autres, CNN, « Gate Call Pakistan 'Most Worrisome' », 1^{er} mars 2009, disponible sur : <http://edition.cnn.com/2009/US/03/01/us.afghanistan/>. « Pendant ce temps, la guerre déborde des frontières et s'étend au Pakistan, où les talibans se sont depuis longtemps implantés dans les zones tribales le long de la frontière montagneuse. [Traduction CICR] ».

Un second type de CANI avec un aspect extraterritorial est celui dans lequel les forces armées d'un ou plusieurs États combattent aux côtés des forces armées d'un État hôte sur son territoire contre un ou plusieurs groupes armés organisés. Étant donné que le conflit armé n'oppose pas deux ou plusieurs États – puisque tous les acteurs étatiques se trouvent dans le même camp – le conflit ne peut être que non international, en dépit de la composante internationale, qui peut être parfois significative⁵³. Ce type de CANI peut survenir de différentes manières. Dans un scénario, un conflit armé qui était à l'origine de nature internationale est requalifié en conflit non international en raison de l'évolution des circonstances sur le terrain. Tel est le cas du conflit armé en Afghanistan, toujours en cours lors de la rédaction de cet article. Alors que le conflit qui a commencé en 2001 était un CAI, les contingents étrangers, y compris les forces américaines et autres dans le cadre de l'« Opération Liberté immuable », et ceux participant à la Force internationale d'Assistance et de sécurité (FIAS), agissent, depuis juin 2002, en soutien du gouvernement afghan contre des groupes armés organisés non étatiques⁵⁴.

Un autre scénario vise le cas où les forces armées d'un État, ou de plusieurs États, deviennent parties à un CANI qui se déroule déjà sur le territoire d'un État hôte, entre ses forces armées et un ou plusieurs groupes armés organisés. Si le droit international ne fournit pas d'indications spécifiques quant au critère sur la base duquel on peut établir que l'État intervenant est devenu partie à un CANI en cours, on considère que les éléments suivants, appliqués de manière cumulative, peuvent être invoqués : (1) il y a un CANI préexistant sur le territoire d'un État ; (2) les hostilités sont menées sur ce territoire par un autre État (ou plusieurs autres États) ; (3) ces hostilités sont menées en soutien à l'État hôte, et avec son consentement, contre un ou plusieurs groupes armés non étatiques ; et (4) elles reflètent une décision réfléchie, prise au plus haut niveau décisionnel, de l'État ou des États intervenants⁵⁵. Il y a de nombreux exemples de ce type de CANI récents et en cours dans différentes régions du monde. Un exemple en est l'intervention française au Mali en 2013, en soutien au gouvernement du Mali contre une série de groupes armés organisés non étatiques⁵⁶.

53 Un sous-ensemble de ce type de CANI concerne ceux dans lesquels les forces de l'ONU, ou les forces agissant sous l'égide d'une organisation régionale (comme l'Union africaine), sont envoyées pour soutenir un gouvernement hôte impliqué dans des hostilités contre un ou plusieurs groupes armés organisés sur son propre territoire. Voir le Rapport du CICR de 2011, *op. cit.* note 48, p. 10.

54 Voir Françoise J. Hampson, « Afghanistan 2001-2010 », in E. Wilmshurst, *op. cit.* note 33, p. 251 (citant, entre autres, la position du CICR). Voir également *ibid.*, p. 252, où l'auteure avance que le CAI en Afghanistan s'est terminé soit avec l'adoption de la résolution 1386 (2001) du Conseil de sécurité de l'ONU, soit avec l'investiture du président Hamid Karzai après la Loya Jirga et l'établissement d'un gouvernement transitoire afghan en juin 2002. C'est cette dernière position – qui est celle du CICR – qui est défendue ici également.

55 Pour une élaboration plus détaillée du critère selon lequel un ou plusieurs États peuvent être considérés comme étant devenus parties à un CANI préexistant dans un État hôte, voir Tristan Ferraro, « The Applicability and Application of IHL to Multinational Forces », *International Review of the Red Cross*, vol. 95, n° 891, 2013, p. 561.

56 Voir Agence France Presse, « Key Dates in French-Led Mali Intervention », Global Post, 1^{er} juillet 2013, disponible sur : <https://fr.news.yahoo.com/mali-dates-clés-depuis-lintervention-france-123841767.html>.

Il a été soutenu que les États-Unis sont également engagés dans ce type de conflit armé non international au Yémen⁵⁷.

Un état des lieux des types de CANI ne serait pas complet sans une brève mention de la qualification des violences qui ont lieu actuellement entre les États-Unis et « Al-Qaïda, les talibans et les forces associées⁵⁸ ». À l'origine, les États-Unis étaient d'avis qu'il s'agissait d'un conflit armé international⁵⁹ de dimension globale (« guerre globale contre le terrorisme » ou GGCT), mais depuis l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hamdan* en 2006, le conflit est considéré, au niveau interne, comme étant de nature non internationale⁶⁰. Au risque de simplifier, de l'avis américain, ce qui est resté inchangé depuis les attaques du 11 septembre 2001, c'est que le pays est engagé dans un conflit armé unique avec les groupes mentionnés ci-dessus⁶¹. Au sommet de la liste de ces groupes se trouve le « noyau » d'Al-Qaïda, basé dans les régions frontalières d'Afghanistan et du Pakistan, auquel une série

- 57 Voir Robert Chesney, « The United States as a Party to an AQAP-Specific Armed Conflict in Yemen », *Lawfare*, 31 janvier 2012, disponible sur : <https://www.lawfareblog.com/united-states-party-aqap-specific-armed-conflict-yemen>. « [L]es États-Unis n'ont pas simplement fourni diverses formes d'assistance au gouvernement du Yémen dans sa lutte contre AQPA, ils ont également attaqué des cibles d'AQPA au Yémen au moins dix-sept fois ces dernières années, avec notamment une frappe hier. Je pense que la meilleure position, alors, est de considérer que nous sommes parties au CANI yéménite, et que notre emploi de la force là-bas relève, par conséquent, du DIH (abstraction faite des discussions concernant l'existence et la portée géographique du conflit ailleurs ou à l'égard d'autres entités). (Les italiques sont d'origine) [Traduction CICR] ».
- 58 C'est l'Authorization for the Use of Military Force (AUMF) qui constitue la base juridique nationale ; pub. L. 107-40, 115 Stat. 224, adoptée par le Congrès dans la résolution commune 23 du Sénat en date du 14 septembre 2001 et signée par le Président George W. Bush le 18 septembre 2001, disponible sur : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/html/PLAW-107publ40.htm>. Pour une explication sur la manière dont l'AUMF est appliquée, voir Stephen W. Preston, avocat général, ministre de la Défense nationale, *Prepared Statement on The Legal Framework Under U.S. Law for Current Military Operations*, Commission des relations extérieures du Sénat des États-Unis, 21 mai 2014, disponible sur : http://www.foreign.senate.gov/imo/media/doc/Preston_Testimony.pdf.
- 59 Cour suprême des États-Unis, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 57, 2006, p. 67, disponible sur : <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/05-184P.ZO>. (« [L]e gouvernement affirme que l'article 3 commun ne s'applique pas à Hamdan parce que le conflit avec Al-Qaïda, étant "d'envergure internationale", ne peut être qualifié de "conflit à caractère non international" [Traduction CICR] ».)
- 60 Voir le Département d'État américain, *Report of the United States of America Submitted to the UN High Commissioner for Human Rights In Conjunction with the Universal Periodic Review*, 2010, par. 84, disponible sur : <http://www.state.gov/documents/organization/146379.pdf>. « Les individus détenus lors de conflits armés doivent être traités en conformité avec toutes les lois applicables, y compris l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949, que le Président et la Cour suprême ont reconnu comme fournissant les normes "minimales" de protection dans tous les conflits armés non internationaux, y compris dans le conflit avec Al-Qaïda [Traduction CICR]. ».
- 61 Selon le président Obama : « En vertu de la législation nationale et du droit international, les États-Unis sont en guerre avec Al-Qaïda, les talibans et les forces qui y sont associées [Traduction CICR] ». Voir le Président Barack Obama, *Remarks by the President at the National Defense University*, Bureau du porte-parole de la Maison-Blanche, Washington, DC, 23 mai 2013, disponible sur : <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>. Les talibans ne sont ciblés qu'en Afghanistan : « En dehors du théâtre des opérations en Afghanistan, nous ciblons uniquement Al-Qaïda et les forces associées [Traduction CICR] ». Voir également, par exemple, le Département de la Justice des États-Unis, Office of Legal Counsel, *Memorandum for the Attorney-General Re : Applicability of Federal Criminal Laws and the Constitution to Contemplated Lethal Operations Against Shaykh Anwar al-Aulaqi*, 16 juillet 2010 (parution publique en date du 23 juin 2014), p. 24, disponible sur : <http://fas.org/irp/agency/doj/olc/aulaqi.pdf>. « [L]'opération envisagée par le ministère de la Défense nationale se déroulerait au Yémen, une zone éloignée du théâtre des combats les

d'autres groupes est associée⁶². La liste complète de ces groupes demeure classifiée⁶³, de même que le critère sur la base duquel d'autres groupes y sont ajoutés. Il est notoire que les forces armées américaines sont impliquées dans ce conflit armé et présentes sur le terrain en Afghanistan depuis 2001, mais qu'elles opèrent également – principalement au moyen d'avions à ailes fixes, pilotés à distance ou non – en dehors du pays (c'est-à-dire depuis le Pakistan, le Yémen et la Somalie)⁶⁴.

À diverses occasions, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a déclaré qu'il ne partageait pas l'avis selon lequel un conflit armé à l'échelle mondiale avec les groupes susmentionnés a eu lieu ou se déroule à l'heure actuelle⁶⁵. Un CANI unique sans frontières temporelles ou géographiques exigerait, entre autres, l'existence d'une partie non étatique « unitaire » opposée à un ou plusieurs États. D'après les faits publiquement disponibles et particulièrement à l'heure actuelle, il ne semble pas que ce soit le cas puisqu'il a été reconnu publiquement que le noyau d'Al-Qaïda a été significativement affaibli⁶⁶. Il est de la même manière peu probable que les groupes dont l'affiliation au noyau d'Al-Qaïda est essentiellement idéologique, mais dont les opérations militaires dans leurs théâtres de conflit armé respectifs sont par ailleurs menées de façon autonome, puissent être considérés comme des « cobelligérants » au sein d'un même et unique conflit armé⁶⁷.

Le CICR a adopté une approche au cas par cas pour analyser et qualifier juridiquement les diverses situations de violence qui ont eu lieu depuis les attaques du

plus virulents entre les États-Unis et Al-Qaïda. Cela n'affecte en rien notre conclusion, toutefois, selon laquelle la combinaison des faits réunis ici ferait de l'opération du ministère de la Défense nationale au Yémen une intervention dans le conflit armé non international avec Al-Qaïda [Traduction CICR]. »

62 Lors de son discours à la National Defense University, le Président Obama a déclaré : « Aujourd'hui, le noyau d'Al-Qaïda en Afghanistan et au Pakistan est sur la voie de la défaite [...] En revanche, nous avons assisté à l'émergence de divers groupes affiliés à Al-Qaïda. Du Yémen à l'Irak, de la Somalie à l'Afrique du Nord, la menace aujourd'hui est plus diffuse, les groupes affiliés à Al-Qaïda dans la péninsule arabe – AQPA – étant ceux qui comptent le plus activement contre notre patrie. [Traduction CICR] » B. Obama, *ibid.*

63 Voir Cora Currier, « Who Are We at War With? That's Classified », *ProPublica*, 26 juillet 2013, disponible sur : www.propublica.org/article/who-are-we-at-war-with-thats-classified.

64 Pour une rapide vue d'ensemble des opinions de l'administration d'Obama, avec des liens vers les discours-clés prononcés par les représentants de l'administration sur cette question ces dernières années, voir Jonathan Masters, *Targeted Killings*, document d'information, Council on Foreign Relations, Washington, DC, 23 mai 2013, disponible sur : <http://www.cfr.org/counterterrorism/targeted-killings/p9627>.

65 Voir, entre autres, Rapport du CICR de 2011, *op. cit.* note 48, p. 10.

66 Voir J. Brennan, *op. cit.* note 31 : « Les dirigeants d'Al-Qaïda ont toujours des problèmes de communication avec les groupes subordonnés et affiliés. Soumis à une pression intense dans les zones tribales du Pakistan, ils ont moins de camps d'entraînement pour former la prochaine génération d'agents. Ils connaissent des difficultés à attirer de nouvelles recrues. Le moral est en berne, et nous avons des informations indiquant que certains membres abandonnent et rentrent chez eux, comprenant que c'est une bataille qu'ils ne gagneront jamais. En résumé, Al-Qaïda est en train de perdre franchement [Traduction CICR] ». Voir également Tim Lister, « How ISIS is Overshadowing al Qaeda », *CNN*, 30 juin 2014, disponible sur : <http://edition.cnn.com/2014/06/30/world/meast/isis-overshadows-al-qaeda/>.

67 Voir Charlie Savage, « Debating the Legal Basis for the War on Terror », *New York Times*, 16 mai 2013, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2013/05/17/us/politics/pentagon-official-urges-congress-to-keep-statute-allowing-war-on-terror-intact.html>. « M. Taylor [agissant en qualité de Conseiller juridique principal du Pentagone] a déclaré que sur le plan de la législation nationale, [l'AUMF] donnait effectivement le droit [de faire la guerre aux groupes de ces pays s'ils] s'étaient eux-mêmes affiliés au groupe Al-Qaïda d'origine, devenant alors "cobelligérants" dans ce conflit [Traduction CICR] ».

11 septembre 2001 et qui ont été englobées dans la lutte contre le terrorisme⁶⁸. Selon le critère de qualification approprié et comme souligné plus haut, certaines situations ont été qualifiées de conflits armés internationaux, d'autres ont été qualifiées comme des conflits armés non internationaux, tandis que certains actes de terrorisme qui ont été commis dans le monde (une question qui n'a pas été traitée ci-dessus) ont été considérés comme extérieurs à tout conflit armé. Le DIH est applicable seulement quand les frappes de drones ont lieu dans le cadre d'un conflit armé.

Les règles du ciblage

Cet article s'est jusque-là référé aux règles du DIH relatives au « ciblage ». Il serait, en fait, plus juridiquement correct de parler des règles du DIH relatives à la conduite des hostilités qui sont bien plus larges et qui incluent des principes et des règles régissant à la fois les attaques contre les personnes et contre les biens. Ce qui suit comprend quelques observations de fond ainsi qu'un court résumé des principes et des règles de base du DIH sur la conduite des hostilités, y compris au moyen de drones armés. Les règles spécifiques relatives au recours à la force létale contre des personnes (qui peuvent être ciblées) dans le cadre du DIH seront traitées dans la section suivante.

Observations de fond

Les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités ont été établies à l'origine pour les CAI et sont de nos jours principalement prévues dans le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, dans le Protocole additionnel II (de façon beaucoup moins élaborée) et dans le DIH coutumier. L'article 3 commun est consacré essentiellement à la protection des personnes au pouvoir de l'ennemi et ne comprend pas de règles relatives à la conduite des hostilités. Toutefois, la pratique a démontré sans conteste que les parties aussi bien étatiques que non étatiques conduisent les hostilités lors de CANI en atteignant le seuil de l'article 3 commun et que les limitations des méthodes et moyens de guerre sont acceptées comme étant du droit. Cela a été confirmé dans l'Étude sur le droit coutumier du CICR en 2005 qui a identifié un certain nombre de règles relatives à la conduite des hostilités applicables quelle que soit la qualification du conflit⁶⁹. Avant d'exposer les règles elles-mêmes, deux remarques préliminaires semblent utiles.

La première est que les règles du DIH régissant le recours à la force sont spécifiques aux réalités qu'elles régissent et ne peuvent pas être transposées à des situations autres que des conflits armés. Ceci parce que le but ultime des opérations militaires est de l'emporter sur les forces armées de l'ennemi. Les parties à un conflit armé sont ainsi autorisées à attaquer ou, tout du moins, il ne leur est pas juridiquement défendu

68 Pour un examen des relations entre conflit armé et terrorisme, voir Jelena Pejic, « Armed Conflict and Terrorism: There Is a (Big) Difference », in Ana Maria Salinas de Frias, Katja L. H. Samuel et Nigel D. White (dir.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 171-204.

69 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier : Tome 1, Règles, et Tome 2 : Pratique*, trad. de Dominique Leveillé, Bruxelles, éditions Bruylant, 2006 (Étude sur le droit coutumier du CICR).

d'attaquer les objectifs militaires des autres parties (ce qui inclut les membres des forces armées et les autres personnes prenant directement part aux hostilités – voir la section suivante). La violence dirigée contre ces cibles n'est pas interdite par le DIH, qu'elle soit infligée par une partie étatique ou non étatique, à condition, bien entendu, que les autres règles du DIH comme celles interdisant des armes spécifiques soient respectées. Les actes de violence contre les civils et les biens civils sont en revanche illicites car l'un des principaux objectifs du DIH est de préserver les populations et les biens civils des effets des hostilités. Le DIH régit ainsi à la fois les actes de violence *licites* et *illicites* et est l'unique branche du droit international relative à la protection des personnes adoptant une telle double approche. Il n'y a, par exemple, pas de dichotomie similaire dans le droit international des droits de l'homme, une branche du droit international qui, entre autres, protège les personnes de la violence étatique⁷⁰.

La seconde caractéristique qui ne se trouve pas dans les autres branches du droit international est le principe d'égalité des droits et des obligations des belligérants en DIH⁷¹. Conformément au *jus in bello*, chaque partie à un conflit armé se doit de respecter les mêmes règles. Ceci car l'objectif du DIH n'est pas de déterminer quelle partie a « raison » en recourant à la force armée contre l'autre (cela relève du *jus ad bellum*, comme exposé plus haut), mais d'assurer une protection égale aux personnes et aux biens affectés par le conflit armé, quelle que soit la licéité du premier recours à la force. Ainsi, il est pareillement défendu à toute partie à un conflit armé d'attaquer directement les civils ou les biens civils, mais il n'est pas interdit d'attaquer les objectifs militaires de l'adversaire aux termes du DIH⁷².

Règles et principes généraux de la conduite des hostilités

Le principe de distinction est le principe fondamental du DIH pour la conduite des hostilités et comporte deux volets. Aux termes du premier, les parties à un conflit armé doivent en tout temps faire la distinction entre les civils et les combattants, et doivent diriger leurs attaques seulement contre les combattants⁷³. Les civils sont les personnes qui ne sont pas membres des forces armées et la population civile comprend toutes les personnes civiles. Conformément au droit conventionnel et au

70 Ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut y avoir de recours licite à la force par des agents étatiques selon le droit des droits de l'homme. Un tel recours à la force, toutefois, est toujours entrepris en réponse à un fait illicite commis par un individu ou par un groupe de personnes. Ce n'est pas le cas lors d'une participation directe aux hostilités, qui alors soit ne sera pas interdite, soit sera explicitement autorisée par le DIH. Ainsi, une participation directe aux hostilités n'est pas considérée comme un crime de guerre par le DIH.

71 Voir Marco Sassòli et Lindy Rouillard, « La définition du terrorisme et le droit international humanitaire », *Revue québécoise de droit international*, Studies in Honour of Katia Boustany, 2007, p. 31. Voir également le débat entre Marco Sassòli et Yuval Shany, « Les obligations découlant du droit international humanitaire devraient-elles être vraiment égales pour les États et les groupes armés ? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 882, Sélection française 2011/2, p. 121.

72 Le principe d'égalité des parties, ou « d'égalité des belligérants » découlant du DIH n'est pas seulement important sur le plan juridique, mais il sert également à améliorer le respect des normes par toutes les parties impliquées.

73 PA I, art. 48 ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, règle 1.

droit coutumier, les civils bénéficient d'une protection contre les attaques, sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation⁷⁴. En cas de doute, la personne doit être considérée comme un civil⁷⁵.

D'après le second volet du principe de distinction, les parties à un conflit armé doivent en tout temps distinguer entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires, et peuvent seulement diriger leurs attaques contre des objectifs militaires⁷⁶. En ce qui concerne les biens, les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation, apportent une contribution effective à l'action militaire, et dont la destruction partielle ou totale, la prise ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis. Les biens de caractère civil sont tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires. Ils sont protégés contre les attaques, sauf s'ils constituent des objectifs militaires et aussi longtemps qu'ils le demeurent⁷⁷.

La définition et l'interdiction des attaques sans discrimination sont prévues aussi bien dans le DIH conventionnel que coutumier⁷⁸. Il est de même communément admis que la règle de proportionnalité du DIH doit être respectée dans la conduite des hostilités, aussi bien pour les CAI que pour les CANI⁷⁹, et que les parties doivent également se soumettre aux règles régissant les précautions à prendre dans l'attaque ou contre les effets des attaques⁸⁰. Comme exposé plus loin dans cet article, il est utile de noter qu'il y a d'importantes différences, souvent mal comprises, dans l'application du principe de proportionnalité aux termes du DIH et en vertu du droit international des droits de l'homme, qui reflètent les différences entre ce qui est pratiquement possible en temps de guerre et en temps de paix.

Le principe de proportionnalité dans l'attaque interdit les attaques contre des objectifs militaires 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. Il n'existe pas de formule précise, mathématique ou autre, permettant d'établir le caractère excessif des dégâts civils causés incidemment par rapport à l'avantage militaire attendu ; en pratique, plus la valeur militaire d'une cible légitime est élevée, plus il sera possible de justifier d'importants dommages causés incidemment par l'attaque de cette cible. Trouver le « juste milieu » (à défaut d'une expression plus appropriée) est un des défis les plus importants sur le plan opérationnel dans la conduite des hostilités et demande une évaluation minutieuse des circonstances

74 Voir PA I, art. 51, 3. et PA II, art. 13, 3. ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, règle 6.

75 PA I, art. 50(1). Pour une évaluation du statut du droit coutumier de cette règle, voir l'Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, commentaire de la règle 6, p. 23-24. Voir également le *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Cambridge, Cambridge University Press, avril 2013, règle 33, disponible sur : <https://ccdcoe.org/tallinn-manual.html>.

76 PA I, art. 48 ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, règle 7.

77 Étude sur le droit international humanitaire coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, règle 10.

78 PA I, art. 51, 4. ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, règles 11 et 12.

79 PA I, art. 51, 5. b) ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, règle 14.

80 PA I, art. 57 et 58 ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, règles 15-24.

de chaque cas concret. La différence cruciale entre les règles pertinentes du DIH et celles du droit international des droits de l'homme réside dans le fait que l'objectif du principe de proportionnalité en DIH est de limiter les dommages causés incidemment (les dommages « collatéraux »), tout en reconnaissant néanmoins qu'une opération peut être menée même si de tels dommages sont probables, à condition, comme mentionné juste avant, qu'ils ne soient pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. En revanche, l'objectif du principe de proportionnalité aux termes des droits de l'homme est d'éviter que des dommages soient causés à quiconque, excepté à la personne envers qui la force est employée. Cette personne doit même être épargnée s'il existe une autre manière, non létale, d'atteindre l'objectif d'une opération de maintien de l'ordre⁸¹.

Le principe de précaution dans l'attaque en DIH comporte de multiples facettes, en ce qu'il impose l'application d'une série de mesures visant à assurer que les civils et les biens à caractère civils soit protégés des effets des opérations militaires⁸². Cela signifie, entre autres, que tout ce qui est pratiquement possible doit être entrepris pour s'assurer que l'objet d'une attaque est effectivement un objectif militaire – c'est-à-dire le ciblage par erreur de civils ou de biens civils. Cela nécessite que toutes les précautions possibles soient prises dans le choix des moyens et méthodes de combat afin d'éviter ou au moins de limiter les pertes humaines ou les dommages collatéraux possibles causés aux civils et que les parties doivent s'abstenir de lancer une attaque susceptible de causer incidemment des pertes excessives en vies humaines dans la population civile ou des dommages aux biens civils. En pratique, la mesure dans laquelle ces précautions sont possibles dépendra d'une variété de facteurs parmi lesquels, par exemple, « la disponibilité des informations sur la cible et ses environs, le niveau de contrôle exercé sur le territoire, le choix et la sophistication des armes disponibles, le caractère d'urgence de l'attaque et les risques pour la sécurité que des mesures de précaution supplémentaires pourraient entraîner pour les forces attaquantes ou pour la population civile [Traduction CICR]⁸³ ». Le principe de précaution implique également qu'une attaque soit suspendue ou annulée s'il devient clair que la cible désignée n'est pas un objectif militaire, ou que l'on peut s'attendre à ce qu'elle cause incidemment des pertes et des dommages civils excessifs.

81 Voir Noam Lubell, « Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict », *International Review of the Red Cross*, n° 860, 2005, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/review/review-860-p737.htm>. « Par exemple, le droit des droits de l'homme et les règles de maintien de l'ordre prévoient que lorsqu'un agent de l'État emploie la force contre un individu, le principe de proportionnalité mesure le degré de force employée grâce à une évaluation incluant l'effet de cette force sur l'individu lui-même, et, par ailleurs, implique la nécessité d'employer le plus petit degré de force nécessaire et restreint le recours à la force létale [Traduction CICR] ».

82 Pour une excellente vue d'ensemble sur cette question, voir Jean-François Quéguiner, « Precautions Under the Law Governing the Conduct of Hostilities », *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n° 864, 2006, disponible sur : <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-864-p793.htm>.

83 Nils Melzer, *Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare*, Étude, Parlement européen, Direction générale des politiques externes, Département thématique, mai 2013, p. 24, disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET%282013%29410220_EN.pdf.

Comme nous l'avons mentionné, des précautions incombent également aux parties en situation de défense⁸⁴.

Pour résumer, les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités reconnaissent que l'usage de la force létale contre des personnes est inhérent à la guerre. Ce corps de règles vise à éviter ou à limiter les pertes en vies humaines et les autres dommages, particulièrement ceux causés aux civils, mais reconnaît que la nature même des conflits armés est telle que la mort ne peut, malheureusement, pas être entièrement évitée.

Qui peut être ciblé ?

La question de savoir qui peut être ciblé par les drones armés a été et continue d'être le sujet de bien des controverses. Ce qui suit est une vue d'ensemble des règles du DIH relatives à la conduite des hostilités qui sont spécifiquement liées à la question de savoir contre qui la force létale peut être employée lors d'un conflit armé.

Il n'y a aucun doute sur le fait qu'en vertu du DIH, le recours à la force létale est autorisé entre les combattants. Un combattant est un membre des forces armées d'une partie à un CAI qui a « le droit de participer directement aux hostilités⁸⁵ ». Cela signifie qu'il ou elle peut avoir recours à la force contre – c'est-à-dire, prendre pour cible et tuer – d'autres personnes prenant une part directe aux hostilités (et détruire d'autres objectifs militaires ennemis). En vertu du DIH, les populations et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires, en CAI comme en CANI⁸⁶. Afin de donner effet à ce principe, le DIH prévoit spécifiquement que « ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques⁸⁷ ». Les civils demeurent protégés contre les attaques directes, que ce soit lors d'un CAI ou lors d'un CANI, « sauf s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation⁸⁸ ».

Savoir qui est considéré comme une personne civile prenant directement part aux hostilités est donc une question juridique et pratique clé. Comme mentionné dans un rapport du CICR, les civils ont, tout au long de l'histoire, contribué à l'effort de guerre général dans une plus ou moins grande mesure, mais de telles activités étaient toujours menées à une certaine distance du champ de bataille⁸⁹. Les dernières décennies ont vu ce modèle changer radicalement. Les opérations militaires se sont progressivement éloignées des champs de bataille pour se rapprocher des zones

84 PA I, art. 58 ; Étude sur le droit coutumier du CICR, *op. cit.* note 69, règles 22-24.

85 PA I, art. 43, 2.

86 PA I, art. 51, 1. et PA II, art. 13, 1.

87 PA I, art. 51, 2. et PA II, art. 13, 2.

88 PA I, art. 51, 3. et PA II, art. 13, 3.

89 CICR, *Rapport sur le DIH et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la 30^e conférence annuelle internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, CICR, 26-30 novembre 2007, p. 17-18 (sur lesquelles une partie de cette section se fonde), disponible sur : https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/30ic_8-4_ihlchallenges_report_annexes_fra_final.pdf. « Elles comportaient notamment la production ou la fourniture d'armes, d'équipements, de nourriture et d'abris, ainsi que le soutien économique, administratif et politique. Traditionnellement, seule une faible minorité de civils participaient à la véritable conduite des opérations militaires ». *Ibid.*, p. 17.

peuplées de civils et les civils ont davantage participé aux activités plus étroitement liées à la conduite effective des hostilités. Plus récemment encore, il y a eu une tendance à la « civilianisation » des forces armées, c'est-à-dire la participation de nombreux contractants privés, de même que du personnel des services de renseignements et d'autres fonctionnaires civils du gouvernement, dans les conflits armés. En outre, dans de nombreux conflits armés contemporains, les opérations militaires ont atteint un niveau de complexité sans précédent et font intervenir de ressources humaines et techniques étroitement liées, y compris des systèmes d'armes pilotées à distance comme les drones.

La distinction de plus en plus floue entre les fonctions civiles et militaires, le mélange des acteurs armés avec la population civile pacifique et la grande variété d'activités réalisées par des civils dans les conflits armés contemporains ont été source de confusion et d'incertitude dans la mise en œuvre du principe de distinction dans la conduite des hostilités. Ces difficultés sont aggravées lorsque les acteurs armés ne se distinguent pas eux-mêmes de la population civile ou quand des personnes agissent comme « paysans le jour et combattants la nuit ». En conséquence, les civils pacifiques sont plus susceptibles d'être victimes d'un ciblage erroné ou non nécessaire, tandis que les membres des forces armées courent le risque croissant d'être attaqués par des personnes qu'ils ne peuvent pas distinguer des civils pacifiques, même s'ils doivent avoir été formés pour protéger les civils.

Ces problèmes ont mis en exergue l'importance de distinguer non seulement les civils des forces armées, mais aussi les civils qui ne participent pas directement aux hostilités de ceux qui y participent. Comme indiqué ci-dessus, en vertu du DIH, la notion de « participation directe aux hostilités » se réfère à un comportement individuel qui, s'il est adopté par des civils, suspend leur protection contre les attaques directes. Cependant, en dépit des graves conséquences juridiques qui sont en jeu, ni les Conventions de Genève ni leurs Protocoles additionnels n'établissent une définition de la conduite qui constitue à une participation directe aux hostilités.

C'est dans le but de clarifier le droit qu'en 2009 le CICR a publié son Guide interprétatif, énonçant les recommandations de l'organisation⁹⁰. La première question traitée dans le Guide interprétatif est celle de savoir qui est considéré comme civil aux fins du principe de distinction car la réponse détermine qui sont les personnes protégées contre les attaques directes « sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ». Le Guide établit une distinction entre (i) les membres des forces armées ou de groupes armés organisés, ces derniers se définissant comme des personnes dont la fonction permanente est de conduire les hostilités au nom d'une partie à un conflit et (ii) les civils – c'est-à-dire les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités ou qui n'y prennent part que de

90 Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en Droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009 (Guide interprétatif), disponible sur : https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0990.pdf. Pour des articles d'experts critiquant certains aspects sur Guide interprétatif, et les réponses de Nils Melzer à ces critiques, voir le *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n° 3, 2010, disponible sur : <http://nyujilp.org/print-edition/#42>, qui est dédié à ce sujet.

manière spontanée, sporadique ou non organisée. Il conclut que, aux fins du principe de distinction en vertu du DIH, seuls ces derniers sont considérés comme des civils.

Cela signifie que, lors d'un CANI, les personnes qui ne sont pas membres des forces armées de l'État ou de groupes armés organisés sont considérées comme des civils et ne peuvent être prises pour cibles, sauf si elles commettent un acte spécifique de participation directe, et pendant la durée de cette participation⁹¹ (voir plus bas). Inversement, les groupes armés organisés constituent les forces armées d'une partie non étatique à un CANI. Le critère décisif pour déterminer l'appartenance à un groupe armé organisé est celui de la fonction continue au sein du groupe impliquant sa participation directe aux hostilités (« fonction de combat continue » ou FCC). Tant que c'est le cas, il ou elle cesse d'être un civil aux fins de la conduite des hostilités et perd sa protection contre les attaques directes. Cela n'implique pas *de jure* le droit au privilège du combattant, qui de toute façon n'existe pas dans les CANI. Il s'agit plutôt de faire la distinction entre, d'une part, les membres des forces combattantes organisées d'une partie non étatique et les civils, y compris ceux qui participent directement aux hostilités de façon spontanée, sporadique ou non-organisée. Le concept de FCC a été critiqué en ce qu'il se fonderait sur le statut plutôt que sur le comportement comme point de départ pour définir les cibles⁹². Cette critique est déplacée, car le Guide interprétatif n'introduit pas – et ne pourrait pas introduire – le statut de combattant dans un CANI. Au contraire, comme l'expression l'indique elle-même, le fait d'être membre d'un groupe armé est lié à la FCC qu'une personne exerce.

La deuxième question traitée par le Guide interprétatif est celle de savoir quel comportement est constitutif d'une participation directe aux hostilités. D'après le Guide interprétatif, un acte spécifique doit remplir trois conditions cumulatives : 1) il doit être susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie à un conflit armé ou alors il doit être de nature à causer des pertes en vies humaines, des blessures et des destructions à des personnes ou à des biens protégés contre les attaques directes (seuil de nuisance) ; 2) il doit exister une relation directe de causalité entre l'acte et les effets nuisibles susceptibles de résulter de cet acte ou d'une opération militaire coordonnée dont cet acte fait partie intégrante (causation directe) ; 3) l'acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie au conflit et au détriment d'une autre (lien de belligérance).

91 Conformément au Guide interprétatif, lors d'un CAI toutes les personnes qui ne sont ni des membres des forces armées d'une partie au conflit ni des participants à une levée en masse sont des personnes civiles, et elles ont donc droit à la protection contre les attaques directes, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Les membres de forces armées irrégulières (milices, corps de volontaires, etc.) dont la conduite est imputable à une partie étatique au conflit sont considérés comme appartenant aux forces armées de cet État. Ils ne sont pas considérés comme des civils aux fins de la conduite des hostilités même s'ils ne satisfont pas aux critères définis par le DIH pour prétendre au privilège du combattant et au statut de PG. L'adhésion à des forces armées irrégulières appartenant à une partie au conflit se détermine en fonction des mêmes critères fonctionnels qui s'appliquent aux groupes armés organisés lors d'un CANI.

92 Voir le Rapport de l'ONU du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Philip Alston, *op. cit.* note 7, par. 65.

Appliquées conjointement, ces trois conditions sont censées permettre d'établir une distinction exploitable entre les activités constituant une participation directe aux hostilités et celles qui, bien qu'étant menées dans un contexte de conflit armé, ne font pas partie des hostilités et ne conduisent pas à la perte de protection contre les attaques directes. En outre, les mesures préparatoires à l'exécution d'un acte spécifique de participation directe aux hostilités, de même que le déploiement vers son lieu d'exécution et le retour de ce lieu, sont considérés comme faisant partie intégrante de cet acte.

Le troisième problème qu'aborde le Guide interprétatif concerne les modalités qui régissent la perte de protection contre les attaques directes. Celles-ci comprennent la durée pendant laquelle aussi bien les membres de forces armées d'un État ou de groupes armés organisés que les personnes civiles peuvent être l'objet d'une attaque directe et les règles et principes régissant le recours à la force contre ces personnes. Concernant ces derniers, le Guide recommande que « le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent⁹³ ». Cette recommandation, en particulier, a été critiquée comme étant contraire au DIH, qui n'inclut aucune restriction explicite en matière de ciblage et de meurtre de personnes qui sont des cibles légitimes⁹⁴. Elle a également été interprétée, à tort, comme posant en toutes circonstances une obligation de « capturer plutôt que tuer » dans la conduite des hostilités.

En ce qui concerne la première critique, l'opinion du CICR, comme expliquée dans le Guide interprétatif, est fondée sur l'interaction entre les principes de nécessité militaire et d'humanité qui sous-tendent le cadre normatif du DIH dans son ensemble. Cette recommandation découle de l'interprétation donnée par les États concernés de l'interaction entre ces deux principes, telle que reflétée dans leurs manuels militaires⁹⁵.

La seconde critique résulte d'une mauvaise lecture du langage clair de la recommandation et du commentaire qui l'accompagne. Ce dernier précise que « l'absence d'un "droit" de tuer illimité n'implique pas nécessairement une obligation

93 Guide interprétatif, *op. cit.* note 90, p. 77, Recommandation IX.

94 Voir W. Hays Parks, « Part IX of the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n° 3, p. 799.

95 Voir, par exemple *Le glossaire OTAN de termes et définitions*, AAP-6V, p. 2-M-5 ; États-Unis : Department of the Army, *Field Manual 27-10*, 1956, par.3 ; États-Unis : Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A, 2007, par. 5.3.1, p. 5-2. ; France : ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, 2001, pp. 86-87 ; Allemagne : ministère fédéral de la Défense, *Règlement sur le service dans les forces armées ZDv 15/2 : Droit international humanitaire dans les conflits armés*, août 1992, par. 130 ; Suisse : Armée suisse, *Les bases légales du comportement à l'engagement, règlement 51.007/IV*, 2005, par. 160. Au cours de l'histoire, le concept moderne de « nécessité militaire » a été fortement influencé par la définition figurant à l'article 14 du « Code de Lieber » également connu sous le nom de *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, Ordre Général n° 100, 24 avril 1863.

juridique de capturer plutôt que de tuer, quelles que soient les circonstances⁹⁶ ». Le commentaire explique également que :

« Une évaluation complexe – tenant compte d’une grande variété de circonstances opérationnelles et contextuelles – doit être réalisée pour déterminer le type et le degré de force pouvant être considérés comme nécessaires dans une attaque lancée contre un objectif militaire particulier. Il ne s’agit pas de remplacer le jugement du commandant militaire par des normes inflexibles ou irréalistes. Le but est plutôt d’éviter les erreurs, l’arbitraire et les abus, en indiquant au commandant militaire les principes directeurs devant guider son choix de méthodes et moyens de guerre spécifiques en fonction de son évaluation de la situation⁹⁷. »

Le Guide interprétatif se termine par le rappel du fait que les civils qui cessent de participer directement aux hostilités et les personnes qui cessent d’être membres d’un groupe armé organisés en se désengageant de leur fonction de combat continue recouvrent une entière protection civile contre les attaques directes. Cependant, en l’absence du privilège du combattant, ils ne sont pas exemptés de poursuites en vertu du droit interne de l’État dans lequel ils sont détenus, pour les actes qu’ils auraient commis pendant leur participation directe ou leur appartenance à un groupe armé. Ils peuvent, de même, être tenus individuellement responsables pour des crimes de guerre ou d’autres crimes de droit international.

Il est à noter que le Guide interprétatif visait à fournir aux planificateurs militaires, aux commandants et à leurs conseillers juridiques, ainsi qu’à d’autres, des standards juridiques détaillant le concept de participation directe aux hostilités. Les recommandations formulées sont donc nécessairement de nature générale et abstraite, et requièrent d’être traduites ensuite en termes opérationnels afin d’être applicables à des opérations spécifiques de ciblage sur le terrain.

Étant donné certaines des controverses actuelles autour du droit ou des pratiques déclarées relatives au ciblage extraterritorial de personnes au moyen de drones armés, quelques remarques supplémentaires doivent être faites. Mis à part les forces armées d’un État dans un CAI, les *seules* autres personnes contre lesquelles, de l’avis du CICR, la force létale peut être employée au soutien d’une d’attaque directe sont les membres de groupes armés dans un CANI (définis comme exerçant une fonction de combat continue) ou les civils participant directement aux hostilités de manière individuelle et pendant la durée de l’acte spécifique de participation directe. Dans ce contexte, des rapports publics suscitant nombre de réactions sont parus au sujet de la pratique des « frappes signatures »⁹⁸. Celles-ci ont été décrites comme des attaques de drones ciblant des « groupes d’hommes qui présentent des signes distinctifs ou des caractéristiques associées à une activité terroriste, mais

96 Guide interprétatif, *op. cit.* note 90, p.81.

97 *Ibid.*, p. 83.

98 Voir Anthony Dworkin, *Drones and Targeted Killing: Defining a European Position*, Policy Brief, Conseil européen des relations internationales, Londres, 3 juillet 2013, p. 5, disponible sur : http://www.ecfr.eu/publications/summary/drones_and_targeted_killing_defining_a_european_position211. Voir également N. Melzer, *op. cit.* note 83, pp. 34-35.

dont les identités sont inconnues [Traduction CICR]⁹⁹ ». Le concept de frappes signatures n'est pas un terme juridique à proprement parler et risque de créer la confusion en suggérant l'introduction possible d'une nouvelle notion (juridique). La manière dont ce concept est utilisé – c'est-à-dire, par opposition aux « frappes de personnalité »¹⁰⁰ – implique également, à tort, que le ciblage aux termes du DIH n'est légal que si l'identité de la personne ciblée est connue. Cette condition n'est pas un élément du principe de distinction et serait la majeure partie du temps impossible à remplir dans la réalité d'un conflit armé.

Il est nécessaire de pouvoir déterminer si une personne constitue une cible licite, soit de par sa fonction de combat continue, soit parce qu'il ou elle est une personne civile prenant directement part aux hostilités et d'avoir des preuves suffisantes de l'une ou l'autre de ces situations. Il n'est pas suggéré ici que la collecte de preuve sera dans tous les cas aisée, dans la mesure où le DIH ne donne pas d'indications quant à la qualité ou la quantité des preuves requises. Il convient également de rappeler que la mise en œuvre de l'exigence selon laquelle l'attaquant doit opérer toutes les vérifications possibles pour s'assurer qu'il ne cible pas de civils (une partie du principe de précaution dans l'attaque) ne peut se fonder que sur l'information disponible au moment de l'attaque, et non pas *a posteriori*. Néanmoins, en cas de doute, comme mentionné plus haut, une personne devrait être présumée ne pas pouvoir constituer une cible.

Des rapports sont également parus au sujet de frappes de drones contre des hommes en âge de combattre. Ces frappes sont motivées par l'idée selon laquelle tous les hommes ayant l'âge de combattre dans une zone de frappe sont des combattants (ce terme étant vraisemblablement utilisé dans son sens familier), car « la logique veut que les personnes évoluant dans une zone connue d'activité terroriste [...] préparent sans doute quelque mauvais coup [Traduction CICR]¹⁰¹ ». La pratique est parfois elle-même examinée, tandis que dans d'autres cas elle est considérée comme un sous-groupe des « frappes signatures »¹⁰². Si un tel ciblage existe ou a existé, il serait contraire au principe de distinction dans la mesure où la proximité d'une personne avec une zone particulière, couplée à son âge, ne fait pas de celle-ci un objectif militaire. Si, en outre, les personnes en question ne sont pas considérées comme des cibles elles-mêmes, mais qu'elles ne sont pas comptées comme des civils dans l'évaluation de la proportionnalité, alors il y aurait une application incorrecte de la règle de proportionnalité décrite plus haut.

Une question qui se pose parfois concerne les règles du DIH qui seraient applicables au recours à la force létale contre des opérateurs de drones. Le fait qu'un

99 Pour un examen complet de cette question, voir Kevin Jon Heller, « 'One hell of a Killing Machine': Signature Strikes and International Law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n° 1, 2013, p. 1, disponible sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2169089, qui cite Daniel Klaidman, *Kill or Capture: The War on Terror and the Soul of the Obama Presidency*, New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2012, p. 41.

100 Les frappes pour lesquelles « le degré de confiance est élevé » concernant l'identité précise de la cible. Voir K. Heller, *ibid.*, p. 2.

101 Voir *ibid.*, p. 11 et note 52.

102 Pour un examen de la pratique en elle-même, voir N. Melzer, *op. cit.* note 83, p. 35. Pour un examen de la pratique comme sous-groupe des frappes signatures, voir K. Heller, *op. cit.* note 99, p. 11.

drone soit piloté à distance n'a pas d'incidence sur les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités décrites plus haut. Si un pilote de drone est membre des forces armées régulières d'un État impliqué dans un CAI, il ou elle peut être pris pour cible par l'adversaire pour la simple raison qu'il ou elle constitue un objectif militaire. Si lors d'un CAI, un drone est piloté par une entité gouvernementale qui ne fait pas partie des forces armées, les personnes impliquées perdront leur protection contre les attaques directes dans la mesure où leur activité revient à une fonction de combat continue ou à une participation directe aux hostilités. Les règles pertinentes du DIH évoquées plus haut régiront également le recours à la force létale au moyen de drones armés lors d'un CANI. Ainsi, aux termes du DIH, les attaques directes ne seraient pas interdites contre les membres des forces armées d'un État pilotant un drone, ou contre les personnes pilotant un drone dans le cadre d'une fonction de combat continue, ou participant directement aux hostilités en pilotant des drones en tant que civils et de façon sporadique, que ce soit du côté du camp étatique ou non étatique. La différence avec un CAI réside bien sûr dans le problème du statut juridique des opérateurs : il n'existe pas de statut de combattant ou de PG dans un CANI, ce qui signifie que les personnes qui se trouvent dans le camp opposé aux forces du gouvernement demeureront passibles de poursuites en vertu du droit pénal national dès leur arrestation, même dans le cas où les attaques de drones ont pu ne pas constituer une violation du DIH¹⁰³.

Où les personnes peuvent-elles être ciblées ?

Le champ territorial d'un conflit armé – et donc du DIH – est probablement la question la plus épineuse qui a émergé dans le débat juridique et les autres débats sur le ciblage extraterritorial au moyen de drones armés. C'est en grande partie dû au fait que le DIH ne comprend pas une disposition générale explicite quant à son champ d'applicabilité territoriale. Les références spécifiques faites au « territoire » dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels ont ainsi récemment donné lieu à différentes positions sur ce qui a été appelé « la géographie juridique de la guerre [Traduction CICR]¹⁰⁴ ». Les questions posées le plus souvent sont : le DIH s'applique-t-il sur tout le territoire des parties à un conflit armé ou uniquement au « champ de bataille » situé sur ce territoire ? S'applique-t-il en dehors des territoires des parties, c'est-à-dire, sur le territoire d'États neutres ou non belligérants ? Il est important de souligner que les opinions exposées ci-dessous ne sont qu'une simple « base théorique ». La réalité est si complexe et mouvante que tous les cas pratiques spécifiques et toutes les questions juridiques qu'ils ont pu ou pourraient entraîner, ne peuvent pas être abordés à ce stade.

L'applicabilité du DIH sur les territoires des parties à un conflit armé

En ce qui concerne les conflits armés internationaux, il est généralement admis que le DIH s'applique à l'ensemble du territoire des États impliqués dans un tel conflit,

103 Voir I. Henderson et B. Cavanagh, *op. cit.* note 6, p. 208.

104 Voir K. Anderson, *op.cit.* note 32.

de même qu'en haute mer et dans les zones économiques exclusives (la « zone » ou la « région » de guerre¹⁰⁵). Le territoire d'un État comprend non seulement la surface de ses terres, mais aussi les rivières, les lacs et les mers intérieures, les eaux territoriales, les eaux intérieures et l'espace aérien situé au-dessus de ces territoires¹⁰⁶. Il n'y a pas d'indications, ni dans les Conventions de Genève, ni dans les Protocoles additionnels, pas plus que dans la doctrine ou la jurisprudence, quant à la limitation du champ d'applicabilité des règles du DIH au « champ de bataille » / à la « zone des hostilités actives » ou à la « zone de combat », les termes génériques employés pour désigner l'espace dans lequel les hostilités se déroulent¹⁰⁷. Il est aussi largement admis que les opérations militaires ne peuvent être menées au-delà de la zone / région de guerre telle que définie ci-dessus, ce qui signifie qu'elles ne peuvent être étendues au territoire d'États neutres, une question qui sera évoquée plus bas.

De même, il peut être soutenu que le DIH s'applique à l'ensemble du territoire des parties impliquées dans un CANI. Si l'article 3 commun ne traite pas de la conduite des hostilités, il fournit en revanche une indication sur le champ de son applicabilité territoriale en précisant que certains actes sont prohibés « en tout temps et en tout lieu¹⁰⁸ ». Les travaux préparatoires effectués pour cet article ne suggèrent pas qu'il soit prévu que son applicabilité soit restreinte au « champ de bataille » ou à la « zone de combat / d'hostilités actives ». La Chambre d'appel du TPIY a spécifiquement établi que :

« La région où se déroulent effectivement des combats ne coïncide pas nécessairement avec la zone géographique couverte par le droit de la guerre. Celui-ci s'applique sur l'ensemble du territoire des parties belligérantes ou, dans les cas de conflits armés internes, sur l'ensemble du territoire contrôlé par une partie au conflit, que des combats effectifs s'y déroulent ou non¹⁰⁹. »

De son côté, le TPIR a conclu que :

« Dès lors que les conditions d'application de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II sont remplies, ceux-ci deviennent applicables, non seulement « sur le théâtre proprement dit des combats », mais également sur tout le territoire de l'État où les hostilités se déroulent¹¹⁰. »

105 Voir, par exemple, C. Greenwood, *op. cit.* note 42, p. 51 (zone de guerre). Voir également Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 19.

106 Certaines zones du territoire national des parties à un CAI, comme les zones démilitarisées, y compris les zones sanitaires et de sécurité, ainsi que les zones neutralisées et les localités non défendues, sont sujettes à un régime spécial du DIH qui ne sera pas examiné ici.

107 Pour un examen de la notion de « zone des hostilités actives », voir Jennifer C. Daskal, « The Geography of the Battlefield: A Framework for Detention and Targeting Outside the "Hot" Conflict Zone », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, n° 5, 2013, pp. 1165-1234.

108 Article 3, 1. commun.

109 TPIY, *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Jugement, 12 juin 2002, par. 57, disponible sur : <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/fr/kun-aj020612f.pdf>. Nous pouvons observer que la position de la Chambre d'appel du TPIY sur le champ géographique d'application du DIH semble avoir évolué depuis la déclaration initiale faite en 1995 lors de l'arrêt rendu dans l'affaire Tadić, *op. cit.* note 37, par. 67 à 69.

110 TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, affaire n° ICTR-97-20-T, Jugement, 15 mai 2003, par. 367, disponible sur : <http://www.refworld.org/pdffid/48abd51d0.pdf>.

Il convient de préciser que si les Tribunaux internationaux visaient à établir le champ territorial du DIH, c'était avant tout dans l'objectif de permettre à ces Tribunaux d'être compétents en matière de crimes de guerre. Même si tel est le cas, nous soutenons néanmoins que leurs conclusions sont valides en ce qui concerne l'applicabilité territoriale du DIH, y compris pour les règles sur le recours à la force létale qui nous intéressent ici. Le DIH s'appliquera aux actes hostiles spécifiques commis par des personnes dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé – c'est-à-dire, à une participation directe aux hostilités – sur le territoire des parties, où que de tels actes se déroulent. Une conclusion différente signifierait que les hostilités ne pourraient s'étendre au-delà du « champ de bataille » ou de la « zone de combat / d'hostilités actives » au sein du territoire d'un État. C'est pourtant bien le cas en réalité et c'est pour régler ces situations que le DIH est conçu.

Il est important de souligner dans ce contexte que l'applicabilité du DIH sur le territoire des parties à un conflit ne signifie pas qu'il n'y a pas de contraintes juridiques, excepté celles relatives à l'interdiction de méthodes et moyens de combat, quant au recours à la force létale contre des personnes qui peuvent être prises pour cible de manière licite aux termes du DIH – c'est-à-dire, des membres des forces armées étatiques ou de groupes armés organisés, aussi bien que des personnes civiles prenant directement part aux hostilités, particulièrement en dehors du « champ de bataille » ou de la « zone de combat / d'hostilités actives ». Comme l'explique le commentaire de la Recommandation IX du Guide interprétatif du CICR auquel il a été fait référence plus haut, le DIH ne régleme pas expressément le type et le degré de force admissible contre des cibles légitimes¹¹¹. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il est autorisé de recourir à la force létale contre de telles personnes en toutes circonstances sans un examen plus approfondi de la situation. Fondé sur l'interaction entre les principes de nécessité militaire et d'humanité, le Guide interprétatif établit que « le type et le degré de force admissibles contre des personnes n'ayant pas droit à une protection contre les attaques directes ne doivent pas excéder ce qui est véritablement nécessaire pour atteindre un but militaire légitime dans les circonstances qui prévalent¹¹² ». Comme cela a été mentionné, il est admis que cela implique « une évaluation complexe » qui dépendra d'une grande variété de facteurs opérationnels et contextuels. Dans certains cas, cette évaluation mènera à la conclusion selon laquelle des moyens en deçà de la force létale seront suffisants pour accomplir les objectifs d'une opération militaire. Comme la remarque en a déjà été faite, cela n'introduit pas dans le cadre du DIH une obligation de « capturer plutôt que tuer » pour maintenir l'ordre, bien que cela puisse être, dans certaines circonstances limitées, l'issue pratique de l'analyse juridique préconisée par la Recommandation IX.

Remarquons également que la Recommandation IX ne nuit pas, et ne peut pas nuire, à l'application des autres branches du droit international qui peuvent également être pertinentes dans une situation donnée, une question qui se trouve en dehors du champ de cet article. Il suffit de noter que les législations nationales, ainsi que les obligations internationales ou régionales relatives aux droits de l'homme,

111 Guide interprétatif, *op. cit.* note 90, p.78.

112 *Ibid.*, p. 77, Recommandation IX.

auront également un impact sur l'analyse juridique de la licéité d'un État à recourir à la force létale dans un CANI sur son territoire¹¹³. Par exemple, il a récemment été soutenu que les dispositions du DIH relatives à la protection des personnes aux mains de l'ennemi s'appliquent sur tout le territoire de l'État dans lequel se déroule un CANI, mais qu'il n'en va pas de même pour les règles sur la conduite des hostilités¹¹⁴. Ces dernières s'appliqueront uniquement dans le « contexte des hostilités¹¹⁵ », ce qui signifie qu'un État ne peut recourir à la force létale contre un membre d'un groupe armé « lors d'une situation dans laquelle il est tout à fait possible d'employer des mécanismes de maintien de l'ordre¹¹⁶ ». Selon cette opinion, « cette approche est similaire » à celle énoncée par la Recommandation IX du Guide interprétatif¹¹⁷. Si, comme remarqué plus haut, cela peut survenir dans certaines circonstances limitées comme issue concrète, rappelons que la Recommandation IX se fonde juridiquement sur le DIH, tandis que cette opinion repose sur un paradigme de maintien de l'ordre.

Dans le contexte de ce débat, la question de l'applicabilité du DIH aux territoires des parties à un CANI avec un élément extraterritorial peut être posée (le cas dans lequel les forces armées d'un ou plusieurs États combattent aux côtés des forces armées d'un État hôte sur son territoire contre un ou plusieurs groupes armés organisés). À l'heure actuelle, il existe très peu de déclarations officielles de la part d'États sur cet enjeu spécifique, et les rares experts à s'être publiquement exprimés sur le sujet ont des opinions divergentes. Selon certains, « en principe, le DIH s'applique uniquement au territoire de l'État sur lequel le conflit se déroule [Traduction CICR]¹¹⁸ ». D'autres ont affirmé (en faisant référence aux États membres de la FIAS en Afghanistan) : « Puisque tous ces États sont parties au CANI en Afghanistan, le DIH s'applique à l'ensemble de leurs territoires, même s'ils ne sont pas le théâtre d'hostilités liées au conflit [Traduction CICR]¹¹⁹ ».

Il existe des raisons juridiques valables de croire que le DIH s'applique aux territoires des États venant en aide à l'État hôte dans cette situation. On pourrait soutenir que des États tiers impliqués dans un CANI extraterritorial ne devraient pas pouvoir se soustraire à l'application du principe d'égalité des belligérants en vertu du DIH dès lors qu'ils deviennent partie à ce type de conflit armé se déroulant au-delà de leurs frontières. Cela serait contraire à l'objectif du DIH de créer, au moins sur le plan juridique, une situation équitable entre les parties, dans laquelle toutes ont les mêmes droits – et bien sûr, les mêmes obligations – aux termes de cet ensemble de règles. Ainsi, alors que certains actes commis dans le cadre des hostilités par une partie non étatique sur le territoire d'un État venu en aide à l'État hôte seront sans doute sanctionnés par la législation nationale (et probablement qualifiés de

113 Voir Gloria Gaggioli, *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay Between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, rapport de la réunion d'experts, Genève, CICR, novembre 2013, disponible sur : <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf>.

114 David Kretzmer, Aviad Ben-Yehuda et Meirav Furth, « Thou Shall Not Kill: The Use of Lethal Force in Non-International Armed Conflicts », *Israel Law Review*, vol. 47, n° 2, 2014.

115 *Ibid.*, p. 194.

116 *Ibid.*, p. 224.

117 *Ibid.*, p. 222.

118 Voir le Rapport du Comité consultatif des Pays-Bas, *op. cit.* note 29, p. 3.

119 M. Schmitt, *op. cit.* note 49, p. 16.

« terroristes »), ils peuvent dans certaines circonstances être licites en vertu du DIH. Ce serait le cas si une attaque menée par la partie non étatique concernée était, par exemple, dirigée contre un objectif militaire sur le territoire de l'État intervenant. Si l'attaque était dirigée contre des civils ou des biens civils, elle serait criminelle et pourrait être poursuivie comme telle en vertu du DIH, tout comme un crime de guerre. En ce qui concerne le recours à la force létale par un État tiers sur son propre territoire contre le camp non étatique, cette situation serait régie par la norme exposée dans la Recommandation IX du Guide interprétatif, et déterminée également par la législation nationale de l'État et ses obligations internationales ou régionales quant aux droits de l'homme, comme mentionné plus haut.

*L'applicabilité du DIH au territoire d'un État non belligérant*¹²⁰

S'il est admis que le DIH s'applique à l'ensemble du territoire des parties à un conflit armé, comme cela vient d'être expliqué, il y a une série d'opinions divergentes et de désaccords parmi les juristes, la doctrine et d'autres concernant l'applicabilité du DIH au territoire d'États non belligérants. Le scénario est le suivant : une personne qui constitue un objectif militaire – parce qu'il ou elle est membre des forces armées d'un État, ou d'un groupe armé non étatique (fonction de combat continue), ou parce qu'il ou elle est une personne civile prenant directement part aux hostilités – quitte un État dans lequel se déroule un conflit armé pour aller sur le territoire d'un État non voisin et non belligérant et continue son ou ses activités en lien avec le conflit depuis celui-ci. Une telle personne peut-elle être prise pour cible par un État tiers sur le territoire d'un État non belligérant en vertu du DIH ?

Il y a, globalement, deux positions sur cette question. Selon la première, la réponse est oui. Une rapide présentation de cette position est exposée ci-dessous :

« D'un point de vue politique, le droit humanitaire n'a jamais été conçu pour prévenir les conflits armés ou pour les contenir dans certaines limites territoriales, mais plutôt pour les régler quel que soit le moment et l'endroit où ils éclatent. D'un point de vue juridique, la prévention et le confinement territorial des conflits armés ne relèvent pas du droit humanitaire, mais de la Charte de l'ONU et du droit de la neutralité. En outre, si ces cadres juridiques ont bien pour objectif de prévenir et de limiter les conflits armés, ils n'empêchent pas pour autant ni ne limitent l'applicabilité du droit humanitaire (en droit) au moment et à l'endroit où les hostilités armées surviennent (en fait). Une fois que les critères objectifs d'existence d'un conflit armé sont remplis, l'applicabilité du droit humanitaire n'est pas territorialement délimitée mais régit les relations entre les belligérants sans tenir compte de l'emplacement géographique [...] En l'absence de limites territoriales formelles, toutefois, le droit humanitaire s'applique où que les confrontations des belligérants aient lieu, y compris dans l'espace aérien international, en haute mer, dans le cyberspace et, effectivement,

120 Le terme « non belligérant » est employé ici au sens générique pour signifier un État ne prenant pas part à un conflit armé, ce qui n'est pas la même chose que le statut de neutralité d'un État dans un CAI, comme décrit plus bas.

sur le territoire d'États tiers, qu'ils soient hostiles, cobelligérants, occupés ou neutres. La question décisive n'est pas de savoir où les actes hostiles se déroulent, mais plutôt s'ils constituent réellement, de par leur lien avec un conflit armé, des « actes de guerre ». Ainsi, n'importe quelle attaque de drone, ou l'emploi de toute autre arme robotisée pour des raisons liées à un conflit armé sont des actes nécessairement régis par le droit humanitaire, indépendamment de toute considération territoriale. Quant à savoir si l'utilisation extraterritoriale d'armes robotisées est licite, il s'agit là d'un problème différent et qui relève non seulement du droit humanitaire, mais aussi d'autres branches du droit international, comme la Charte de l'ONU ou le droit de la neutralité, qui peuvent restreindre voire prohiber des actes hostiles entre les parties belligérantes, même s'ils sont tolérés dans le droit humanitaire [Traduction CICR]¹²¹. »

L'autre approche traite séparément les situations de conflit armé international et non international. Selon cette position, « dans les situations de conflit armé international entre États, l'applicabilité du droit international humanitaire est limitée aux territoires des États en guerre [Traduction CICR]¹²² ». Il existe des raisons juridiques et politiques valables à cette interprétation. Quand il s'agit de CAI, un examen attentif des Conventions de Genève peut mener à la conclusion selon laquelle la grande majorité de leurs dispositions ont été en fait rédigées et conçues pour s'appliquer seulement au territoire des États impliqués dans un tel conflit. Pour mémoire, en dehors du territoire national – qui n'est pas limité à la surface des terres – la zone/région de guerre peut inclure la haute mer et les zones économiques exclusives. Le cœur de la controverse qui nous intéresse ici concerne l'extension de l'application du DIH de cet espace jusqu'au territoire des États non participants. Un exemple frappant en est fourni par la Quatrième Convention de Genève qui est principalement structurée autour de la protection des personnes soit sur le territoire d'une partie au conflit, soit en territoire occupé. Certaines de ses dispositions sont ainsi « communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés¹²³ », d'autres régissent le traitement des « étrangers sur le territoire d'une partie au conflit¹²⁴ », et d'autres encore concernent le traitement des personnes « en territoire occupé¹²⁵ ». Il y a également de nombreuses références au « territoire » (soixante-et-onze au total) ou aux « territoires » (quatorze références) tout au long des autres parties de la Quatrième Convention de Genève relatives à l'internement des personnes protégées, leur mort, leur libération et leur rapatriement, l'exécution de la Convention, etc.

Bien que la Troisième Convention de Genève compte un plus petit nombre de références explicites au « territoire » (vingt au total) ou aux « territoires » (trois occurrences au total), il est tout aussi clair que son intention était d'être appliquée sur le territoire national des parties étatiques à un CAI. L'article 4, qui définit entre

121 N. Melzer, *op. cit.* note 83, p. 21. Pour une position similaire, voir Michael N. Schmitt, « Extraterritorial Lethal Targeting: Deconstructing the Logic of International Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 52, 2013, p. 99.

122 Rapport du Comité consultatif des Pays-Bas, *op. cit.* note 29, p. 3.

123 CG IV, Titre III, Section I, art. 27-34.

124 CG IV, Titre III, Section II, art. 35-46.

125 CG IV, Titre III, Section II, art. 47-48.

autres l'éligibilité au statut de PG pour les membres de milices et d'autres groupes « appartenant à une partie au conflit » (c'est-à-dire, dans un CAI, un État, qui par définition est un territoire défini en vertu du droit international public) renvoie explicitement à l'opération de tels groupes « agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé¹²⁶ ». Étant donné le contexte, le terme de « propre » territoire ne peut être interprété que comme le territoire national de l'État auquel ils « appartiennent ». Quant aux références faites aux États neutres par les Conventions de Genève, ou aux effets qu'elles ont sur eux, les dispositions concernées renvoient également de manière explicite, pour la plupart d'entre elles, au « territoire » des États neutres¹²⁷.

Il pourrait être soutenu que le champ essentiellement « territorial » des Conventions de Genève résulte simplement du fait qu'elles régissent le traitement des personnes au pouvoir de l'ennemi¹²⁸, mais que la même conclusion n'est pas nécessairement valable en ce qui concerne les règles du Protocole additionnel I sur la conduite des hostilités. Ici encore, certains arguments contraires peuvent être opposés.

Tout d'abord, le PA I « complète¹²⁹ » les Conventions de Genève : rien ne suggère que le Protocole ait été conçu dans le but d'élargir le champ essentiellement territorial de l'applicabilité des Conventions sur le plan juridique. Ensuite, il n'existe pas de disposition particulière indiquant que les règles du Protocole sur la conduite des hostilités sont censées s'appliquer « mondialement » – c'est-à-dire en dehors du territoire des belligérants. La formulation de l'article 49, paragraphe 2, du PA I est, il faut l'admettre, inhabituelle en ce qu'elle précise que les dispositions du Protocole concernant les « attaques » (définies comme des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs¹³⁰) « s'appliquent à toutes les attaques, quel que soit le territoire où elles ont lieu, y compris le territoire national appartenant à une partie au conflit mais se trouvant sous le contrôle d'une partie adverse¹³¹ ». L'étude de l'histoire de la rédaction de cette disposition¹³² et celle de son commentaire¹³³

126 CG III, art. 4, A, 2)

127 Ainsi par exemple, dans l'article 4, B, 2) la Troisième Convention de Genève étend le traitement de PG aux membres de forces armées d'un belligérant qui ont été reçus par un État neutre (auquel cas ils doivent être internés conformément à la Convention de La Haye de 1907 (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre). De la même manière, les Première et Deuxième Conventions de Genève spécifient, respectivement dans les articles 4 et 5, le traitement que les États neutres doivent réserver aux membres des forces armées des belligérants qui sont blessés, malades ou naufragés, ainsi qu'aux membres du personnel sanitaire et religieux, qui seront reçus ou internés sur leur territoire.

128 Le champ essentiellement territorial d'application des traités du DIH lors de CAI ne signifie pas que le DIH cessera d'opérer en faveur des personnes protégées à qui l'on fait quitter le territoire belligérant, tant qu'elles demeurent aux mains des ennemis.

129 PA I, art. 1, 3.

130 PA I, art. 49, 1.

131 PA I, art. 49, 2. : « Les dispositions du présent Protocole concernant les attaques s'appliquent à toutes les attaques, quel que soit le territoire où elles ont lieu, y compris le territoire national appartenant à une Partie au conflit mais se trouvant sous le contrôle d'une Partie adverse. »

132 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1987, (Commentaire du PA I), par. 1883-1891.

133 Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 240.

montre cependant que les rédacteurs tenaient à poser des limites au comportement des parties sur leur propre territoire. La référence au « territoire quel qu'il soit » ne visait pas ainsi à suggérer une extension spatiale du champ d'application de cette règle en dehors des territoires des parties au conflit, mais au contraire, à garantir qu'un belligérant l'appliquerait sur son propre territoire¹³⁴. Si les règles du Protocole sur la conduite des hostilités avaient été conçues pour s'appliquer potentiellement sans limite géographique, alors la manière dont est formulée la fin de l'application de ce traité aurait aussi été probablement différente. Or, le texte dispose : « l'application des Conventions et du présent Protocole cesse, sur le territoire des Parties au conflit, à la fin générale des opérations militaires et, dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation¹³⁵ ».

L'opinion selon laquelle l'application du DIH ne peut être automatiquement étendue à chaque fois qu'un membre des forces armées adverses dans un CAI se déplace à travers le monde est de plus étayée par l'existence du droit de la neutralité¹³⁶. Aux termes d'une lecture géographiquement « illimitée » des règles de DIH relatives au ciblage, une telle personne pourrait être attaquée sur le fondement de son statut même de combattant et rien d'autre. Mais ce n'est pas le cas. En raison de l'application du droit de la neutralité, les combattants ennemis ne peuvent être pris pour cible que si un État neutre vient en aide à un belligérant ou néglige d'empêcher les membres de ses forces armées de continuer leur participation aux hostilités depuis son territoire et non pas seulement parce qu'ils pourraient y être situés. Le droit de la neutralité est une extension du DIH et son objectif principal est précisément de prévenir le débordement des hostilités vers le territoire d'États non participants. Il poursuit cet objectif au moyen d'un ensemble de règles régissant aussi bien le comportement des États neutres que celui des États belligérants. Si l'examen des règles sur la neutralité n'est pas le cœur de cet article, quelques principes généraux seront toutefois rappelés¹³⁷.

La neutralité est le statut des États ne participant pas à un CAI. Les États neutres doivent s'abstenir d'apporter leur soutien ou de nuire aux États parties à un tel conflit, que ce soit au moyen d'un soutien direct à des opérations militaires, en gênant les belligérants en dehors du territoire neutre, ou en fournissant aux États belligérants des services non autorisés par le droit de la neutralité. Dans le même

134 Voir le commentaire de l'art. 49, 2 du PA I au paragraphe 1891. « Enfin, le présent paragraphe met en évidence le fait, implicite dans le paragraphe 4, que les dispositions du Protocole relatives aux attaques et à leurs effets s'appliquent - comme le Titre II de la IV^e Convention - à l'ensemble de la population se trouvant sur le territoire des Parties au conflit, même s'il est sous le contrôle de l'ennemi » (les italiques sont de l'auteur).

135 PA I, art. 3, b)

136 Pour une vue d'ensemble sur le droit de la neutralité et les arguments en faveur de sa validité permanente, voir Wolff Heintschel von Heinegg, « 'Benevolent' Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality », in Michael Schmitt et Jelena Pejic (dir.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 543-568.

137 Voir Peter Hostettler et Olivia Dani, « Neutrality in Land Warfare », in Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, § 2, General Rules, par. 7-10, disponible sur : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e347?rkey=UkNyH&result=1&prd=EPIL>.

ordre d'idées, les États neutres ont l'obligation de traiter les belligérants de manière égale (principe d'impartialité). Le droit de la neutralité oblige les belligérants à respecter l'inviolabilité du territoire des États neutres, ce qui inclut l'interdiction de tout type d'activité militaire sur un territoire neutre, mais aussi l'interdiction de telles activités à proximité immédiate d'un territoire neutre qui pourraient causer des dommages aux personnes ou aux biens s'y trouvant. Les États neutres ont l'obligation de prévenir et de repousser les violations de leur neutralité par les États belligérants¹³⁸. Selon certains, la décision d'un État de rester neutre est unilatérale et n'exige pas de déclaration, pas plus qu'elle n'est soumise à l'accord d'un autre État¹³⁹.

Ainsi dans le scénario proposé plus haut, le droit de la neutralité s'appliquera pour autoriser éventuellement le ciblage d'un belligérant qui continue de participer directement aux hostilités depuis un territoire neutre. Mais, à notre sens, il ne s'agira là que du résultat de l'application des règles spécifiques de neutralité et non d'une autorisation fondée sur un « droit » illimité d'une partie à un CAI de cibler les membres des forces armées du camp adverse en vertu des règles du DIH régissant la conduite des hostilités partout dans le monde.

Dans ce contexte, il n'est pas inutile de mentionner que, bien que ses postulats essentiels demeurent valables, il est largement admis que le droit de la neutralité nécessiterait d'être actualisé¹⁴⁰. La plus grande partie des règles conventionnelles date du début du siècle dernier et la pertinence des normes du droit coutumier, de même, laisse grandement à désirer par rapport aux enjeux actuels. L'autre observation qui peut être faite, relativement au débat qui suit, est que le droit de la neutralité ne s'applique pas *de jure* aux CANI, qui sont par définition des conflits armés non pas entre des États, mais entre des États et une ou plusieurs parties non étatiques.

Le scénario hypothétique exposé au début de cette section – dans lequel un membre d'un groupe armé non étatique (fonction de combat continue) ou une personne civile prenant directement part aux hostilités en lien avec un CANI en cours part s'installer sur le territoire d'un État non belligérant – est probablement le scénario le plus controversé à l'heure actuelle, en raison des défis qu'il pose tant en réalité qu'en droit. Là encore, deux positions juridiques de base peuvent être distinguées.

Selon la première, qui a été exposée plus haut, comme dans un CAI, il n'y a pas de limites territoriales au champ d'application du DIH en CANI. La question décisive est de savoir « non pas où les actes hostiles se déroulent, mais plutôt si, de par leur lien avec un conflit armé, ils constituent effectivement des "actes de guerre". Ainsi, toute attaque de drone [...] pour des raisons liées à un conflit armé est nécessairement régie par le droit humanitaire, indépendamment de toute considération

138 Pour l'application des règles de neutralité à la guerre aérienne, voir Peter Hostettler et Olivia Danai, « Neutrality in Air Warfare », in Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, par. 1-23, disponible sur : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e346?rskey=J0TtA8&result=2&rd=EPIL>.

139 P. Hostettler et O. Danai, *op. cit.* note 137, par. 3-4. Il existe également différentes opinions sur ce sujet, comme le note W. H. von Heinegg, *op. cit.* note 136, p. 556.

140 Voir Michael Bothe, « The Law of Neutrality », in Dieter Fleck (dir.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 487.

territoriale¹⁴¹ ». Il est également avancé que les normes des autres branches du droit international « peuvent restreindre ou interdire des actes hostiles entre les parties belligérantes même quand ces actes sont permis par le droit humanitaire [Traduction CICR]¹⁴² ». Il peut s'agir du *jus ad bellum* selon la Charte de l'ONU ou bien des règles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

Nous estimons qu'une interprétation différente de ce scénario est également possible – et devrait être préférée – pour des raisons de droit et de politique. Tout d'abord, il est évident que l'article 3 commun comporte des dispositions explicites quant à son applicabilité sur le « territoire » d'un État dans lequel un tel conflit se déroule¹⁴³. Traditionnellement, cela ne couvrait que les combats entre les forces armées du gouvernement concerné et un ou plusieurs groupes armés organisés non étatiques sur son sol. Toutefois, comme évoqué précédemment, les scénarios factuels des CANI ont évolué, et avec eux l'interprétation juridique du champ d'applicabilité spatial de l'article 3 commun. Ainsi, outre le cas *sui generis* d'un CANI débordant, il y a eu et il continue d'y avoir des cas dans lesquels les forces armées d'un ou plusieurs États combattent ensemble aux côtés des forces armées d'un État hôte sur le territoire de ce dernier contre un ou plusieurs groupes armés organisés (un exemple supplémentaire de CANI extraterritorial). Comme il l'a été soutenu, il existe des raisons juridiques de penser que le DIH s'appliquera alors également aux territoires des États venant en aide à l'État hôte, parce qu'ils sont parties au CANI.

Toutefois, c'est un ordre de grandeur juridique différent qui suggère que le « territoire » peut être compris comme signifiant que le DIH – et ses règles relatives à la conduite des hostilités – s'étendront automatiquement au recours à la force létale contre des personnes situées en dehors du territoire des parties impliquées dans un CANI en cours, c'est-à-dire sur le territoire d'un État non belligérant. Cette interprétation signifierait l'acceptation du concept juridique de « champ de bataille mondial », qui comme nous l'avons exposé, ne semble pas soutenu par l'accent que met le DIH sur la notion de territoire, ce qui *a priori* limite l'applicabilité du DIH aux territoires des États impliqués dans un conflit armé. Une approche sans limites territoriales impliquerait qu'un membre d'un groupe armé ou un civil participant directement aux hostilités qui se déplacerait à travers le monde serait considéré comme « transportant » automatiquement le CANI « d'origine » avec lui où qu'il aille, et selon le DIH, demeurerait susceptible d'être pris pour cible dans un espace géographique potentiellement illimité. À l'exception des États-Unis, la pratique des États et l'*opinio juris* ne semblent pas avoir accepté cette approche juridique et la grande majorité des États n'approuverait pas la notion de « champ de bataille

141 N. Melzer, *op. cit.* note 83, p. 21.

142 *Ibid.*

143 Le PA II indique à l'article 1, 1. : « Le présent Protocole, qui développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 sans modifier ses conditions d'application actuelles, s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève [...] et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés ». Étant donné les différents seuils déterminant l'applicabilité du PA II, en vertu desquels ce scénario hypothétique ne relève pas du Protocole, ce traité ne sera pas mentionné davantage ici.

mondial¹⁴⁴ ». De surcroît, il est perturbant d'envisager, d'un point de vue pratique, les ramifications potentielles d'une applicabilité territorialement illimitée du DIH si les autres États impliqués dans un CANI à travers le monde s'en remettaient également au concept de « champ de bataille mondial ».

Il serait juridiquement et pratiquement plus avisé de considérer qu'un membre d'un groupe armé ou une personne civile participant directement aux hostilités dans un CANI depuis le territoire d'un État non belligérant ne devrait pas être considéré comme susceptible d'être pris pour cible par un État tiers en vertu du DIH, mais que la menace qu'il ou elle constitue devrait plutôt être traitée en vertu des règles régissant le recours à la force du droit du maintien de l'ordre¹⁴⁵. (Voir plus bas pour l'exception.) Les règles régissant le recours à la force létale dans le maintien de l'ordre aux termes du droit international des droits de l'homme – qui seraient, bien entendu, également applicables à de potentiels ciblage au moyen de drones en dehors des situations de conflit armé – mériteraient un examen séparé. Étant donné qu'une telle analyse dépasse le cadre de cet article, seules les dispositions les plus fondamentales seront passées en revue. Il est important de rappeler dans le cadre de ce débat que le droit des droits de l'homme n'interdit pas le recours à la force létale dans le maintien de l'ordre, mais prévoit qu'il ne doit être employé qu'en dernier ressort, quand les autres mesures sont insuffisantes ou ne permettent pas d'escompter le résultat désiré pour atteindre le but d'une opération de maintien de l'ordre¹⁴⁶. La force létale sera autorisée si elle est nécessaire pour protéger des tiers contre une menace imminente de mort ou de blessures graves, ou pour prévenir une infraction particulièrement grave mettant sérieusement en danger des vies humaines¹⁴⁷. Le recours à la force létale est également soumis à l'exigence de proportionnalité des droits de l'homme, qui, comme rappelé plus haut, diffère du principe de proportionnalité applicable lors de la conduite des hostilités en vertu du DIH¹⁴⁸. En réalité, l'application des règles pertinentes sur le recours à la force dans le maintien de l'ordre limiterait à la fois les

144 Par exemple, l'Union européenne et ses États membres ont systématiquement privilégié une approche fondée sur les droits de l'homme (c'est-à-dire pénale) vis-à-vis de la lutte contre le terrorisme (qui inclut des personnes associées à des groupes armés organisés non étatiques désignés comme « terroristes »), sans qu'il soit fait mention d'une « guerre mondiale contre le terrorisme » ou d'un « champ de bataille mondial » dans les documents européens ou dans les déclarations communes faites avec les États-Unis. Pour l'approche de l'Union européenne, voir par exemple le Secrétariat du Conseil de l'UE, *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, Fiche d'information, Bruxelles, 2 octobre 2009, disponible sur : <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/Factsheet-fight%20against%20terrorism%20091002.FR.PDF>. Voir également la *Déclaration commune* du sommet UE-USA du 26 mars 2014, 140326/02, par. 13, disponible (en anglais) sur http://www.eeas.europa.eu/statements/docs/2014/140326_02_en.pdf. « Nous coopérons contre le terrorisme dans le respect des droits de l'homme ».

145 PIDCP, art. 6 ; Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba), du 27 août au 7 septembre 1990 (PBUFF), disponible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>. Si dans ce scénario l'État non belligérant ne consentait pas à ce que l'on recoure à la force sur son territoire, l'existence d'un CAI distinct entre les deux États sera alors également reconnue sur le plan juridique.

146 BPUFF, principe 9.

147 *Ibid.*

148 N. Lubell, *op. cit.* note 81, p. 745.

circonstances dans lesquelles la force létale pourrait légalement être employée et la manière dont ce recours devrait être planifié et exécuté. Les frappes de drones sur le territoire d'un État non belligérant ne seraient ainsi juridiquement justifiables que dans des circonstances très exceptionnelles.

S'appuyer sur les règles régissant le recours à la force dans le maintien de l'ordre dans le scénario que nous envisageons serait également plus approprié d'un point de vue politique. Un État non belligérant est par définition celui qui ne prend pas part à un conflit armé mené par d'autres. Par conséquent, les règles régissant le recours possible à la force létale sur son territoire par un État tiers poursuivant une personne spécifique se trouvant là en lien avec un CANI territorialement déplacé ne devraient pas être celles du DIH. L'application des règles du maintien de l'ordre serait plus protectrice envers la population que les normes du DIH relatives à la conduite des hostilités (conçues pour la réalité spécifique du conflit armé), puisque le conflit armé ne se déroule pas dans l'État non belligérant. L'emploi des règles du DIH sur la conduite des hostilités pourrait entraîner des conséquences en termes de dommages aux civils et aux biens civils sur le territoire non belligérant – c'est-à-dire, permettre des « dommages collatéraux » – que l'utilisation des règles du maintien de l'ordre ne pourrait permettre.

Il convient aussi de noter que le fait de s'appuyer sur d'autres branches du droit international, essentiellement pour « contrebalancer » les effets d'une vision territorialement étendue de l'applicabilité du DIH sur le territoire d'un État non belligérant – vision sur laquelle les partisans d'une approche sans limites géographiques mettent l'accent – n'est guère confortable. Il a déjà été mentionné que le droit de la neutralité ne s'appliquera pas *de jure* au scénario dont il est question. En ce qui concerne l'impact potentiellement contraignant du *jus ad bellum*, il semblerait que cet ensemble de normes soit de plus en plus interprété par certains États et par des experts de telle sorte que le recours extraterritorial à la force soit rendu plus facile pour un État tiers, particulièrement contre les acteurs non étatiques. Quant à l'influence restrictive du droit de la responsabilité de l'État, il convient de rappeler que son rôle n'est pas de prévenir directement une quelconque conduite, mais de déterminer que la conduite était illicite – après coup.

Ce qui vient d'être mentionné ne devrait cependant pas être compris comme signifiant que l'applicabilité du DIH ne peut jamais être étendue au territoire d'un État non belligérant. Par exemple, il a été souligné que dans le cadre d'un CANI en cours :

« L'applicabilité du DIH peut être étendue si le conflit se propage à un autre État, lorsque tout ou partie des forces armées d'une des parties en guerre se déplace sur le territoire d'un autre État – généralement voisin – et, de là, poursuit les hostilités. Le DIH ne s'applique pas au territoire d'un État tiers simplement parce qu'un ou plusieurs membres des forces armées d'une partie au conflit se trouve physiquement sur le territoire de cet État tiers [Traduction CICR]¹⁴⁹. »

Selon une autre opinion, similaire : « Le DIH régit également les opérations dans les États qui ne sont pas parties au conflit, lorsque les critères d'intensité et d'organisation

149 Rapport du Comité consultatif des Pays-Bas, *op. cit.* note 29, p. 3.

sont remplis au sein de cet État lors d'un conflit entre un groupe armé organisé et les forces d'un autre État [Traduction CICR]¹⁵⁰ ». Si l'on suit la logique de ces discours, il semblerait que le DIH commencerait à s'appliquer sur le territoire d'un État non belligérant lorsque les conditions nécessaires pour déterminer l'existence factuelle d'un CANI distinct sur ce territoire, évoquées au début de cet article, seraient remplies. En d'autres termes, si des personnes se trouvant dans un État non belligérant acquièrent le niveau requis d'organisation pour constituer un groupe armé non étatique, comme le DIH l'exige, et si la violence entre un tel groupe et un État tiers peut être considérée comme ayant atteint le niveau requis d'intensité, alors cette situation pourrait être qualifiée de CANI et les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités entre les parties entreraient en jeu. La relation des deux États aux termes du DIH nécessiterait également d'être déterminée dans ce cas, en se fondant sur les règles relatives à la qualification des conflits armés exposées précédemment.

Les scénarios relatifs à l'extension possible de l'applicabilité du DIH au territoire d'États non belligérants invoqués plus haut ne sont pas les seuls qui pourraient être envisagés¹⁵¹. Ils ont été proposés, comme déjà mentionné, pour servir de toile de fond à une lecture théorique de certains points importants du droit. Dans ce contexte, on peut ajouter que l'interprétation juridique de n'importe quel scénario spécifique sera non seulement largement casuistique, mais nécessitera inévitablement de composer avec la grande complexité des faits. L'application d'autres branches pertinentes du droit international, ainsi que du droit interne, nécessitera une évaluation juridique méticuleuse de chacun de ces cas d'autant plus difficiles.

Remarques conclusives

L'utilisation croissante de la technologie des drones en situation de conflit armé a posé, et continuera probablement de poser, quantité de questions, juridiques notamment. Le DIH peut seulement fournir des réponses aux interrogations auxquelles il est censé répondre, ce qui exclut les implications politiques, morales ou autres relatives à l'utilisation de drones armés – des enjeux qui nécessitent sans aucun doute également d'être pris très au sérieux.

Le *jus in bello* peut fournir des indications sur la plupart des questions juridiques soulevées avec un degré certain de certitude, mais d'autres demeurent l'objet d'un vif débat. Il a été soutenu ici que les drones sont des plateformes d'armes qui ne sont interdites par aucune règle spécifique du DIH et que, de même, il n'existe rien

150 M. Schmitt, *op. cit.* note 49, p. 18.

151 Deux problèmes spécifiques ont été signalés à cet égard. Le premier concerne le régime juridique qui serait applicable à l'emploi possible de la force contre des bases établies par un groupe armé non étatique sur le territoire d'un État non belligérant à des fins d'entraînement et de logistique, relativement à un CANI en cours. Voir M. Schmitt, *op. cit.* note 49, p. 17. Il est soutenu que la même question devrait également être posée au sujet du régime juridique qui serait applicable au ciblage de bases militaires étatiques situées sur des territoires non belligérants, et depuis lesquels des opérations militaires sont menées relativement à un CANI en cours. Le second problème concerne le régime juridique qui serait applicable à des cyber-attaques lancées par et contre des groupes armés non étatiques depuis des territoires non belligérants ou à travers ces derniers. Ces deux problèmes nécessiteront clairement un examen plus approfondi avec l'évolution de la pratique des États.

d'inhérent à la technologie elle-même qui empêcherait les opérateurs de respecter les normes pertinentes du DIH. Si la qualification d'une situation de violence présente des difficultés factuelles et juridiques, une fois que l'existence du conflit armé a été établie, les règles du DIH, y compris celles relatives à la conduite des hostilités, s'appliqueront. Les opérateurs de drones doivent respecter ces dispositions, en vertu desquelles seuls les objectifs militaires peuvent être attaqués de manière licite et qui nécessitent également l'application d'autres règles pertinentes du DIH, telles que les règles de proportionnalité et de précaution dans l'attaque. La question de savoir quelles personnes peuvent être prises pour cible de manière licite lors des conflits armés demeure controversée, mais une interprétation juridique spécifique de la notion de participation directe aux hostilités a été résumée dans cet article. La différence majeure entre les opinions sur ce sujet réside dans l'applicabilité des règles de ciblage du DIH aux personnes se trouvant sur le territoire d'un État non belligérant, comme expliqué précédemment. Il s'agit là d'un débat juridique et politique actuel qui se poursuivra très certainement, et sur lequel les positions évolueront probablement à mesure que les scénarios factuels plausibles deviendront avec le temps pleinement évidents.