

# Le début de l'application du droit international humanitaire. Discussion autour de quelques défis

**Julia Grignon\***

Julia Grignon est professeure à la faculté de droit de l'Université Laval, Québec, Canada.

## Résumé

*Le présent article analyse quelques défis liés au début de l'application du droit international humanitaire (DIH). Il conclut que le DIH des conflits armés internationaux commence à s'appliquer dès lors qu'un État emploie la force sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier, à condition qu'il s'agisse de l'expression d'un exercice collectif de la violence. S'agissant des conflits armés non internationaux, il est désormais bien établi que l'organisation des parties au conflit et le niveau de l'intensité de la violence sont les deux critères étalons permettant de conclure à l'existence d'un conflit armé non international ; et par conséquent au début de l'application du DIH. Le présent article démontre toutefois que certains défis liés à l'application du DIH ne permettent pas de dater avec exactitude le point de départ de l'applicabilité du DIH dans les conflits armés internationaux ; y compris les situations d'occupation, ou dans les conflits armés non internationaux.*

\* La présente contribution est constituée d'extraits de la thèse de doctorat de l'auteure qui a été publiée en français : Julia Grignon, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, 2014. L'auteure remercie Steve Martial Tiwa, candidat au doctorat en droit de la Faculté de droit de l'Université Laval pour avoir effectué le travail de mise en conformité de cette version du texte avec la version anglaise préalablement parue dans la *Revue*.

**Mots clés :** DIH, champ d'application temporel, début de l'application, début d'un conflit armé, conflit armé international, conflit armé non international, occupation.



Le début de l'applicabilité du DIH est flottant. Pourtant, sans occulter la série de mesures dérogoatoires qu'il offre qui ne sont pas nécessairement favorables aux personnes concernées, considérer que le DIH a commencé de s'appliquer c'est déclencher l'applicabilité de toutes les protections que cette branche du droit offre aux personnes affectées par les conflits armés. Il est donc important de pouvoir déterminer à partir de quand le DIH commence à s'appliquer. Au-delà des règles relatives aux territoires occupés évoquées plus bas, qui sont parmi les plus protectrices, les dispositions du DIH offrent un certain nombre de garde-fous importants pour les personnes qui font par exemple l'objet de privation de liberté dans un contexte particulier qu'est le conflit armé, et selon une conception qui est spécifique à ce type de situations. L'application simultanée des droits de l'homme en période de conflit armé pourrait faire occulter l'utilité de l'applicabilité des règles de DIH en matière de détention. Mais, dans les conflits armés internationaux, les statuts que le DIH prévoit imposent un certain nombre d'obligations que l'on ne retrouve dans un aucun autre *corpus* juridique. Il suffit de penser par exemple à l'interdiction de poursuivre des prisonniers de guerre pour le simple fait d'avoir pris part aux hostilités ou à l'interdiction de détenir des personnes civiles ailleurs que sur le territoire sur lequel elles ont fait l'objet d'une mesure d'internement.

À l'inverse, considérer que le DIH s'applique engendre un changement radical de perspective quant aux règles relatives à l'usage de la force. Alors que dans un contexte (celui de l'application des lois), l'emploi de la force létale doit être une mesure extrême de dernier recours, dans l'autre (celui du conflit armé), elle constitue la norme. Aussi, considérer que le DIH s'applique peut s'avérer très défavorable aux personnes impliquées dans l'exercice de la violence. Dans cette hypothèse en effet, des personnes peuvent être la cible légitime d'attaques parce qu'elles participent aux hostilités au sens du DIH, là où d'autres mesures que l'emploi de la force à leur encontre doivent être recherchées si la situation relève du droit international des droits de l'homme et du droit interne. Cette distinction fondamentale explique peut-être d'ailleurs la prise de position étrange du CICR le 8 mai 2012, après un an d'affrontements en Syrie. Il a en effet été rapporté que selon lui il « *p[ouvait] y avoir une situation de conflit armé interne dans certaines zones [...]*<sup>1</sup> », ce qui au regard d'un

1 Stephanie Nebehay, « Some Syria violence amounts to civil war: Red Cross », *Reuters*, 8 mai 2012, disponible en ligne sur : [www.reuters.com/assets/print?aid=USBRE8470D920120508](http://www.reuters.com/assets/print?aid=USBRE8470D920120508), Tous les liens ont été vérifiés en octobre 2016. Toutefois, le 17 juillet de la même année, le CICR a, par un communiqué de presse, souligné : « Par conséquent, les hostilités entre ces parties, où qu'elles se produisent en Syrie, sont soumises aux règles du droit international humanitaire. », *Syrie : le CICR et le Croissant-Rouge arabe syrien poursuivent leurs activités d'assistance alors que les combats s'intensifient*, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm>.

autre domaine d'application du DIH, son applicabilité *ratione loci*, est une affirmation pour le moins curieuse dans la mesure où il est acquis que si le DIH s'applique dans une situation donnée, il s'applique sur l'ensemble du territoire concerné et pas seulement sur les lieux du théâtre direct des hostilités. Mais considérer qu'il s'applique à l'ensemble du territoire signifie également que l'on pourrait arguer de l'existence de ce conflit localisé ailleurs pour considérer des manifestations comme des éléments de participation directe aux hostilités et donc leur appliquer les règles relatives à l'usage de la force applicable en temps de conflit armé. Circonscrire au contraire le conflit à une partie du territoire seulement peut être un moyen d'éviter une escalade de la violence.

Dans un autre ordre d'idées enfin, déterminer le début de l'applicabilité du DIH emporte des conséquences importantes au plan de la mise en œuvre, et en particulier de la poursuite des personnes soupçonnées d'avoir commis des violations du DIH. Pour être en mesure d'inculper une personne de crime de guerre ou pour mettre en œuvre la compétence universelle, telle qu'elle se trouve exprimée dans les quatre Conventions de Genève de 1949, le préalable incontournable consiste à qualifier la situation dans laquelle ces violations se sont produites de conflit armé et donc de se prononcer sur l'applicabilité du DIH.

Voilà trois enjeux, parmi de nombreux autres, de la détermination du moment à partir duquel le DIH s'applique. Et comme, *a priori*, à l'exception des dispositions applicables « dès le temps de paix » ou « en tout temps » – et certaines autres dont la mise en œuvre est prévue dès « la fin des hostilités actives » – le début de l'application du DIH est synonyme du début d'un conflit armé, ce moment devrait être facile à identifier. Comme le démontrent certains des défis décrits dans cette contribution, cette facilité n'est que de façade.

## Quelques considérations préliminaires

S'il n'existe pas de formule mathématique permettant à tout coup de désigner avec précision le moment à partir duquel le DIH s'applique, il existe néanmoins quelques facteurs qui doivent être pris en considération lorsque l'on se livre à cet exercice. Classiquement, ces facteurs s'articulent autour de la distinction entre le DIH applicable dans les conflits armés internationaux et le DIH applicable dans les conflits armés non internationaux. Les dispositions de référence en la matière se trouvent dans les Conventions de Genève de 1949. En effet, hormis la Convention III de La Haye de 1907 relative à l'ouverture des hostilités, mais tombée en désuétude<sup>2</sup>, les seuls traités de DIH qui prévoient explicitement un début à l'application de ce *corpus juris* sont les Conventions de Genève de 1949, complétées par leurs Protocoles additionnels de 1977. L'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève dispose que celles-ci s'appliquent dès lors qu'existent une « guerre déclarée ou [...] tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même

2 Pour plus de détails sur le statut de cette Convention, voir Julia Grignon, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, 2014, p.30, note 88.

*si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* » ; l'applicabilité de l'article 3 commun est quant à elle scellée en ces termes : « *en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes [...]* ». Ces dispositions sont complétées par celles, plus détaillées, contenues d'abord dans le premier Protocole additionnel de 1977 qui étend l'applicabilité du DIH aux guerres dites de libération nationale et ensuite dans le deuxième Protocole qui, lui, établit une liste de conditions permettant le déclenchement de son application, créant ainsi un point de départ différé à l'application du DIH selon que le conflit relève uniquement de l'article 3 commun ou également du Protocole II, si l'État sur le territoire duquel il se déroule est partie à cet instrument. À cette liste, s'ajoutent les dispositions pertinentes du Statut de Rome dont certaines seront analysées ci-dessous.

Ainsi, s'interroger de façon générale sur le début de l'applicabilité du DIH revient à se poser les questions suivantes : quand peut-on considérer qu'il existe une guerre déclarée ? À partir de quand un conflit armé international existe, y compris une situation d'occupation ? Quels sont les éléments qui marquent le début d'une guerre de libération nationale ? Quels indicateurs permettent de conclure à l'existence d'un conflit armé non international et donc au début de l'application du droit international applicable dans ces situations ? S'ensuivent les défis relatifs à la fixation du moment à partir duquel le DIH s'applique. Ils sont nombreux. Le premier est d'abord de répondre à chacune de ces questions puis à celles sous-jacentes, comme par exemple le début de l'application du DIH du fait de la capture d'un soldat ennemi ou de l'internement d'un civil, sans hostilités préalables, ou encore le point tournant à partir duquel un conflit armé non international devient un conflit armé international marquant du même coup le déclenchement de l'applicabilité du DIH des conflits armés internationaux du fait d'une intervention étrangère et à quelles parties. Viennent ensuite les défis liés au fait soit que certains des textes pertinents ne donnent aucun point de départ explicite soit, à l'inverse, que d'autres tentent de lier le début de l'application du DIH à l'énumération de critères qui se veulent objectifs, mais dont le constat est extrêmement difficile à réaliser en pratique et, de surcroît, lorsqu'une situation est en train de se dérouler. À cela s'ajoute les interprétations jurisprudentielles, sinon contradictoires du moins quelques fois confuses, qu'ont pu en donner en particulier les tribunaux pénaux internationaux. Enfin, un certain défi tient à l'écart qui existe parfois entre la réalité telle qu'elle peut être constatée sur le terrain et les estimations qu'en font ceux qui sont censés appliquer et respecter le DIH, c'est-à-dire les États et/ou les groupes armés impliqués pouvant rendre le début de l'application du DIH purement théorique. Au surplus, beaucoup de ces éléments s'enchevêtrent.

Dans le cadre de cette contribution, passer en revue tour à tour, d'abord dans le cadre des conflits armés internationaux puis dans le cadre des conflits armés non internationaux, un certain nombre des défis énumérés plus haut, permettra de donner une vue d'ensemble en la matière, conduisant du même coup à compléter l'affirmation standard selon laquelle le DIH commence à s'appliquer dès lors qu'un conflit armé existe.

## Le début de l'application du DIH dans les conflits armés internationaux

Puisque l'applicabilité du DIH est concomitante du début du conflit armé international, il convient en tout premier lieu de s'interroger sur les éléments propres à caractériser un conflit de ce type. En l'absence de définition proprement dite au sein des Conventions de Genève, tout comme d'autorité universelle chargée de la qualification des conflits, c'est aux faits qu'il convient de s'attacher pour constater l'existence d'un conflit armé international<sup>3</sup> ; tout affrontement armé déclenchera l'application du DIH des conflits armés internationaux. Il reste alors à déterminer quels sont les éléments permettant de dire qu'un « affrontement armé » existe au sens du DIH. En soutien à cette entreprise d'identification du ou des moment(s) à partir du (des)quel(s) le DIH relatif aux conflits armés internationaux s'applique, un certain nombre de paramètres intervient.

Selon l'expression désormais d'usage, le DIH s'appliquerait dans les conflits armés internationaux « dès le premier coup de feu » ; pour le confirmer il convient d'examiner un certain nombre d'éléments.

Tout d'abord, bien que « [*l]es déclarations claires émanant des parties sont les plus distinctes indications du commencement d'une guerre*<sup>4</sup> », la notion de « guerre déclarée » fait référence à une pratique aujourd'hui tombée en désuétude<sup>5</sup>. Dès lors, dans les lignes qui suivent, on s'intéressera plutôt aux conditions requises au constat qu'un conflit armé existe et donc que le droit international humanitaire commence à s'appliquer. Or, lorsque se pose la question du début de l'applicabilité du DIH aux conflits armés internationaux, deux prises de position servent de point de départ ; celle proposée par les commentaires des Conventions de Genève et celle adoptée dans la jurisprudence Tadić<sup>6</sup> du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY).

3 Voir en ce sens Anthony Aust *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 252 ; Dino Kritsiotis, « The Tremors of Tadić », *Israel Law Review*, vol. 43, 2010, p. 275 ; Marko Milanovic, « La fin de l'application du droit international humanitaire », dans ce numéro de la *Sélection française* ; Jean Pictet, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Sijthoff/Institut Henry Dunant, Leyden/Geneva, 1975, p. 52 ; Jean-François Quéguiner, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 850, 2003, p. 273 ; TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, Opinion séparée du Juge Shahabuddeen (Président) (p. 150 de la version anglaise de l'arrêt), §§ 25-26.

4 Werner Meng, « War », in Rudolf Bernhardt, (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo, North-Holland / Elsevier, vol. IV, 2000, p. 1338, nous traduisons. Dans le même sens Alfons Klafkowski, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 149, 1976, p. 224.

5 On peut en effet considérer que cette disposition – codifiée dans la *Convention III de La Haye de 1907 relative à l'ouverture des hostilités* – a été abrogée par désuétude. Le dernier cas d'application se trouve probablement dans le jugement du Tribunal de Nuremberg de 1946, suite à la Seconde guerre mondiale, qui considère que cette guerre a été menée notamment en violation de la Convention III de La Haye de 1907 : Tribunal militaire international de Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1<sup>er</sup> octobre 1946 in. *Procès des grands criminels de guerre*, Tome I, Documents officiels, éditions du Tribunal, Nuremberg, 1947, pp. 85 (acte d'accusation) et 220 (jugement). Pour de plus amples développements sur cette question et pour des références doctrinales voir Julia Grignon, *op. cit.* note 2.

6 TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, Affaire n° IT-94-1-T, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 70.

Selon les commentaires des Conventions de Genève de 1949 :

« [t]out différend surgissant entre deux Etats et provoquant l'intervention de membres des forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. La durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle<sup>7</sup> ».

De façon plus laconique le TPIY a affirmé pour sa part dès sa première affaire « [...] qu'un conflit armé [international] existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats [...]. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits [...] »<sup>8</sup>. Renforcés par des considérations ultérieures ces éléments nécessitent d'examiner deux aspects distincts : contre qui la force armée doit-elle être dirigée et selon quelles modalités pour que le DIH des conflits armés internationaux trouve application ?

### Le destinataire de la violence armée

Pour ce qui concerne le destinataire de l'exercice de la violence armée les questions en débat sont celles qui sont relatives à l'objet de la violence exercée et en premier lieu contre qui doit s'exercer l'usage de la force armée. Alors que l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève énonce qu'existe un conflit armé international chaque fois qu'il y a un conflit armé entre deux « Hautes Parties contractantes », le commentaire de cette disposition, comme la jurisprudence *Tadić* suscitée, fait référence au recours à la force armée entre « États »<sup>9</sup>. Dès lors la question se pose de savoir s'il y a identité entre les deux notions<sup>10</sup>. Si pour être une Haute Partie contractante il faut nécessairement être un État, il se peut en revanche qu'un État soit impliqué

7 Jean S. Pictet (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Commentaire, CICR, Genève, 1952, p. 32. Dans le même sens, UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004, p. 27, § 3.1 ; Ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, Impressions SMS, Château-Chinon, 2000, pp. 12 et 41, respectivement.

8 TPIY, *op. cit.* note 6, § 70. Cette définition n'a jamais été démentie dans les jugements ultérieurs, voir en ce sens Luisa Vierucci, « Armed Conflict », in Antonio Cassese, (directeur de publication), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2009, pp. 247-248. Dans l'affaire *Delalić*, la Chambre de première instance a simplement précisé que « [p]our déterminer la nature du conflit en l'espèce, [elle] s'inspirait du Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève [...] », TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias « Pavo », Hazim Delić, Esad Landžo « Zenga »*, Affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, § 208. Voir aussi Knut Doermann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2002, p. 19 ; dans le même sens William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, p. 202.

9 Pour le TPIY le recours au terme « État » était inévitable. Son statut ne pouvait l'autoriser à employer le terme « Haute Partie contractante » spécifique à la terminologie conventionnelle. Dans le même sens, voir Dino Kritsiotis, *op. cit.* note 3, p. 275.

10 Pour le CICR, la réponse à cette question est sans autre affirmative : « D'après cette disposition [l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève], les conflits armés internationaux sont ceux qui se déroulent entre "Hautes Parties contractantes", c'est-à-dire entre États. », CICR, « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », prise de position, mars 2008, disponible en ligne sur <https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-fre.pdf>.

dans un conflit armé avant d'avoir eu l'occasion de devenir partie aux Conventions de Genève. Tous les États du monde étant parties aux Conventions de Genève<sup>11</sup> et certaines règles qu'elles contiennent étant de nature coutumière<sup>12</sup>, cette interrogation peut paraître sans conséquence. Elle s'avère toutefois pertinente au regard des guerres de sécession ou de dissolution d'un État lorsqu'elles se produisent au cours d'un conflit armé. L'État préexistant étant la plupart du temps opposé à la sécession ou à la dissolution, ces processus s'accomplissent généralement par la force, c'est-à-dire au cours d'un conflit armé. Lequel, tant que ce sont des entités de l'État préexistant qui se battent contre les forces armées gouvernementales, recevra la qualification de conflit armé non international. Mais si ce conflit perdure au-delà de la sécession ou de la dissolution, entre le ou les nouveaux « État(s) » et l'État préexistant, alors se pose la question de savoir à partir de quand il s'agit d'un conflit armé international. Au plan des effets que produisent ces situations, et ayant à l'esprit la question sous-jacente du moment à partir duquel le droit international humanitaire des conflits armés internationaux devient opposable, il convient de s'en tenir aux faits, puisque dans ces cas « *tout au plus la communauté internationale entérine-t-elle le fait accompli*<sup>13</sup> ». À l'aune du pragmatisme qui caractérise le DIH, la détermination du moment du déclenchement de son applicabilité ne devrait pas être conditionnée à un quelconque processus de reconnaissance internationale ni même à toute autre réaction par la voix des Nations Unies<sup>14</sup>. Toutefois, faire reposer l'applicabilité du DIH des conflits armés internationaux uniquement sur la constatation factuelle que le nouvel « État » ne reconnaît plus les autorités centrales, assure seul la maîtrise de son territoire et est doté d'une force armée qui lui est propre, peut s'avérer problématique. Comment distinguer ces attributions de celle d'un groupe armé constitué, qui lui ne pourrait pas recevoir la qualité de « Partie » à un conflit armé international au sens du DIH ? Aussi, il sera nécessaire de s'en tenir aux conditions dégagées en droit international général pour qu'un État soit reconnu comme tel au sein de la communauté internationale. Autrement dit, « *[a]ussitôt que les États apparaissent comme indépendants et répondent*

11 Voir : <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByTopics.xsp>.

12 Voir en ce sens, CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, § 75 (réitéré pour ce qui concerne la conduite des hostilités dans CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, Recueil 2004, p. 136, § 89) ; dans le même sens Anthony Aust, *op. cit.* note 3, p. 253. Voir également Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, avec des contributions de Carolin Alvermann, Knut Doermann et Baptiste Rolle, *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles*, Cambridge University Press, (CICR Étude de droit coutumier), p. 628.

13 Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2009, § 344, p. 587. Voir également les conclusions de la Commission dite Badinter, du nom de son Président, qui pour répondre à la question de savoir si les Républiques constitutives de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie faisaient sécession et quelles en étaient les conséquences, selon lesquelles « *l'existence ou la disparition de l'État est une question de fait ; [...] la reconnaissance par les autres États a des effets purement déclaratifs* ». Conférence pour la paix en Yougoslavie, Commission d'arbitrage, 29 novembre 1991, disponible sur : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e13?>

14 Voir en ce sens Marco Sassòli, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », in Wang Tieya et Sienho Yee, (directeurs de publication), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, p. 320.



aux critères constitutifs de l'État [...], qu'ils soient ou non admis au sein des Nations Unies [ils] sont liés par les règles de la communauté internationale [...]»<sup>15</sup>, au nombre desquels le DIH. En outre, il n'est pas nécessaire que les parties au conflit armé se reconnaissent mutuellement ou même unilatéralement comme étant des États<sup>16</sup>.

Reste alors à déterminer quels organes de l'État doivent être visés. Selon le commentaire proposé pour l'article 2 commun aux Conventions de Genève, « [t]out différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de membres des forces armées est un conflit armé [...]»<sup>17</sup>. Cette conception a d'ailleurs été réaffirmée dans les termes suivants : « toute opposition entre deux États entraînant l'intervention de leurs forces armées et l'existence de victimes, au sens des Conventions de Genève, est un conflit armé »<sup>18</sup>. Dans les deux cas, il est requis soit l'intervention « des » ou « de leurs » forces armées, ce qui suscite un certain nombre de questions. D'abord, la deuxième proposition, plus encore que la première, suggère que pour qu'un conflit armé international existe, et donc pour que l'applicabilité du DIH débute, il est nécessaire que les forces armées de deux ou plusieurs États soient impliquées. Accepter cette vision reviendrait à considérer par exemple que des bombardements aériens pratiqués par un État contre un autre, sans que ce dernier ne réagisse, soit parce qu'il n'en a pas la capacité matérielle, ou pour toute autre raison, ne seraient pas constitutifs d'un conflit armé international. Il ne fait pourtant aucun doute que dans de telles circonstances le conflit est caractérisé et que le DIH, en particulier la partie de ce *corpus juris* dédié à la conduite des hostilités, est applicable. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que les forces armées des deux ou plusieurs États en cause fassent feu. Si un État emploie la force armée à l'encontre d'un autre sans que ce dernier riposte, il s'agit déjà d'un conflit armé international dans lequel le droit DIH va trouver à s'appliquer ; il n'est pas nécessaire de constater de façon additionnelle que l'État « attaqué » se défend. L'intervention de membres des forces armées d'une Haute Partie contractante ou de l'autre est suffisante. À la lumière des règles relatives à la conduite des hostilités, notamment, cette conclusion est inévitable. Rien ne justifierait que la première attaque lancée par un pays contre un autre se situe en dehors de ces règles ; l'identification de l'objectif militaire, la proportionnalité, les mesures de précaution devront être analysées au préalable, et respectées. Dans le même ordre d'idée, cette conclusion est celle qui s'impose considérant le fait que certains États ne disposent pas de forces armées qui leurs sont propres. Si pour que le conflit armé soit caractérisé et donc que le DIH s'applique il était nécessaire que deux armées au moins soient en cause, alors la survenance d'un conflit armé international avec le Costa Rica

15 Ram P. Anand, « New States and International Law », in Rüdiger Wolfrum, (directeur de publication.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), § 1, nous traduisons.

16 CICR, « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », prise de position, mars 2008, *op. cit.* note 10 ; Christopher Greenwood, « Scope of Application of Humanitarian Law », in Dieter Fleck, (directeur de publication), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2008, p. 51 ; Dietrich Schindler, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 163, 1979, pp. 128-129.

17 Jean Pictet, *op. cit.* note 7, p. 32.

18 Jean Pictet, *op. cit.* note 3.



ou les Îles Salomon<sup>19</sup> serait théoriquement impossible. Or, il est incontestable que tout usage de la force par un État tiers sur le territoire de ceux-ci serait soumis aux règles pertinentes du DIH. De même, tout ressortissant de ces pays qui se trouverait au pouvoir de l'ennemi serait protégé par les règles pertinentes du DIH.

### L'objet de la violence armée et son caractère collectif

Ensuite et dans le même sens, un État qui ferait usage de la force contre la population civile d'un autre État ou contre tout bien de caractère civil d'un autre État, à l'exclusion d'objectifs militaires, serait néanmoins engagé dans un conflit armé international auquel le DIH s'applique. Le seul fait qu'un État emploie la force contre un autre suffit à mettre en œuvre le DIH des conflits armés internationaux, à la condition supplémentaire qu'il ne s'agisse pas d'un acte isolé commis individuellement<sup>20</sup>. Pour que le conflit armé international soit caractérisé il est nécessaire que le membre des forces armées qui se livre à une attaque obéisse à un ordre qui lui a été donné. S'il agit seul, sans concertation de sa hiérarchie, on ne pourra pas parler d'un conflit armé international entre l'État dont il est ressortissant et l'État contre lequel il a mené son attaque. Quelle que soit la nature du ou des objet(s) ou de la ou des personne(s) visée(s), dès lors qu'au travers de cette prise pour cible peut se déduire la volonté de nuire à l'État contre lequel s'exerce la force armée, le DIH des conflits armés internationaux est applicable ; c'est ce qu'il convient de comprendre de l'expression « contre un autre État ». Il n'est donc pas absolument nécessaire que les forces armées de l'État contre lequel s'exerce la violence soient directement visées. Aussi est-il satisfaisant que la Cour pénale internationale ait non seulement repris à son compte tout à la fois la définition proposée par les commentaires des Conventions de Genève et les constatations de la jurisprudence du TPIY<sup>21</sup> en concluant elle-même « *qu'un conflit armé est de caractère international s'il oppose deux ou plusieurs États*<sup>22</sup> », mais plus encore qu'elle ait précisé qu'« *un conflit armé international existe dès lors que des hostilités armées opposent des États à travers leurs armées respectives ou à travers d'autres acteurs agissant en leur nom*<sup>23</sup> ».

19 Malgré certaines nuances, certains d'entre eux ayant des forces paramilitaires ou d'autres bénéficiant d'une présence armée étrangère alliée sur leur territoire, il existe environ une vingtaine d'États dans le monde qui ne dispose pas de forces armées gouvernementales. Pour une liste de ces États voir par exemple les données répertoriées par la Central Intelligence Agency des États-Unis disponible sur : <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2055.html#bp> : Andorre, Costa Rica, Dominique, Grenade, Îles Marshall, Île Maurice, Îles Salomon, Islande, Kiribati, Liechtenstein, Micronésie, Monaco, Nauru, Palau, Panama, Saint Marin, Saint Vincent et les Grenadines, Sainte Lucie, Samoa, Tuvalu, Vanuatu.

20 Voir en ce sens par exemple Christopher Greenwood, *op. cit.* note 16, p. 46.

21 CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §§ 207 et 208.

22 *Ibid.*, § 209 ; CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Affaire n° ICC-01/04-01/07, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 30 septembre 2008, § 238.

23 CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Affaire n° ICC-01/05-01/08, Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009, § 223.

## La capture comme mode de déclenchement de l'applicabilité du DIH dans les conflits armés internationaux

Subsidiairement, il faut également relever que la capture constitue un mode d'exercice de la violence et donc un acte déclencheur de l'applicabilité du DIH. Le commentaire de l'article 2 de la troisième Convention de Genève est explicite. Il énonce que :

« il suffit que les forces armées de l'une des Parties aient capturé des adversaires appartenant aux catégories énumérées à l'article 4. Il peut même ne pas y avoir combat ; il suffit qu'il y ait détention de personnes visées par la Convention. Le nombre de personnes capturées dans de telles circonstances ne joue, naturellement, lui non plus, aucun rôle<sup>24</sup> ».

En effet, en DIH l'usage de la force armée n'est pas tout entier réduit à l'usage de la force létale. Si le but du conflit armé est d'affaiblir le potentiel de l'armée ennemie, un des moyens d'y parvenir est de capturer les soldats qui la composent. Il en résulte que si le point de départ de l'applicabilité générale du DIH des conflits armés internationaux est fixé au moment où les conditions de l'article 2 commun sont remplies, dès lors qu'une personne tombe au pouvoir de l'ennemi le DIH régit *ipso facto* sa situation. Un événement hostile caractérisé uniquement par la capture de membres des forces armées ennemies par celle d'un autre État déclenche l'applicabilité de la troisième Convention de Genève, même en l'absence de toute autre hostilité. En ce sens, il n'est pas nécessaire que des hostilités préexistent à la capture et à l'internement pour que les règles du DIH qui y sont relatives commencent à s'appliquer. Ainsi, par exemple, les quinze soldats britanniques capturés par l'Iran le 23 mars 2007, alors qu'ils patrouillaient dans le Golfe Persique<sup>25</sup>, devaient être considérés comme des prisonniers de guerre du simple fait de leur capture. Il en résulte qu'en les exhibant à la télévision quelques jours plus tard, les autorités iraniennes enfreignaient l'article 13 alinéa 2 de la troisième Convention de Genève qui protège les prisonniers de guerre notamment contre la curiosité du public.

Ce mode de déclenchement de l'applicabilité du DIH est aisé à mettre en œuvre pour ce qui concerne la troisième Convention de Genève. Si la personne concernée est un combattant alors elle sera du simple fait de sa capture un prisonnier de guerre impliquant l'applicabilité de la troisième Convention de Genève, indépendamment du territoire sur lequel elle se trouve, celui dont elle est ressortissante ou un autre, et indépendamment du constat préalable de l'existence d'un conflit armé international. La capture d'un combattant est donc, en elle-même, un acte hostile déclenchant l'applicabilité de la troisième Convention.

Quant aux effets de l'article 4 de la quatrième Convention de Genève, la solution est plus délicate. Il y a en l'occurrence deux possibilités. Soit, premièrement,

24 Jean Pictet, (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire*, CICR, Genève, 1960, p. 23.

25 Pour le détail des faits relatifs à cet événement, voir par exemple, Jean-Pierre Langellier, « Téhéran capture quinze soldats britanniques », *Le Monde*, 25 mars 2007, p. 4 et Jean-Pierre Langellier, « Les quinze marins britanniques capturés dans le Golfe sont apparus à la télévision iranienne. Londres gèle ses relations diplomatiques avec Téhéran », *Le Monde*, 30 mars 2007, p. 4.

la personne se trouve sur un territoire dont elle est ressortissante au moment de sa capture ; il en résulte que si elle est tombée au pouvoir de l'ennemi c'est qu'une armée étrangère a pénétré sur le territoire provoquant un conflit armé international et l'applicabilité du DIH. Même si aucune hostilité armée ne se produit, les opérations militaires qui sont à l'origine de l'avancée de l'armée ennemie sur le territoire déclenchent l'applicabilité du DIH préalablement à la capture de la personne en cause. Même dans l'hypothèse où l'incursion armée a pour seul objectif la capture d'un ou plusieurs individus cette condition est remplie. Dès lors, le point de départ de l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève n'est pas la capture en elle-même, mais le fait générateur du conflit armé international préexistant. Il se peut toutefois, deuxièmement, qu'une personne se trouve sur un territoire dont elle n'est pas ressortissante au moment où elle tombe au pouvoir de l'ennemi. Dans cette hypothèse, sans autres hostilités préalables, comment distinguer une détention de droit commun d'une détention régie par le DIH ? Si une déclaration de guerre formelle a été produite, la question ne se pose pas, l'applicabilité du DIH est déclenchée de ce seul fait et l'internement de ressortissants civils étrangers est alors couvert par ce *corpus juris*. Cette hypothèse étant désuète le problème reste entier si, sans autres hostilités préalables, un État décide de prendre des mesures privatives de liberté à l'égard de ressortissants d'un autre État se trouvant sur son territoire. Étant donné que la mesure d'internement ou de mise en résidence forcée dans ces circonstances répond à un souci d'assurer la sécurité de l'État qui y procède, le DIH doit s'appliquer à ces situations, qui en elles-mêmes sont caractéristiques de relations d'inimitié entre les deux États en cause. Si au contraire, les personnes font l'objet de poursuites judiciaires elles doivent être considérées comme des détenus de droit commun. C'est donc le but de la détention – la sécurité – et la qualité des personnes concernées – ressortissantes d'un État tiers en particulier<sup>26</sup> – qui sont déterminants dans cette seconde hypothèse.

### Le rôle du consentement dans la détermination du moment à partir duquel le DIH est applicable

Au-delà de ces éléments matériels, un élément moral est requis afin de pouvoir constater que le DIH commence à s'appliquer ; la violence exercée doit présenter un caractère hostile. En effet, on parle bien d'« hostilités », terme qui induit que les actes posés ne le sont pas par bienveillance, mais tout au contraire par inimitié. Ainsi, toute opération militaire observée sur le territoire d'un État ne conduira pas automatiquement à la qualification de conflit armé international. La présence consentie de forces armées étrangères sur le territoire d'une Haute Partie contractante

26 Dans ces circonstances, vient à l'esprit la notion d'allégeance introduite par le TPIY afin de trouver une opérabilité à l'article 4 de la quatrième Convention dans le cas de conflits armés à caractère ethnique dans lesquels il se peut que des personnes soient internées non pas en raison de leur nationalité, mais du fait de leur allégeance à un État tiers. Cette question mériterait de longs développements qui lui seraient tout entier dévoués, en dehors de toute considération liée à l'applicabilité *ratione temporis* du droit international humanitaire. Sur ce sujet, voir TPIY, *op. cit.* note 3, §§ 164 et s. et par exemple Christopher Greenwood, « International Humanitarian Law and the Tadic Case », *European Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, 1996, pp. 272-273 ; ou encore Theodor Meron, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout », *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, p. 242.

doit donc être exclue de la définition puisque, dans cette hypothèse, cette présence étrangère ne résulte pas d'un « différend »<sup>27</sup>. Ainsi pour mesurer si ce différend existe et donc déterminer si le DIH des conflits armés internationaux commence à s'appliquer il conviendra de s'interroger sur l'existence ou non d'un consentement. À cet égard, si l'absence de consentement est relativement simple à discerner, il n'en va pas de même de la constatation de l'existence d'un consentement. En effet, lorsque la violence s'exerce entre les troupes ennemies il est aisé d'arriver à la conclusion qu'un conflit armé international existe – l'absence de consentement étant manifeste. En revanche, lorsqu'on ne peut que constater une présence militaire étrangère sur un territoire, il peut être difficile de conclure à une présence hostile. C'est notamment le cas lorsqu'un État mène des opérations militaires contre un groupe armé, et non pas contre les forces armées gouvernementales, sur le territoire d'un autre État. Dans cette hypothèse, c'est le DIH des conflits armés non internationaux qui s'applique dans les rapports entre cet État et ce groupe armé, mais le DIH des conflits armés internationaux peut lui aussi trouver à s'appliquer dans les rapports entre l'État qui mène ces opérations militaires et celui qui « héberge » le groupe armé contre lequel il lutte.

À la lumière du comportement de l'Ouganda en République Démocratique du Congo (RDC) apparaît une difficulté pour déterminer à partir de quand le droit international est applicable lorsqu'un État demande l'aide d'un autre État pour lutter contre un groupe armé sur son territoire, puis retire son consentement à cette présence étrangère au bout d'un certain temps. En effet, la RDC avait initialement demandé à l'Ouganda de la soutenir dans sa lutte armée contre des groupes armés rebelles. L'Ouganda avait donc fait usage de la force sur le territoire de la RDC avec le consentement de cette dernière. Mais, au bout d'un certain temps les autorités congolaises ont prétendu à « *la fin de la présence de toutes forces militaires étrangères au Congo* »<sup>28</sup>, puis dénoncé l'invasion de leur territoire par l'Ouganda<sup>29</sup>. La RDC estimait par conséquent que la présence de l'Ouganda sur son territoire était illicite. Tout au contraire, l'Ouganda a précisément argué du fait qu'un consentement avait été donné pour se défendre d'une partie des accusations que la RDC portait contre lui<sup>30</sup>. Dans un cas comme celui-ci, l'armée étrangère va poser des actes contre les groupes armés. Tant que le consentement de la Puissance sur le territoire de laquelle se déroulent les affrontements y consent, la situation devra « seulement » être qualifiée de conflit armé non international entre l'État intervenant et les groupes armés. Mais, dès lors que la Puissance qui avait sollicité l'aide retire son consentement, si la Puissance devenue de ce fait ennemie continue de poser des actes contre les groupes armés, ces activités militaires se déroulant sur le territoire d'un État qui

27 Voir en ce sens, Sylvain Vité, « Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 91, n° 873, 2009, p. 73.

28 Déclaration du 28 juillet 1998 reproduite dans l'arrêt de la Cour internationale de justice, CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, § 49.

29 Cette dénonciation a eu lieu lors du *Sommet de Victoria Falls* qui s'est achevé le 8 août 1998, voir en ce sens, *ibid.*, § 33.

30 Voir CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, §§ 42 et s.

n'y a pas consenti devront ainsi recevoir de surcroît la qualification de conflit armé international entre les deux États en cause. Cet état de fait déclenche par là-même l'applicabilité du DIH des conflits armés internationaux. La question qui se pose dès lors est celle de savoir à partir de quand peut-on considérer que le consentement a disparu ? Pour la Cour internationale de justice, le fait que la RDC ait dénoncé l'envahissement de son territoire notamment par l'Ouganda signifiait qu'elle ne consentait plus à sa présence ; la déclaration de la RDC selon laquelle toute force armée étrangère avait quitté le territoire n'était au contraire pas retenue par les juges, au motif qu'elle est trop ambiguë<sup>31</sup>. Le point de départ du retrait du consentement est donc fixé en l'occurrence au moment où l'État dénonce publiquement la présence étrangère sur son territoire. Subsidiairement, il faut noter que la Cour prend soin de préciser que « le retrait, par la RDC, de son consentement à la présence de soldats ougandais sur son territoire ne nécessitait aucune formalité particulière<sup>32</sup> ». La constatation du retrait du consentement est donc une question de purs faits qui ne doit pas nécessairement être assortie d'un acte formel pour être valide.

### La tentation de redonner vie à l'*animus belligerendi* pour déterminer le moment à partir duquel le DIH s'applique

De ce qui précède, il ressort que la nécessité que la violence soit exercée à des fins hostiles, pour que le DIH commence à s'appliquer, est une notion qui peut être difficile à évaluer. Si on y ajoute la multiplication des opérations militaires menées par des forces coalisées dont toutes n'ont pas le même rôle dans le conflit armé, l'exercice de qualification, et donc la détermination de l'applicabilité du DIH, peut devenir extrêmement complexe. Pour pallier cette difficulté, il pourrait être tentant de recourir à l'ancien concept d'*animus belligerendi*, attaché à l'ancien concept de « guerre ». L'*animus* est une intention. Dans le contexte de la « guerre », l'*animus belligerendi* permettait de vérifier que les États en cause avaient l'intention de déclencher entre eux l'état de guerre qui se substituait alors à l'état de paix. Autrement dit, il s'agissait par là de mettre en œuvre une notion juridique<sup>33</sup>. L'introduction de la notion de « conflit armé » en 1949 a tout au contraire cherché à faire reposer l'applicabilité du DIH sur un constat factuel. Par conséquent, réutiliser la notion d'*animus belligerendi* dans ce nouveau contexte ne représenterait rien d'autre qu'un retour en arrière, non seulement préjudiciable à la mise en œuvre du DIH, mais qui ne correspondrait pas à la tendance générale impulsée dès 1907, réaffirmée en 1949, et qui n'a cessé de se confirmer depuis, en faveur de la seule analyse factuelle aux fins de déterminer l'applicabilité du DIH dans une situation donnée<sup>34</sup>. Plus encore, pour

31 *Ibid.*, §§ 51 et 53. De façon plus générale, voir subsidiairement les commentaires sous les articles 20 et 45 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* qui évoquent le moment à partir duquel un consentement (ou acquiescement) peut être constaté, Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001.

32 CIJ, *op. cit.* note 33, § 51.

33 Dans le même sens, Christopher Greenwood, « The Concept of War in Modern International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, p. 286.

34 *Ibid.*, p. 295.

constater cette intention hostile au travers de l'*animus belligerendi*, il serait nécessaire de s'en remettre pour une large part aux prises de position des parties en cause quant à leur intention. Dans sa conception traditionnelle en effet, l'*animus belligerendi* était constaté par l'existence « d'une déclaration de guerre ou de toute autre déclaration<sup>35</sup> ». Or, le DIH cherche tout au contraire à se départir de toute prise de position aux fins du déclenchement de son applicabilité. Les obligations que cette branche du droit fait peser sur les États impliqués dans les conflits armés les conduisent presque invariablement à en nier l'existence dans l'optique de se soustraire à l'application du DIH. Ainsi, la recherche d'un *animus belligerendi* buterait inéluctablement sur des déclarations ou des attitudes à l'opposé de la situation telle qu'elle se déroule sur le terrain. Par conséquent, si en apparence l'utilisation de cette notion est séduisante parce qu'elle semble faciliter l'identification de l'existence d'une inimitié entre les Puissances en cause, ses effets pervers invitent à ne pas lui redonner une existence anachronique. Il a pu être argumenté que cette notion aurait une efficacité particulière dans les « cas de doute », avec comme exemple des mouvements de troupes exercés par erreur sur le territoire d'un autre État ou un usage de la force à la requête de l'État sur le territoire duquel il s'exerce<sup>36</sup>. Pour ce qui concerne un mouvement de troupes qui s'exercerait par erreur, il est difficile de voir en quoi l'*animus belligerendi* serait secourable. Si par définition il s'agit d'une erreur, l'armée qui s'est trompée n'aura aucune raison de poser un quelconque acte hostile à l'encontre de la population ou du territoire concerné.

### L'intensité de la violence, un élément non déterminant du début de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux

Si certains doutes ou ambiguïtés ont pu se faire jour suite à certaines affirmations faites par diverses instances<sup>37</sup> ou par la doctrine<sup>38</sup>, il demeure incontesté que le

35 *Ibid.*, p. 286.

36 Ce sont les hypothèses mises en avant par Dino Kritsiotis, *op. cit.* note 3, p. 280.

37 Voir par exemple, CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé par le CICR, XXVIII<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2-6 décembre 2003, p. 8 ou CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXX<sup>e</sup> Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26-30 novembre 2007, p. 7 et TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-A, Chambre de première instance, jugement du 7 mai 1997, § 569 ou TSSL, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, Affaire n° SCSL-03-01-T, Chambre de première instance II, jugement, 18 mai 2012, §§ 563 et s. ou encore Lucius Caflisch, « La pratique suisse en matière de droit international public 2008 », *Revue suisse de droit international et européen*, n° 4, 2009, p. 605, reproduction de la réponse donnée le 19 novembre 2008 par le Conseil fédéral à une question posée le 1<sup>er</sup> octobre 2008 par M. Josef Lang, député au Conseil National.

38 Voir par exemple, UK Ministry of Defence, *op. cit.* note 7, § 3.3.1, p. 29, George H. Aldrich, « Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 67, ou encore International Law Association, *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, prepared by the International Law Association Committee on the Use of Force, submitted at the Rio de Janeiro Conference, 2008, disponible en ligne : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022>, p. 10 et International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, disponible en ligne sur : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022>, p. 3, note 7.

DIH est applicable dans les conflits armés internationaux quel que soit le niveau de violence qui pourrait être mesuré dans l'emploi de la force entre les parties au conflit. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) lors de la XXXI<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, l'a solennellement réaffirmé en ces termes :

« [d]epuis l'adoption des Conventions, il y a plusieurs décennies déjà, ni la durée ni l'intensité n'ont en général été considérés comme des éléments constitutifs de l'existence d'un conflit armé international. Cette approche a récemment été remise en question, certains suggérant qu'il fallait que les hostilités atteignent un certain niveau d'intensité [...]. On considère ici, complétant l'avis juridique dominant qui dit le contraire, que l'absence d'une condition fixant un seuil d'intensité requis pour pouvoir définir une situation comme étant un conflit armé international devrait être maintenue, car elle contribue à éviter tout désaccord juridique ou politique sur le fait que le seuil ait été atteint ou non dans une situation donnée<sup>39</sup> ».

Dans le même sens, si le positionnement de la justice pénale internationale a parfois manqué de clarté, il semble que la tendance soit finalement à la conservation de l'approche traditionnelle et donc à considérer que le conflit armé international est caractérisé indépendamment du niveau d'intensité de la violence. En effet, une mention curieuse a pu être relevée dans le raisonnement des juges du TPIY dans leur jugement relatif à l'affaire *Tadić*. On peut en effet lire qu'« [i]l suffit à ce stade de dire que le degré d'intensité du conflit [...] suffisait pour répondre aux critères de l'existence d'un conflit armé international aux fins du Statut<sup>40</sup> ». Il semble toutefois que ce soit une considération isolée. Dans l'affaire *Delalić*, par exemple, on lit en effet à l'inverse que « [d]ans [le cas de conflits armés internationaux] le recours à la force armée entre États suffit en soi à déclencher l'application du droit international humanitaire<sup>41</sup> ». La Cour pénale internationale a adopté une position semblable<sup>42</sup>. Enfin, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dans son jugement du 18 mai 2012 reprend la définition posée au paragraphe 70 par le TPIY dans son affaire *Tadić*<sup>43</sup>. Toutefois, la formulation est ambiguë puisque les juges estiment que l'organisation et l'intensité sont les critères permettant de dire si un conflit armé a existé, sans préciser sa nature, internationale ou non internationale, alors que ces deux éléments sont caractéristiques de la qualification de conflit armé *non* international. On peut donc se demander s'ils ont voulu appliquer un critère d'intensité au conflit armé international. Il semble toutefois que non puisque, bien qu'ils estiment que la distinction entre les conflits armés internationaux et non internationaux a peu

39 CICR, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXI<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1<sup>er</sup> décembre 2011, accessible en ligne : <http://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>, pp. 8-9.

40 TPIY, *op. cit.* note 39, § 569.

41 TPIY, *op. cit.* note 8, §§ 184 et 208.

42 Voir en ce sens, CPI, *op. cit.* note 22, § 207.

43 TSSL, *op. cit.* note 38 §§ 563 et s.



d'importance dans l'espèce qui les occupe, les faits étant incriminés dans les deux types de conflit, ils reprennent exactement la formulation adoptée par le TPIY qui distingue incontestablement entre les deux types de conflit armé.

### Le cas particulier du début de l'application du DIH applicable dans les territoires occupés

Au sein des questions relatives au début de l'applicabilité du DIH des conflits armés internationaux, la question de savoir à partir de quand les règles contenues dans la section III de la quatrième Convention de Genève relative aux territoires occupés s'applique occupe une place importante. La notion d'occupation, en tant que telle, incluant les enjeux liés au moment à partir duquel il peut être constaté qu'une armée étrangère occupe un territoire au sens de l'article 42 du règlement de La Haye<sup>44</sup>, a été au centre des débats relatifs au DIH ces dernières années, notamment en raison d'un regain d'intérêt pour la notion suite à l'invasion de l'Irak par les États-Unis en 2003 ou du retrait unilatéral de l'armée israélienne de la bande de Gaza en 2005. On ne reviendra pas ici sur ces aspects, qui ont été largement débattus par d'éminents experts au sein même de cette revue<sup>45</sup>, on relèvera simplement que dès lors que l'on accepte que les règles relatives aux territoires occupés peuvent trouver à s'appliquer avant même que la situation puisse être qualifiée d'occupation au sens du Règlement de La Haye, grâce à la théorie de l'occupation fonctionnelle, une nouvelle difficulté émerge. Il suffit de lire les unes à la suite des autres les dispositions figurant dans la section spécifiquement relative aux territoires occupés pour se rendre à l'évidence. Il est exclu d'exiger que la « Puissance occupante » doive toutes les respecter si cette « Puissance » se résume à l'incursion de un ou quelques soldats seulement sur le territoire ou plus généralement pendant la phase d'invasion, alors que l'autorité de la Puissance n'est pas encore effective<sup>46</sup>. Travaillant à établir à partir de quand le droit international humanitaire s'applique, et en l'occurrence à partir de quand les règles relatives aux territoires occupés seraient effectives, pour chacune des dispositions de la section III de la quatrième Convention de Genève, une lecture dirigée des dispositions qu'elle contient a permis d'identifier à partir de quand les obligations qu'elles contiennent seraient opposables à la « Puissance occupante<sup>47</sup> ». Pour ce faire il a été examiné si elles établissent la jouissance d'un droit ou si elles sont relatives

44 Cet article de référence en matière de détermination du début d'une situation d'occupation dispose qu'un « territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ». Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907.

45 *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, n° 885, 2012 ; en particulier l'échange entre Michael Bothe, Martin Zwanenburg et Marco Sassòli ainsi que la contribution de Tristan Ferraro, qui traitent du début d'une situation d'occupation.

46 Dans le même sens, Robert Kolb et Sylvain Vité, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 145-146. Voir également, Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, entre l'Erythrée et la République fédérale démocratique d'Éthiopie, La Haye, 19 décembre, 2005, § 27.

47 Pour les détails de cette étude voir Julia Grignon, *op. cit.* note 2.

au traitement des personnes protégées, en même temps qu'elles ne nécessitent pas que la « Puissance occupante » ait établi son autorité de façon déterminante pour pouvoir assurer leur réalisation<sup>48</sup>. Le pragmatisme du DIH impose en effet de veiller à ce que sa mise en œuvre soit possible<sup>49</sup>. La plupart du temps cela a consisté à observer que la disposition en cause exige seulement une abstention et non la mise en place de mesures spécifiques nécessaires à son exécution. De cette étude, il ressort que s'appliquent sans délai les articles 47 à 49, 51, 53, 58, 59, 61 première phrase, 63, 64 à 75, 76 et 78, contrairement aux articles 50, 52, 54 à 57, 60, 61 deuxième phrase et suivantes, 62 et 77<sup>50</sup> de la quatrième Convention de Genève. Au terme du raisonnement selon lequel puisque les dispositions relatives aux territoires occupés dans la quatrième Convention de Genève peuvent trouver à s'appliquer en dehors de la caractérisation de l'occupation au sens du Règlement de La Haye, la situation juridique reste à certains égards incertaine. En effet, la lecture proposée des articles contenus à la section III de la quatrième Convention de Genève repose sur une compréhension extensive des intentions de leurs auteurs. Il peut en résulter le sentiment d'un DIH applicable à la carte, ouvrant la porte à la contestation de la Puissance occupante qui pourrait se retrancher sur le sens ordinaire des termes « territoires occupés ». Ainsi, il est heureux que le premier Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève transcende la dichotomie qui peut résulter de la combinaison entre le Règlement de La Haye et la quatrième Convention de Genève à propos de l'occupation. En effet, cet instrument ne distingue plus entre le territoire des parties au conflit et les territoires occupés, sauf occasionnellement dans certaines dispositions. Seules huit dispositions (sur cent deux) mentionnent spécifiquement les territoires occupés, parmi lesquelles trois seulement<sup>51</sup> sont entièrement dédiées à cette situation particulière. Les six autres contiennent des alinéas s'adressant aux Parties au conflit et des alinéas s'adressant à la Puissance occupante.

## Le début de l'application du DIH dans les conflits armés non internationaux

Le conflit armé non international est celui dont la prévalence est la plus forte dans le monde contemporain<sup>52</sup>. Pourtant, les instruments conventionnels de DIH ne donnent pas de précisions relatives au début d'un conflit armé non international. Les aspects matériels de ce type de conflit ont donc été largement analysés et disséqués dans la jurisprudence (essentiellement du TPIY et du TPIR) ainsi que dans la doctrine.

48 CICR, *Rapport sur l'occupation et d'autres formes d'administration de territoires étrangers*, réunion d'experts, CICR, Genève, 2012, p. 25, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/p4094.htm>.

49 Dans le même sens, Daniel Thürer et Malcom McLaren, « "Ius post bellum" in Iraq: a challenge to the applicability and relevance of international humanitarian law ? », in Klaus Dicke, Stephan Hobe, Karl U. Meyn, Anne Peters, Eibe Riedel, (Riedel, Hans J. Schütz et Christian Tietje, directeurs de publication.), *Weltinnenrecht : liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 758.

50 Voir Julia Grignon, *op. cit.* note 2, p. 133 et s.

51 Articles 14, 63 et 69 du Protocole additionnel I.

52 Voir CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, Genève, 2008, disponible sur : [https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc\\_001\\_0923.pdf](https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0923.pdf).

Et bien que ses aspects temporels ne l'aient pas été dans la même mesure, il en résulte que pour faire état du moment à partir duquel le DIH des conflits armés non internationaux s'applique, il suffit de faire la synthèse des nombreuses prises de position tant jurisprudentielles que doctrinales déjà exprimées en la matière<sup>53</sup>. Pour résumer à l'extrême, il est aujourd'hui acquis que le DIH commencera à s'appliquer à un conflit armé non international dès lors que pourront être constatés l'organisation des parties en conflit et un certain niveau d'intensité de violence des affrontements. Si ces éléments sont aujourd'hui assez facilement reconnaissables grâce à l'entreprise didactique à laquelle s'est livré le TPIY dans les jugements *Haradinaj* et *Boskoski*<sup>54</sup>, il est quasiment inéluctable que leur mise en application soit très complexe à réaliser lorsque, témoin d'une situation de violence armée, on cherche à la qualifier et donc à déterminer si le DIH a commencé à s'appliquer, ce qui peut avoir des conséquences significatives si l'on pense, par exemple, aux distinctions qui existent entre les règles relatives à l'usage de la force gouvernées par le droit international des droits de l'homme et les règles relatives à l'usage de la force gouvernées par le DIH. Le principe étant assez clairement posé, il apparaît intéressant dans le cadre qui nous est offert ici de se pencher uniquement sur deux aspects qui ont peu fait l'objet de littérature et qui emportent des conséquences directes quant au point de départ de l'applicabilité du DIH dans les conflits armés non internationaux, à savoir les répercussions que pourraient avoir l'introduction d'un élément de prolongation dans la définition qui a un temps prévalu en jurisprudence et les difficultés à mettre en œuvre les critères dégagés pour constater l'organisation des parties au conflit d'une part, et les conséquences d'une différenciation additionnelle ou au contraire d'une uniformisation, selon les points de vue, de la notion de conflit armé non international suite à l'adoption du Statut de Rome créant la Cour pénale internationale d'autre part.

### Les incertitudes entourant le moment précis auquel le DIH commence à s'appliquer dans les conflits armés non internationaux

L'organisation des parties au conflit et l'intensité de la violence sont deux notions utiles mais qui laissent subsister certaines incertitudes quant au point de départ de l'applicabilité du DIH dans les situations de conflit armé non international. Le niveau d'organisation des parties au conflit est un critère difficile à évaluer qui introduit par ailleurs un élément d'incertitude dans la détermination du point de départ de l'application du DIH. De même, l'introduction de la notion de « conflit armé prolongé » dans l'analyse de l'intensité de la violence est un élément temporel troublant.

53 Voir en particulier TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, Affaire n° IT-04-84-T, Chambre de première instance I, jugement, 3 avril 2008, § 49 ; TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, Affaire n° IT-04-82-T, Chambre de première instance II, jugement du 10 juillet 2008 ; CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Chambre préliminaire I, jugement conformément à l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, § 537 ; Anthony Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2010, 219 ; ou Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2002.

54 TPIY, *Haradinaj* et *Boskoski*, *op. cit.* note 54.

### *Le critère de l'organisation*

L'organisation des parties en conflit est un élément difficile à évaluer, rendant le point de départ de l'applicabilité du DIH aux conflits armés non internationaux incertain. Le cas syrien a offert une belle illustration de la difficulté de faire coïncider des faits constatés sur le terrain avec les indicateurs élaborés en jurisprudence. En effet, si la tendance actuelle est au caractère indiscutable de l'affirmation que la situation en Syrie présente les caractéristiques du conflit armé non international relevant de l'article 3 commun<sup>55</sup>, la question de savoir à partir de quand précisément cette constatation peut être faite demeure en suspens. Les armes employées tant par les insurgés que par les forces armées gouvernementales, la circonstance que l'armée ne soit pas capable de reprendre le contrôle de certaines zones, le nombre de victimes, qui se chiffre en dizaine de milliers, la fuite massive de personnes civiles vers d'autres pays limitrophes, l'escalade de la violence, l'implication des Nations Unies, bien qu'infructueuse, dans la recherche d'une pacification de la situation, tout comme l'emploi intensif et systématique de la force du côté gouvernemental, mais aussi le fait que la situation perdure maintenant depuis presque trois ans sont autant d'indicateurs qui attestent que le niveau d'intensité requis pour la qualification de conflit armé non international auquel l'article 3 commun s'applique est atteint<sup>56</sup>. Pour ce qui concerne l'organisation de l'Armée Syrienne Libre, principal groupe armé en présence et dont se revendique la très grande majorité des insurgés impliqués dans les affrontements armés, on peut noter qu'elle mène des actions coordonnées, qu'elle dispose d'un état-major, qu'elle contrôle certaines parties du territoire ou est en tout cas capable d'empêcher l'armée syrienne de pénétrer dans certaines zones, et qu'elle dispose d'interlocuteurs capables de parler en son nom et de la représenter. Il apparaît donc acquis que l'organisation de l'Armée Syrienne Libre correspond aux exigences du conflit armé non international auquel l'article 3 commun s'applique<sup>57</sup>. Les qualifications proposées par le CICR, l'ONU et Human Rights Watch confortent cette appréciation<sup>58</sup>. Toutefois si cette affirmation est possible aujourd'hui sans qu'elle

55 Voir CICR, communiqué du 17 juillet 2012, *op. cit.* note 1, § 3. On ne recherchera pas ci-après si le conflit répond de surcroît aux conditions exigées par le deuxième Protocole additionnel dans la mesure où la Syrie n'est pas partie à cet instrument, ce qui le rend inapplicable à la situation de ce seul fait. Voir le tableau donnant état des ratifications, compilé par le CICR, *op. cit.* note 11.

56 Voir les indicateurs dégagés en ce sens dans TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, *op. cit.* note 54, §§ 177 et s.

57 *Ibid.*, §§ 199 et s.

58 La situation en Syrie fait l'objet d'une commission d'enquête internationale indépendante mise sur pied par les Nations Unies, qui a produit plusieurs rapports portant sur plusieurs périodes différentes, en particulier : Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, A/HRC/S-17/2/Add.1 ; Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 22 février 2012, A/HRC/19/69 ; et Conseil des droits de l'homme, *Oral Update of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, 26 juin 2012, A/HRC/20/CRP.1. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a également produit un rapport extrêmement détaillé sur les événements tels qu'ils se sont produits jusqu'au 24 avril 2012 : Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *La situation en Syrie*, Rapport, 24 avril 2012, Doc. 12906. Voir également, Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, *Human rights situations that require the Council's attention*, Preliminary report of the High Commissioner on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic, 14 June 2011, A/HRC/17/CRP.1. On pourra en outre se référer utilement aux rapports

semble susciter de controverses, depuis quand en va-t-il ainsi ? Du point de vue de l'intensité, le niveau requis a été assez rapidement atteint, dans la mesure où les indicateurs relevés ci-haut pouvaient être vérifiés depuis la fin du mois d'avril 2011<sup>59</sup>. En revanche, du point de vue de l'organisation de l'Armée Syrienne Libre il est beaucoup plus difficile d'apprécier le moment depuis lequel elle remplit ce critère. Août 2011 constitue à n'en pas douter un moment charnière puisque c'est à cette date qu'elle se constitue. Il semble toutefois qu'elle n'a acquis une organisation suffisante que dans les mois qui ont suivi. À la lumière des éléments dont on dispose, l'intensification de la violence à l'automne 2011 et les moyens déployés par l'armée syrienne pour contrer les insurgés penchent pour une organisation qui arrive à maturité dans la mesure où cela témoigne de la capacité de l'Armée Syrienne Libre à mener des actions militaires concertées qui mettent en échec l'armée gouvernementale. Dans cette même période, un autre élément est déterminant, à savoir la capacité du groupe armé à mener de véritables opérations militaires offensives, qui constitue un indice qu'il existe une chaîne de commandement capable de donner des ordres à des subordonnés qui vont les mettre en œuvre. Aussi, sans que l'on puisse dater au jour près le moment à partir duquel les deux critères caractéristiques du conflit armé non international relevant de l'article 3 commun étaient réunis, on peut avancer que cette situation existe depuis l'automne 2011.

### *Le critère de l'intensité de la violence et la notion de « conflit armé prolongé »*

L'apparition en 1995 de la notion de « conflit armé prolongé » dans l'arrêt *Tadić* et l'insertion de cette notion dans l'article 8 du Statut de la Cour pénale internationale peuvent créer la confusion au point de donner l'impression qu'il est nécessaire de préciser un nouveau critère de qualification du conflit armé non international. Au-delà des difficultés que pose l'introduction de cette notion lors d'un examen des faits *a posteriori*, l'exigence de la « prolongation » des affrontements parasite également l'analyse pendant que les événements surviennent. En effet, sur le champ de bataille, pendant l'exercice de la violence armée, les acteurs ne peuvent pas savoir combien de temps vont durer les faits. Si le critère de caractérisation du conflit armé non international est la prolongation des affrontements, au premier jour (voire au deuxième et ainsi de suite jusqu'à un moment indéterminé) les protagonistes peuvent estimer que leurs actions sont régies par un régime juridique différent et par conséquent ne pas être en mesure d'être conscients de les inscrire en lien avec un conflit armé, élément du crime de guerre. Et combien de temps devront-ils attendre

produits par Human Rights Watch, en particulier : « *We Live as in War* » *Crackdown on Protesters in the Governorate of Homs*, Human Rights Watch, United States of America, novembre 2011 ; « *By All Means Necessary* », *Individual and Command Responsibility for Crimes against Humanity in Syria*, Human Rights Watch, United States of America, décembre 2011 ; et *In Cold Blood, Summary Executions by Syrian Security Forces and Pro-Government Militias*, Human Rights Watch, United States of America, avril 2012. Voir également Stephanie Nebehay, *op. cit.* note 1 ; et « Exclusive: Red Cross Ruling Raises Questions of Syrian War crimes », *Reuters*, 14 juillet 2012, disponible en ligne sur : <http://www.reuters.com/article/2012/07/14/us-syria-crisis-icrc-idUSBRE86D09H20120714>, voir également CICR, *op. cit.* note 1.

59 *Ibid.*, voir également les rapports publiés à cette période par les Nations Unies.

pour être certains que les affrontements sont caractéristiques d'un conflit armé non international ? Si *a posteriori* on peut constater qu'un conflit a duré trois mois par exemple, *pendant* les hostilités, il est impossible de prédire quand il touchera à sa fin. Sur une période de temps de trois mois, on pourra considérer par exemple, *a posteriori* toujours, que le quinzième jour du conflit est caractéristique de sa prolongation, mais pendant qu'il a lieu, comment les parties prenantes peuvent-elles estimer que ce quinzième jour est le point tournant de l'applicabilité du DIH et de leur possible incrimination pour son non-respect devant une juridiction pénale internationale ? Elles peuvent tout au contraire imaginer que le seizième jour sera le dernier jour du conflit et dans leur appréciation estimer que ce temps est trop court pour répondre à l'exigence de prolongation du conflit. Ainsi, cet élément pose la question de la prise en compte de l'intentionnalité de l'auteur dans la qualification d'un crime de guerre. En effet, dans cette hypothèse, l'auteur d'une infraction commise alors que les affrontements armés se déroulent depuis quelques jours pourra être reconnu coupable, alors même qu'il n'avait pas conscience qu'il agissait dans le cadre d'un conflit armé non international au moment où il l'a commis, puisqu'il ne pouvait pas anticiper que les événements allaient se prolonger au point d'être finalement caractérisés de conflit armé non international, rétrospectivement déjà au moment de la commission de son infraction.

Dans une autre perspective, exiger que l'usage de la force armée se prolonge pour considérer que le conflit armé non international est caractérisé, et donc que le DIH s'applique, entache les protections dont bénéficient les personnes affectées par ces conflits. S'il faut attendre un certain temps pour constater que la situation est caractéristique d'un conflit armé non international cela signifie que des personnes qui seraient arrêtées dans les premiers jours des violences ne pourraient pas bénéficier des protections offertes par le DIH alors que si elles avaient été arrêtées quelques jours, ou semaines, ou mois, selon le temps que l'on considère opportun de laisser s'écouler avant de conclure à l'existence d'un conflit armé non international, elles auraient pu en bénéficier pleinement. Ce conflit d'intérêts entre les buts poursuivis par le DIH et l'introduction d'un critère qui freine le début de son applicabilité a été soulevé lors des travaux préparatoires à l'élaboration du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne s'interrogeait en ces termes : « *Un gouvernement a-t-il le droit de prendre des mesures qui violent les droits minimaux de l'homme, simplement parce qu'une rébellion est de nature récente [...]?*<sup>60</sup> ». Aujourd'hui bien sûr, grâce à l'applicabilité reconnue des droits de la personne en tout temps et au noyau dur de droits indérogeables quelle que soit la situation<sup>61</sup>, ce que la République fédérale d'Allemagne désignait comme les « droits minimaux de l'homme » devront être respectés même si le DIH est

60 *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, Comptes rendus analytiques de la Commission I, 478 p., p. 239, § 31.*

61 Au moment où la République fédérale d'Allemagne s'exprime, le 14 février 1975, les deux Pactes internationaux ne sont pas encore entrés en vigueur (le *Pacte international sur les droits civils et politiques* est entré en vigueur le 23 mars 1976 et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* le 3 janvier 1976).

inapplicable. Il reste que le DIH, spécifiquement élaboré pour le temps des conflits armés, contient des dispositions précisément conçues pour ces situations.

### *Les conséquences de la notion de « conflit armé prolongé » dans le Statut de Rome sur l'applicabilité du DIH coutumier dans les conflits armés non internationaux*

Il existe dans le Statut de Rome une certaine ambiguïté résultant d'une lecture conjuguée des articles 8, 2. c) et 8, 2. e). En effet, alors que l'article 8, 2. c) évoque les violations de l'article 3 commun « *[e]n cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international* », l'article 8, 2. e) traite des « *autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international* » et pour ce dernier, et pour lui seulement, l'article 8, 2. f) Statut précise qu'il « *s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux* ». On peut dès lors s'interroger sur le sens de cette précision faite uniquement pour l'article 8, 2. e) : faut-il comprendre que les États, au travers du Statut de Rome, ont entendu réaffirmer la conception traditionnelle de l'article 3 commun, dont le seuil d'entrée est extrêmement bas, en la distinguant des *autres* violations, ou au contraire que cette précision à l'article 8, 2. f) a pour but d'uniformiser la définition dégagée par la jurisprudence pénale internationale à l'ensemble des conflits armés non internationaux ? La question reste ouverte et les positions exprimées polarisées<sup>62</sup>. En attendant une décision de la Cour qui serait saisie d'une violation de l'article 3 commun qui la conduirait à donner son interprétation, c'est-à-dire soit interpréter l'article 3 commun comme l'a fait le TPIY, soit revenir à un seuil d'applicabilité traditionnellement bas, et qui permettrait de conclure à une uniformisation du point de départ de l'applicabilité du DIH dans les conflits armés non internationaux ou au contraire à une différenciation, il est intéressant de se pencher sur une conséquence non négligeable que pourrait avoir la voie de l'uniformisation.

En effet, si l'uniformisation du seuil d'entrée pour les conflits armés non internationaux se confirme, c'est-à-dire si la notion de conflit ne présentant pas un caractère international matérialisée par une violence armée prolongée devient la définition générale du conflit armé non international, elle a potentiellement un impact non négligeable sur l'applicabilité du DIH coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux.

En effet, une règle de nature coutumière devrait s'appliquer à partir du même moment que la règle correspondante en droit conventionnel. Or, si tout

62 Pour une position en faveur de l'uniformisation voir Anthony Cullen, *op. cit.* note 53, p. 219. Voir en particulier la liste détaillée qu'il propose aux notes de bas de page 18 à 25, pp. 120-121. Il se satisfait de cette tendance dans la mesure où il estime qu'alors que l'article 3 commun manque de critères objectifs, ceux contenus dans le Protocole II sont de nature problématique. Anthony Cullen, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 12, 2004, p. 202 ; voir également Anthony Cullen, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *Military Law Review*, n° 183, Spring 2005, pp. 108-109.



conflit armé non international relevant du Protocole II est nécessairement aussi couvert par l'article 3 commun dont le seuil d'applicabilité est inférieur, l'inverse ne se vérifie pas. C'est l'objet même de la distinction conventionnelle entre les deux types de conflits. Il y a des situations qui sont couvertes par l'article 3 commun, mais auxquelles le deuxième Protocole ne s'applique pas en raison de l'absence des critères matériels énoncés à l'article 1 de ce texte. Appliqué à la question du seuil d'applicabilité du droit international coutumier, ce raisonnement implique qu'il faudrait pouvoir distinguer entre les règles réputées de nature coutumière dans les conflits armés non internationaux applicables dans les situations couvertes par l'article 3 commun, et celles applicables dans les situations relevant du deuxième Protocole. Étrangement, l'étude produite par le CICR ne distingue pas entre les deux domaines d'applicabilité. Lorsqu'une règle est mentionnée comme étant applicable dans un conflit armé non international, aucune mention additionnelle ne permet de conclure si elle est applicable dans les conflits armés répondant seulement aux critères de l'article 3 commun ou également à ceux du deuxième Protocole. Pourtant, de la même manière qu'une règle coutumière dans les conflits armés internationaux n'est pas automatiquement de nature coutumière aussi dans les conflits armés non internationaux, une règle coutumière dans les conflits armés relevant du deuxième Protocole n'est pas nécessairement de nature coutumière dans les conflits armés relevant de l'article 3 commun. Ce n'est que si l'on peut relever dans les conflits armés relevant uniquement de l'article 3 commun une pratique et une *opinio juris* équivalentes à celles constatées dans les conflits relevant du Protocole II que l'on pourra conclure à la nature coutumière de la norme dans les deux types de situations. L'étude n'opérant pas cette distinction, il faudrait donc rechercher pour chacune des règles qu'elle mentionne comme étant coutumière dans les conflits armés non internationaux si elle requiert la qualification de conflit armé non international relevant uniquement de l'article 3 commun ou aussi du deuxième Protocole, en examinant au cas par cas si la règle en question suppose implicitement un contrôle du territoire ou non, notamment. C'est une tâche impossible, sauf à reprendre tout le travail entrepris par les contributeurs à l'étude.

Aussi, la définition uniformisée introduite à l'article 8, 2. f), combinée à l'article 8, 2. e), présente un avantage considérable car parmi ces violations graves, énumérées aux articles 8, 2. e) i) à 8, 2. e) (xv), on trouve pour la plupart des actes relevant du deuxième Protocole additionnel. Au regard de l'applicabilité du DIH des conflits armés non internationaux, ces dispositions suscitent deux réflexions, dont la deuxième intéresse particulièrement les présents développements. Premièrement, le Statut de Rome permet de poursuivre des actes relevant du deuxième Protocole, à titre coutumier, sans qu'il soit nécessaire que tous les critères requis à l'article premier de ce Protocole ne soient réunis. Ces critères conventionnels sont si stricts que finalement cet instrument ne trouve qu'assez peu d'hypothèses de mise en œuvre<sup>63</sup>. Cette

63 Voir en ce sens Anthony Cullen, *op. cit.* note 53, p. 112 ; Dieter Fleck, « The Law of Non-International Armed Conflicts », in Fleck *op. cit.* note 16, p. 624 ; Leslie C. Green, *The contemporary law of armed conflict*, Manchester University Press, Manchester, 3<sup>e</sup> édition, 2008, p. 83 ; Dietrich Schindler, *op. cit.* note 16, p. 149.

définition empruntée à la jurisprudence du TPIY lui donne en quelque sorte une deuxième vie<sup>64</sup>. Les violations de certaines des dispositions qu'il contient pourront être poursuivies grâce à une définition assouplie. Deuxièmement, cette « nouvelle » définition présente un intérêt tout particulier au moment de se demander à partir de quand le DIH des conflits armés non internationaux coutumier commence à s'appliquer. Les articles 8, 2. f) et 8, 2. e) renvoient expressément aux « *lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international* », il n'est dès lors plus nécessaire de se poser la question de savoir si le droit coutumier en la matière s'applique seulement aux situations couvertes par l'article 3 commun ou également à celles relevant du Protocole II. Dès lors qu'un conflit armé « prolongé » oppose le gouvernement à des groupes armés ou des groupes armés entre eux, le DIH coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux est mis en œuvre. Il en résulte que des normes coutumières issues du droit conventionnel, et en particulier du Protocole II, pourront trouver à s'appliquer dans des situations qui ne relèvent pas de ces instruments. Ainsi les articles 8, 2. f) et 8, 2. e) permettent une mise en œuvre simplifiée du DIH coutumier dans les conflits armés non internationaux. Le DIH coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux joue dès lors un rôle considérable en faveur de la protection des personnes affectées par ce type de conflits. En retenant la définition proposée par le TPIY, à la lumière de l'interprétation qu'il en a faite dans sa jurisprudence ultérieure, et à condition que l'uniformisation l'emporte, le Statut de Rome étend considérablement le champ de la protection. Le seuil d'entrée de l'article 8, 2. f) serait aussi bas que celui de l'article 3 commun<sup>65</sup> puisque la prolongation du conflit n'est en réalité qu'un des éléments propres à évaluer le niveau d'intensité de la violence. On aurait donc avec cette disposition un seuil d'entrée très bas à la mise en œuvre du droit international coutumier. Il n'est pas nécessaire que les éléments matériels figurant au deuxième Protocole se réalisent pour que l'on puisse opposer aux parties à un conflit armé non international le respect du droit international coutumier, parmi lequel des normes extraites du deuxième Protocole additionnel ou du DIH des conflits armés internationaux, le cas échéant dans des conflits armés non internationaux de basse intensité. Plus encore, retenir cette définition comme seuil d'entrée à l'applicabilité du DIH coutumier des conflits armés non internationaux implique que sont désormais opposables des normes élaborées à titre conventionnel pour les conflits armés internationaux, qui pourraient trouver à s'appliquer dans des conflits armés dans lesquels aucun État n'est impliqué. C'est une spécificité remarquable en droit international public, au regard des éléments de formation de la coutume.

64 Cette évolution est particulièrement notable vis-à-vis de ce qu'exprimait Dietrich Schindler en 1979 : « *La tentative de développer les dispositions rudimentaires de [l']article [3 commun] en adoptant le Protocole II s'est, par conséquent, avérée plutôt infructueuse [du fait de l'introduction des critères requis à son applicabilité]. Cependant, le Protocole II peut être considéré comme une première étape vers une reconnaissance plus large des règles de droit humanitaire dans les conflits armés non internationaux. La prochaine étape devrait être d'abaisser le seuil d'application du Protocole II afin de d'assimiler son champ d'application à celui de l'article 3.* », Dietrich Schindler, *op. cit.* note 16, p. 149, nous traduisons.

65 Dans le même sens voir Dieter Fleck, *op. cit.* note 63, p. 624.

## Conclusion

S'il existe un certain nombre d'indicateurs qui permettent de dire avec certitude que dans une situation donnée le DIH s'applique, il est souvent difficile de dire à partir de quand précisément, surtout aujourd'hui que les affrontements armés dont on est le témoin résultent de comportements parfois ambigus. Parmi les défis que pose le début de l'application du DIH examinés dans cette contribution on n'a par exemple pas fait mention de la portée des déclarations qui peuvent être faites lorsqu'une situation de violence éclate. Selon leurs intérêts les États concernés, ou les États tiers, ou encore d'autres organes, vont se prononcer dans des sens qui peuvent être opposés. Un État refusera de considérer qu'il se trouve impliqué dans une situation de conflit armé non international sur son territoire, par exemple, pour récuser l'application du DIH, un autre au contraire pourra choisir la rhétorique de la « guerre globale contre le terrorisme » pour justifier certaines mesures qu'il prend. Dans tous les cas ces prises de position doivent demeurer sans effet sur l'applicabilité du DIH. Il n'est pas nécessaire qu'une quelconque autorité se prononce sur l'existence d'un conflit armé ou sur l'applicabilité du DIH pour que ce dernier s'applique effectivement. Ceci étant posé on ne peut pas occulter que l'appréciation que portent les parties en conflit sur la situation à laquelle elles sont confrontées peut avoir des conséquences rédhibitoires au regard de l'accès à l'assistance humanitaire. Si elles refusent de considérer que le DIH s'applique, elles peuvent s'en prévaloir pour refuser aux agences humanitaires autorisées d'accéder au territoire sur lequel se trouvent les personnes affectées par le conflit armé.

Le début de l'applicabilité du DIH peut donc s'avérer un exercice complexe, qui s'accompagne de conséquences opérationnelles fondamentales, qui plus est sans donner un résultat extrêmement précis. Il est toutefois possible de conclure de façon générale, en plus du fait que les prises de position des parties prenantes sont sans effet, que le DIH applicable dans les conflits armés internationaux commence à s'appliquer dès lors qu'un État emploie la force sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier, à condition qu'il s'agisse de l'expression d'un exercice collectif de la violence, et peu importe la qualification des objets ou des personnes qui sont la cible de cette violence, laquelle peut s'exprimer au travers de la capture uniquement. Il n'est, au surplus, pas nécessaire de mesurer l'intensité de la violence exercée ni de rechercher l'existence d'un quelconque *animus belligerendi*. Pour ce qui concerne les conflits armés non internationaux, il est désormais bien établi que l'organisation des parties au conflit et le niveau de l'intensité de la violence sont les deux critères étalons permettant de conclure à l'existence d'un conflit armé non international, lesquels ont fait l'objet d'analyses fouillées tant en jurisprudence qu'en doctrine ; les défis se trouvent alors en particulier dans l'élément temporel de « prolongation » de la violence et notamment au regard de ce que cette expression engendre pour le début de l'applicabilité du DIH coutumier.

Si les négociateurs des Conventions de Genève, qui restent les outils de référence en la matière, n'ont délibérément pas voulu donner de définition stricte ou de point de départ précis à l'applicabilité du DIH afin de se réserver le plus de flexibilité possible lorsqu'il s'agirait de mettre en œuvre le DIH, ce qui pose un certain nombre

de défis complexe au moment de procéder à l'analyse, il faut toujours conserver à l'esprit qu'ils l'ont fait dans le but d'offrir la protection la meilleure qu'il est possible d'envisager dans le contexte d'un conflit armé. Aussi, les difficultés auxquelles peut être confronté le raisonnement juridique ne devraient jamais servir de prétexte à saper l'opérationnalité DIH. Ceci est d'ailleurs vrai pour ce qui est de déterminer le moment crucial à partir duquel le DIH s'applique, mais aussi lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la *fin* de l'applicabilité du DIH<sup>66</sup>, laquelle porte ses propres défis et ambiguïtés, parmi lesquels le flou entourant le moment à partir duquel il est possible de considérer que les opérations militaires ont pris fin, mais surtout tous ceux qui sont liées aux fins différées ou échelonnées de son application, dans une totale absence de parallélisme des formes avec le début de son application.

66 Voir Marko Milanovic, « La fin de l'application du droit international humanitaire », dans ce numéro de la Sélection française de la *Revue*.