

La fin de l'application du droit international humanitaire

Marko Milanovic*

Marko Milanovic est Professeur associé à l'*University of Nottingham School of Law* et Secrétaire général de la Société européenne de droit international

Résumé

Cet article fournit un aperçu des règles qui régissent la fin de l'application du droit international humanitaire (DIH), ou droit des conflits armés. Il expose un principe général selon lequel, à moins qu'il existe une bonne raison de faire une exception en raison d'un texte, d'un principe ou d'une politique particulière, le DIH cessera de s'appliquer dès que les conditions qui ont déclenché son application en premier lieu ne seront plus réunies. Pour que le DIH s'applique, il est nécessaire que ses seuils d'application distincts – l'existence d'un conflit armé international, d'une occupation belligérante ou d'un conflit armé non international – continuent à être atteints, et ce, à n'importe quel moment. Cet article examine également les situations dans lesquelles il est justifié de s'écarter de cette règle générale, ainsi que les facteurs qu'il convient de prendre en compte pour déterminer la fin de l'application du DIH dans chaque type de conflit armé. Ce faisant, l'article analysera certains des événements et processus (mais pas nécessairement tous) qui conduisent généralement à la fin de l'application du DIH, ainsi que les événements et processus de transition qui mettent fin à l'un des sous-régimes du DIH, mais en déclenchent immédiatement l'application d'un autre. Enfin, l'article abordera rapidement le conflit armé (putatif) entre les États-Unis et Al Qaida et sa fin apparemment imminente.

* Cet article a été finalisé alors que j'étais professeur invité à l'*University of Michigan Law School*. J'aimerais remercier, pour leurs précieux commentaires, Sarah Cleveland, Ashley Deeks, Jean-Marie Henckaerts, Wolff Heintschel von Heinegg, Dino Kritsiotis, Jelena Pejic, Marco Sassòli, Michael Schmitt, Sandesh Sivakumaran et Elizabeth Wilmshurst.

Mots clés : DIH, Champ d'application temporel, fin de l'application du DIH, fin d'un conflit armé, conflits armés internationaux, conflits armés non internationaux, occupation.



La question de savoir quand le droit international humanitaire (DIH) commence à s'appliquer est déjà relativement complexe¹ ; celle de savoir quand il cesse de s'appliquer l'est peut-être encore davantage. Il s'agit certainement là de l'une de ces questions auxquelles les instruments internationaux pertinents n'apportent aucune réponse claire. Comme nous le verrons, si certaines des dispositions des Conventions de Genève de 1949² font référence à des moments spécifiques dans le temps, comme celui de la cessation des hostilités actives ou celui de la fin générale des opérations militaires, elles ne le font pas dans un objectif de réglementation générale, pas plus d'ailleurs qu'elles ne définissent avec précision ces termes plutôt vagues. Cette incertitude inhérente aux Conventions est accentuée par les trois considérations suivantes.

Tout d'abord, le DIH ne constitue pas une branche du droit unique et cohérente. Il n'a pas eu de concepteur originel qui l'aurait pensé de fond en comble et en aurait connecté les différents axes. Au contraire, à l'instar du droit international en général, le DIH a été écrit en palimpseste, les nouvelles couches se rajoutant aux anciennes et les remplaçant, mais rarement, voire jamais, complètement. Ainsi, le droit de La Haye, qui régit la conduite des hostilités et que nous continuons à appliquer aujourd'hui, prend sa source dans le cadre coutumier de l'époque, selon lequel la « guerre » était le concept juridique opératoire, rigoureusement opposé à la « paix ». Les différentes vagues du droit de Genève se sont construites sur ce socle ; les Conventions de Genève de 1949 et plus particulièrement les Protocoles additionnels de 1977 ont entrepris de redéfinir les seuils d'applicabilité du DIH. Nous pouvons ajouter à ce mélange les considérations judiciaires sur ces seuils émanant principalement des cours et des tribunaux pénaux internationaux, ainsi que les développements du droit coutumier qu'ils ont entraînés, et, plus tard, les transformations des pratiques étatiques dans l'arène mondiale de l'après 11 septembre.

Deuxièmement, même les seuils objectifs et factuels définis par le DIH moderne sont fragmentés. Il n'est pas possible de véritablement parler en des termes

- 1 Pour une approche générale de la classification des conflits armés, voir Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, « A Taxonomy of Armed Conflict », in Christian Henderson et Nigel White (dir.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*, Cheltenham et Northampton, MA, Edward Elgar, 2013, pp. 256–313, dont une version non finalisée est disponible sur le site du Social Science Research Network : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1988915. Le présent article s'appuie en grande partie sur ce dernier. Voir également l'article de Julia Grignon, « Le début de l'application du droit international humanitaire. Discussion autour de quelques défis », dans le présent numéro de la *Revue internationale de la Croix-Rouge, Sélection française*. (N. D. T. : Toutes les références Internet ont été vérifiées en octobre 2016).
- 2 Convention I de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) ; Convention II de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 RTNU 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) ; Convention III de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur le 2 octobre 1950) ; et Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).

généraux de la fin de l'application du DIH, mais seulement et respectivement de la fin de son application dans un conflit armé international (CAI), de la fin de son application en situation d'occupation et de la fin de son application dans un conflit armé non international (CANI). De plus, si certaines règles du DIH s'appliquent en tous temps – en d'autres termes, y compris hors conflit armé ou occupation (par exemple, diffuser le DIH, ou encore signaler les biens culturels, etc.) –, l'application de certaines règles du DIH peut, comme nous le verrons, avoir débuté avec le conflit armé, mais ne pas avoir cessé avec la fin de celui-ci (par exemple l'obligation d'enquêter et de poursuivre les responsables de violations graves du DIH dans un CAI). Et, alors que le développement de la plus grande partie du droit coutumier des CANI a régulièrement été fondé sur des analogies avec celui des CAI, les différences structurelles existant entre ces deux types de conflits peuvent avoir un impact sur le champ d'application temporel du DIH et rendre par conséquent ces analogies plus difficiles à justifier.

Enfin, notre interprétation des seuils d'application et du champ temporel du DIH dépendra inévitablement de la manière dont nous prendrons en compte, au sein d'un contexte professionnel particulier – c'est-à-dire en tant que juges nationaux ou internationaux, fonctionnaires d'un gouvernement, conseillers juridiques militaires, militants humanitaires, ou chercheurs – un certain nombre de considérations politiques en concurrence et en perpétuelle évolution. En d'autres termes, une analyse de la fin de l'application du DIH par un acteur donné est influencée par le fait que cet acteur *veuille* ou non, en définitive, que le DIH continue à s'appliquer, à la lumière des conséquences de son application ou de la cessation de son application. Ainsi, par exemple, à Genève, en 1949, la majorité des membres de la communauté humanitaire – dont le Comité international de la Croix-Rouge – a défendu une applicabilité large du DIH, particulièrement s'agissant des CANI qui n'étaient presque pas réglementés jusqu'alors. Mais, d'un autre côté, la plupart des États voulait à la fois augmenter le seuil déclenchant l'application du DIH dans les CANI et réduire le champ des règles du DIH applicables dans ces situations et ce, afin de préserver leur marge de manœuvre pour réprimer comme ils l'entendaient les rébellions et les conflits internes³. Aujourd'hui, toutefois, il est probable que les acteurs humanitaires pacifistes ne voudraient *pas* d'une application large du DIH, dans la mesure où ils pourraient le considérer comme un écart à un droit applicable concurrent (et si besoin extraterritorial), à savoir le droit international des droits de l'homme. Néanmoins, il est également possible que, de nos jours, les États désirent que le DIH s'applique, dans la mesure où ils peuvent le considérer comme plus *permissif* que contraignant, en ce qui concerne par exemple le ciblage et la détention administrative, puisqu'il leur permet d'échapper aux règles plus exigeantes du droit international des droits de l'homme⁴.

Toutefois, dans d'autres situations, il se peut que le calcul des différents acteurs soit différent. C'est par exemple le cas concernant la question de savoir si l'occupation de Gaza est terminée, question qui dépend principalement de celle de

3 Pour une approche générale de la question, voir Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012, p. 30 et s.

4 Voir Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, *op. cit.* note 1, pp. 305-308.

déterminer si l'application continue du DIH est ou non souhaitable. De la même manière, une juridiction pénale internationale peut être tentée d'adopter une approche extrêmement favorable à la continuité de l'application du DIH, dans la mesure où sa propre survie peut dépendre de l'existence d'une situation de conflit armé. Les *conséquences* de la fin de l'applicabilité du DIH, qu'elles concernent les obligations et les droits des parties ou la responsabilité pénale individuelle, seront donc inévitablement prises en compte. Dire que ces argumentations, implicitement fondées sur les résultats sont inévitables, ne revient pas pour autant à dire qu'elles sont parfaitement conscientes et délibérées. Quoi qu'il en soit, cet article s'efforcera de rendre compte de manière aussi transparente que possible les diverses considérations pertinentes.

Cet article est structuré de la façon suivante. Il proposera d'abord un bref aperçu des changements qu'a connus le DIH au cours des ans – dans la mesure où ces changements sont pertinents pour la compréhension des conditions de la fin de son applicabilité – et exposera le principe général guidant ce processus. Il se penchera ensuite sur le moment où les différentes règles du DIH cessent de s'appliquer dans les conflits armés internationaux, les situations d'occupation et les conflits armés non internationaux. Il examinera par la suite les processus de transition qui mettent fin à l'un des sous-régimes du DIH (CAI ou CANI), mais qui déclenchent l'application d'un autre sous-régime. Il finira par l'examen de la fin (imminente) du conflit entre les États-Unis et Al Qaida, l'une des questions les plus actuelles et les plus controversées du DIH contemporain.

Bref aperçu historique du principe général de la fin de l'application du DIH

Avant de pouvoir examiner la fin de l'application du DIH moderne, il est nécessaire de revenir sur l'évolution des seuils déclenchant l'application du DIH, qui sont abordés plus en détail dans un autre article de ce numéro de la *Revue*⁵. Comme relevé ci-dessus, le concept opératoire du droit international coutumier jusqu'à la signature des Conventions de Genève de 1949 (et peut être pendant un certain temps après)⁶, était la « guerre ». En droit international classique, la guerre n'était pas simplement définie comme une situation factuelle impliquant des hostilités entre deux États, mais également comme une situation juridique dont le début et la fin étaient lourds de conséquences tant dans les relations entre les belligérants que dans leurs relations avec les États tiers. La guerre et la paix s'excluaient donc catégoriquement comme le droit de la guerre et le droit de la paix⁷. La guerre était généralement considérée

5 Voir Julia Grignon, *op. cit.* note 1.

6 Les seuils d'applicabilité des traités ne se sont pas immédiatement cristallisés dans le droit coutumier et, en raison de la nature fluide de ce dernier, il est difficile d'identifier avec précision le moment exact de cette cristallisation.

7 Pour une approche générale de la question, voir Jann Kleffner, « Scope of Application of International Humanitarian Law », in Dieter Fleck (dir.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2013, p. 44 ; ainsi que Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, *op. cit.* note 1, pp. 258-264.

comme abrogeant tous les traités signés en temps de paix entre les belligérants et déclenchait l'application des règles sur la neutralité pour les non belligérants. La guerre dépendait de facteurs à la fois formels et subjectifs, puisqu'elle dépendait non seulement de l'existence objective d'hostilités, mais aussi de l'expression d'un *animus belligerendi*. Cet *animus* subjectif pouvait être prouvé, ou pas, au regard de critères, tels que la rupture des relations diplomatiques entre les belligérants, l'existence d'une déclaration de guerre ou d'une notification de l'état de guerre à des puissances neutres, ou la reconnaissance de l'état de guerre par ces puissances neutres.

Tout ceci ouvrait la voie à des situations de combat généralisées et prolongées, dans lesquelles, pour des raisons politiques, les États concernés refusaient tout simplement de reconnaître l'existence d'une guerre. Un fossé fut donc créé entre une interprétation factuelle, reposant sur le sens commun de ce qu'était la guerre et sur une interprétation dérivée des subtilités du droit des gens, fossé exploité lorsqu'il servait les intérêts étatiques. Ceci introduisit non seulement un grand degré d'incertitude en ce qui concerne les droits des citoyens, mais, plus important encore, créa un obstacle majeur à l'application de n'importe quelle règle humanitaire du droit de la guerre. Afin d'éviter l'application du droit de la guerre, un État devait seulement nier l'existence d'une guerre *dans son sens juridique*, sans tenir compte par ailleurs du nombre effectif de morts ou de blessés⁸. C'était précisément la rigidité du cadre droit de la paix / droit de la guerre et les conséquences strictes qui découlaient du passage de l'un à l'autre qui poussaient les États à refuser de reconnaître l'existence d'une guerre. Ceci a conduit certains chercheurs de l'époque à défendre la reconnaissance juridique d'une troisième catégorie, intermédiaire, entre la guerre et la paix, un *status mixtus*⁹. D'autres, à leur tour, voulurent objectiver la guerre¹⁰. Malheureusement, ce que pouvaient souhaiter les juristes humanitaires et ce que les États pensaient être de leur intérêt n'était pas nécessairement la même chose, loin s'en faut. Plutôt que d'apporter une solution, les controverses autour de la nature juridique de la guerre ajoutèrent davantage d'incertitude¹¹.

Dans la mesure où la « guerre » était une affaire officielle, il était également nécessaire de pouvoir y mettre fin officiellement. Si les hostilités pouvaient être interrompues grâce à la négociation d'une trêve, d'un cessez-le-feu, ou d'un armistice

8 *Ibid.*, p. 260. Peut-être que l'exemple le plus célèbre d'une telle situation est ce qu'il s'est passé suite à l'invasion de la Mandchourie et pendant la guerre sino-japonaise des années 1930, au cours de laquelle le Japon et la Chine nièrent tous deux, pour des raisons politiques qui leur étaient propres, l'existence d'un état de guerre. Pour plus d'informations à ce sujet, voir Anthony Carty et Richard A. Smith, *Sir Gerald Fitzmaurice and the World Crisis: A Legal Adviser in the Foreign Office, 1932-1945*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2000, p. 41 et s.

9 Voir Georg Schwarzenberger, « *Jus Pacis ac Belli? Prolegomena to a Sociology of International Law* », in *American Journal of International Law*, vol. 37, n° 3, 1943, p. 470 ; ainsi que Philip C. Jessup, « Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War? », in *American Journal of International Law*, vol. 48, n° 1, 1954, p. 100.

10 Voir James Leslie Brierly, « International Law and Resort to Armed Force », in *Cambridge Law Journal*, vol. 4, n° 3, 1932, p. 308 ; ainsi que Theodore S. Woolsey, « The Beginning of a War », in *Yale Law Journal*, vol. 9, n° 4, 1900, p. 153.

11 Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, *op. cit.* note 1, pp. 260-261.

plus général, la fin de la guerre nécessitait généralement un traité de paix¹². C'était uniquement grâce à la conclusion d'un tel traité que les deux parties pouvaient reprendre des relations normales et que les traités qui les liaient, conclus auparavant, en temps de paix, pouvaient de nouveau être en vigueur.

Ce cadre était encore d'actualité quand la Seconde guerre mondiale débuta, mais sa fin ajouta de nombreuses strates au palimpseste du droit international. Tout d'abord, même si le recours à la guerre en tant qu'instrument de politique nationale avait déjà été mis hors-la-loi par le pacte Briand-Kellog de 1928, l'adoption de la Charte des Nations Unies et l'interdiction générale du recours à la *force* (et pas seulement à la « guerre ») créèrent véritablement le *jus ad bellum*, tel que séparé du *jus in bello*. Ensuite, l'applicabilité des Conventions de Genève de 1949 était en grande partie détachée du concept formel de la guerre. L'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève (article 2 commun) introduisit en effet le concept de conflit armé international¹³, conçu afin de remplacer, de manière factuelle et objective, le concept plus étroit de guerre, tout en en conservant sa nature interétatique.

Les Conventions de Genève de 1949 ont également introduit la première réglementation systématique des conflits internes grâce au concept de conflit armé non international tel qu'il est défini dans l'article 3 commun aux Conventions (article 3 commun). Lors de l'adoption des Conventions, le seuil d'un CANI n'entraînait rien d'autre que l'application de l'article 3 commun et de ses dispositions purement humanitaires protégeant les personnes ne prenant pas part aux hostilités ou mis *hors de combat* (en Français dans le texte). Voilà tout ce qui pouvait s'appliquer aux CANI en vertu du droit conventionnel en 1949 ; ce droit, par exemple, ne contenait aucune règle relative à la conduite des hostilités analogue à celle figurant dans le droit des CAI.

Au fil du temps toutefois, avec l'adoption des Protocoles additionnels de 1977 et l'évolution du droit coutumier, le droit des conflits armés en général s'est unifié autour de deux seuils factuels établis par les Conventions de 1949. Le seuil de l'article 2 commun est non seulement valable pour l'application des règles du Protocole additionnel I (PA I)¹⁴, mais il est également devenu le seuil d'application du droit coutumier « de la Haye » sur la conduite des hostilités. Tel était aussi le cas du seuil de l'article 3 commun, alors que les lacunes du droit des CANI furent en grande partie comblées par le droit coutumier. Les seuils d'application des Conventions de Genève de 1949 devinrent donc, de manière plus générale, les seuils d'application du DIH coutumier. L'obsolescence du concept traditionnel de « guerre » était presque totale, les États n'ayant simplement plus besoin de se déclarer la guerre ou d'exprimer officiellement leur opinion selon laquelle un état de guerre existait. De la même

12 Voir Jann Kleffner, *op. cit.* note 7, p. 62.

13 L'article 2 commun dispose : « En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles » (souligné par l'auteur).

14 Voir Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA I), art. 1, 3.

manière, la distinction entre les cessez-le-feu, les armistices et les traités de paix se brouilla peu à peu, les traités de paix se faisant de plus en plus rares¹⁵ et les conflits se terminant fréquemment par le biais d'instruments moins officiels, comme des armistices ou des déclarations communes ou unilatérales, ou même se terminant simplement *de facto*.

Mais, si le droit de la guerre était en train d'être réécrit dans le droit des conflits armés, le concept de « guerre » ne fut toutefois pas officiellement abandonné, même s'il était délaissé dans les faits puisqu'il n'était plus une condition d'applicabilité du DIH. Si l'on se penche sur le palimpseste du DIH, se pose la question de savoir si le concept de « guerre » est encore d'une quelconque pertinence pour nos débats contemporains. Notamment, l'article 2 commun des Conventions de Genève de 1949 dispose explicitement que la Convention « s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles », permettant ainsi aux Conventions (et au droit coutumier applicable) de *commencer* à s'appliquer avant même qu'un seul coup de feu ait été tiré. Mais, à l'inverse, leur application *cessera-t-elle* seulement avec la fin de la guerre, entendue dans son sens officiel et juridique, lorsqu'un état de guerre a débuté en plus de la reconnaissance d'un « simple » conflit armé international ? Envisageons un instant un scénario de guerre dans lequel les hostilités ont cessé depuis longtemps, mais sans pour autant qu'un traité de paix ou n'importe quel instrument officiel normalisant complètement les relations entre les parties n'ait été signé.

Certains auteurs, notamment Yoram Dinstein, continuent à accorder de l'importance à la guerre en tant que concept juridique¹⁶. La plupart, cependant – et je m'inclus ici – soutiendraient que l'un des buts principaux de la réforme opérée à Genève en 1949 était précisément d'en finir avec la subjectivité et le formalisme de la guerre. Il s'est agi également de fixer des seuils d'application objectifs et factuels, cette tendance n'ayant fait que se renforcer depuis¹⁷. Ceci étant dit, la possibilité que le « vieux » droit ait encore une influence ne peut pas être catégoriquement exclue, tout particulièrement parce que le concept de « guerre » transcende les frontières séparant le *jus ad bellum* du *jus in bello*. Toutefois, il est probable que cette influence soit minimale. En situation de « guerre », dans laquelle les hostilités ont *de facto* pris fin de manière permanente et définitive, même en l'absence d'une conclusion officielle de la paix, aux fins du *jus ad bellum*, tout droit résiduel de reprendre les hostilités serait écarté par l'interdiction figurant dans la Charte des Nations Unies

15 Pour une approche générale de la question, voir Howard S. Levie, « The Nature and Scope of the Armistice Agreement », in *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, p. 880 ; Richard Baxter, « Armistices and Other Forms of Suspension of Hostilities », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 149, 1976, pp. 357-390 ; ainsi que Jann Kleffner, *op. cit.* note 7, pp. 65-66.

16 Pour une approche générale de la question, voir Yoram Dinstein, *War, Aggression, and Self-Defence*, 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2011. Dinstein s'intéresse avant tout à la pertinence ou non du concept de guerre dans le cadre du *jus ad bellum*.

17 Sur la marginalisation du concept de « guerre », voir tout particulièrement Dino Kritsiotis, « Topographies of Force », in Michael Schmitt et Jelena Pejic (dir.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2007, p. 29.

de recourir à la force¹⁸, tandis qu'en l'absence d'hostilités actives, ou de prisonniers de guerre, ou de personnes protégées aux mains de l'ennemi, le DIH aura peu ou rien à régler¹⁹.

Les règles régissant le début et la fin de l'application du DIH sont de nature à la fois coutumière et conventionnelle. En ce qui concerne les règles conventionnelles, certaines dispositions générales du droit des traités relatives à leur entrée en vigueur et à leur retrait, peuvent être pertinentes pour examiner l'application temporelle du DIH. Tandis que les Conventions de Genève ont été adoptées de manière quasi-universelle, les règles générales relatives à leur entrée en vigueur sont particulièrement pertinentes pour les nouveaux États, lesquels peuvent devenir parties à des traités par adhésion ou par succession (automatique ?)²⁰. D'un autre côté, il est peut-être surprenant que les Conventions de Genève, comme les Protocoles additionnels, contiennent des dispositions explicites permettant leur dénonciation²¹. Aucun État partie n'a jamais dénoncé l'un de ces traités et les inévitables répercussions politiques qu'aurait une telle dénonciation rendent cette hypothèse hautement improbable dans le futur. Les dispositions relatives à la dénonciation contiennent également des garde-fous qui rendraient toute dénonciation sans effet à l'égard de situations nées d'un conflit armé existant ou de personnes protégées déjà en captivité²². La garantie juridique clé, toutefois, est le fait que la plupart des règles exposées dans les Conventions et les Protocoles ont acquis un caractère coutumier et continueraient de lier, quoi qu'il arrive, l'État dénonciateur. Par conséquent, dans la discussion qui va

18 Voir Jann Kleffner, *op. cit.* note 7, p. 66, et le comparer à Yoram Dinstein, *op. cit.* note 16, pp. 59-61 et p. 324.

19 L'exemple paradigmatique d'un tel conflit peut-être trouvé dans la guerre de Corée de 1950-1953. Si les hostilités prirent bien fin avec l'armistice du 27 juillet 1953, aucun traité de paix ne fut signé par la suite. Même si, en dépit de l'absence d'hostilités pendant une très longue période, les échecs des parties à négocier un traité de paix maintinrent un état officiel de guerre, et donc un CAI, les règles du *ius ad bellum* fondées sur la Charte des Nations unies ont pour effet d'interdire le recours à la force, et ce même si les dispositions de l'armistice n'étaient pas respectées. En d'autres termes, dans le cadre de la Charte des Nations unies, tout recours à la force devait être justifié soit par la légitime défense, soit par une autorisation du Conseil de sécurité de l'ONU. Voir par exemple à ce sujet Ernest A. Simon, « The Operation of the Korean Armistice Agreement », in *Military Law Review*, vol. 47, 2007, p. 105. Pour des arguments en faveur du fait que l'armistice de 1953 a bel et bien mis un terme à l'état de guerre, voir par exemple Yoram Dinstein, *op. cit.* note 16, pp. 43-44 ; ou encore Wolff Heintschel von Heinegg, « Factors in War to Peace Transitions », in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 27, n° 3, 2004, pp. 849-854.

20 Ce fut par exemple un problème dans l'arbitrage Éthiopie/Érythrée ; depuis son indépendance en 1993, l'Érythrée n'a jamais fait aucune déclaration la rendant partie aux Conventions de Genève et à même maintenu, de manière constante, qu'elle n'était pas obligée par ces traités. L'Érythrée a tout de même fini par y accéder en 2000, après que le conflit l'opposant à l'Éthiopie eut pris fin. La Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie décida que l'Érythrée n'était pas Partie aux Conventions avant 2000, mais que la plupart des règles énoncées dans les Conventions ne faisaient que refléter le droit international humanitaire coutumier, qui, lui, obligeait bien l'Érythrée. Voir Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, *Prisonniers de guerre – Réclamation de l'Érythrée n° 17*, 1^{er} juillet 2003, par. 31-42.

21 CG I, art. 63 ; CG II, art. 62, CG III, art. 142 ; CG IV, art. 158 ; PA I, art. 99 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, (Protocole II), 8 juin 1977, 1125 RTNU 609, art. 25.

22 Par exemple, le paragraphe 3 de l'art. 142 de la CG III dispose par exemple que : « La dénonciation produira ses effets un an après sa notification au Conseil fédéral suisse. Toutefois la dénonciation notifiée alors que la Puissance dénonçante est impliquée dans un conflit ne produira aucun effet aussi longtemps que la paix n'aura pas été conclue et, en tout cas, aussi longtemps que les opérations de libération et de rapatriement des personnes protégées par la présente Convention ne seront pas terminées. »

suivre, je ne tiendrai pas compte des problèmes qui pourraient être potentiellement posés par le droit des traités, même si les règles conventionnelles qui ne reflètent pas le droit coutumier pourraient potentiellement être affectées²³.

En tenant compte de l'évolution du régime du DIH moderne ainsi que de sa nature fragmentée, nous pouvons affirmer, à ce stade, le *principe général* de la fin de l'application du DIH qui fondera la suite de cet article : à moins qu'il n'existe une bonne raison de faire une exception en raison d'un texte, d'un principe ou d'une politique particulière, le DIH cessera de s'appliquer une fois que les circonstances qui ont déclenché son application auront cessé d'exister. En d'autres termes, si une situation particulière ne peut plus être qualifiée de CAI, de CANI ou d'occupation, l'application du DIH prendra fin²⁴.

En l'absence de toute indication contraire, ce principe général semble parfaitement convenir à l'espace conceptuel objectif et factuel des Conventions de Genève. Pour que le DIH s'applique, son seuil d'application doit *continuer* à être satisfait à n'importe quel moment. Pour étudier plus avant ce principe, il est bien évidemment nécessaire d'analyser les éléments constitutifs de chacun de ces seuils, dans le contexte de ces scénarios particuliers dans lesquels ces éléments peuvent avoir disparu. Il convient ensuite d'établir s'il est ou non justifié de s'écarter de la règle générale et si certaines règles continuent à s'appliquer même une fois que le conflit armé a pris fin. Nous analyserons alors certains événements et processus *de fin*, qui mettent généralement un terme à l'application du DIH (mais pas nécessairement à toutes ses règles)²⁵, ainsi qu'à certains événements et processus *transformateurs* qui mettent fin à un sous-régime spécifique du DIH (celui des CAI ou celui des CANI) mais en rendent un autre immédiatement applicable. Dans la prochaine partie, j'examinerai tour à tour chacun des seuils de déclenchement de l'application du DIH.

Les conflits armés internationaux

Comme nous l'avons vu, le concept de CAI a été forgé afin de constituer un remplaçant explicite au concept de guerre. À l'instar du concept de guerre, les CAI, tels qu'ils sont définis dans l'article 2 commun, sont de nature interétatique : ce sont des conflits entre au moins deux États souverains. Pour reprendre les termes des *Commentaires*, faisant autorité, de Jean Pictet :

« Tout différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2 [commun], même si l'une des

23 Pour davantage d'informations à ce sujet, voir Robert Kolb et Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford, Hart, 2008, pp. 104-105.

24 Voir également Derek Jinks, « The Temporal Scope of Application of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts », document d'information de l'Humanitarian Policy and Conflict Research (HPCR) préparé pour l'Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, qui s'est tenu à Cambridge du 27 au 29 janvier 2003, p. 3, disponible sur : <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session3.pdf> ; voir également Jann Kleffner, *op. cit.* note 7, p. 61.

25 Ce qui inclut les règles qui s'appliquent également en temps de paix et celles dont l'application est déclenchée par un conflit armé mais qui ne cessent pas avec la fin du conflit armé.

Parties conteste l'état de belligérance. Ni la durée du conflit, ni son caractère plus ou moins meurtrier, ni l'importance des forces en présence ne jouent de rôle ; il suffit que les forces armées de l'une des Parties aient capturé des adversaires appartenant aux catégories énumérées à l'article 4 [de la 3^e Convention]. Il peut même ne pas y avoir combat ; il suffit qu'il y ait détention de personnes visées par la Convention²⁶ ».

Le seuil établi par l'article 2 commun est ainsi remarquablement bas : il suffit, pour qu'il soit atteint, qu'un différend surgisse entre deux États et qu'il conduise à l'intervention de leurs forces armées²⁷. Je ne m'intéresserai pas ici à la question de savoir si Pictet avait raison à ce sujet, ou si un niveau de violence *de minimis* est nécessaire pour éviter que des échanges mineurs de coups de feu entre les forces de deux États (comme par exemple un simple coup de fusil à travers une frontière) ne soient qualifiés de CAI. Les opinions et la pratique sur ce point sont en conflit²⁸. Cependant, même s'il n'est pas exactement défini, le seuil des CAI est certainement bien plus bas que le seuil de la « violence armée prolongée » qui caractérise les CANI, sur lequel je vais revenir, dans la mesure où le seuil du CAI ne représentait pas le même enjeu pour les intérêts des États que celui du CANI. Un niveau particulier de violence peut donner lieu à un CAI si elle survient entre deux États, mais peut ne pas suffire pour qualifier une situation de CANI si ces violences sont commises par ou contre des acteurs non étatiques.

Comme nous l'avons également vu, la distinction principale entre la « guerre » et le CAI repose sur la nature objective et factuelle de ce dernier. La fin d'un CAI devrait, de la même manière, se fonder sur des critères purement factuels ; ce qui compte, c'est que les hostilités entre les deux parties aient cessé. Toutefois, parce que le seuil des CAI est relativement facile à atteindre et parce qu'il serait à la fois impossible en pratique d'empêcher des abus qui verraient, dans chaque accalmie dans les combats, la fin d'un CAI et, dans chaque reprise de ces derniers, le déclenchement d'un nouveau CAI, les hostilités doivent prendre fin avec un certain *degré de stabilité et de permanence* pour que le CAI soit véritablement terminé²⁹. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Gotovina*, la Chambre de première instance a jugé que :

« Une fois que le droit des conflits armés est devenu applicable, il convient de s'abstenir de juger avec légèreté de la fin de son applicabilité. Sinon, les participants à un conflit armé risquent de se retrouver dans une porte tournante entre l'applicabilité et la non-applicabilité, situation qui ne peut que les conduire à un degré considérable de confusion et d'incertitude juridique. La Chambre de première instance essaiera donc de déterminer si, à n'importe quel moment

26 Jean Pictet (dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. 3 : *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, CICR, 1960, art. 2, 1., p. 23.

27 Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, *op. cit.* note 1, p. 274.

28 Pour plus d'informations à ce sujet, voir Jann Kleffner, *op. cit.* note 7, pp. 44-45.

29 Voir Derek Jinks, *op. cit.* note 24, p. 3 : « Étant donné le régime des « conflits armés » *de facto* des Conventions de Genève, l'applicabilité générale du droit international humanitaire prend fin si les hostilités actives cessent et s'il n'existe pas de probabilité d'une reprise des hostilités dans un futur proche. » [Traduction CICR]. Voir également Robert Kolb et Richard Hyde, *op. cit.* note 23, p. 102.

de la période couverte par l'acte d'accusation, le conflit armé international a connu un terme suffisamment général, définitif et efficace pour entraîner la fin de l'applicabilité du droit des conflits armés. Elle essaiera tout particulièrement de déterminer s'il a existé une fin générale des opérations militaires doublée d'une conclusion générale de la paix [Traduction CICR]³⁰. »

Il s'agit toujours d'une évaluation factuelle, qui variera dans chaque cas, et le moment exact où un CAI s'est terminé est par principe difficile à déterminer. Les accords conclus par les parties belligérantes, quelle que soit leur dénomination – déclarations unilatérales effectuées par l'une d'entre elles ou résolutions des organisations internationales concernées, comme celles adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU³¹ – peuvent apporter des *preuves* que les hostilités se sont terminées avec le degré nécessaire de stabilité et de permanence. Mais, en définitive, c'est le *fait* que les hostilités se soient terminées qui compte et non la nature précise de l'instrument juridique en question³². En fonction du contexte politique et militaire, un accord de cessez-le-feu ou un armistice peuvent marquer le moment où les hostilités se sont terminées de manière permanente, tandis qu'un traité de paix officiel peut n'avoir que peu de valeur si les hostilités continuent sans relâche.

Cette approche factuelle est corroborée par les quelques indications sur la fin de l'application figurant dans les Conventions de Genève. Ainsi, l'article 118, paragraphe 1 de la CG III dispose que « [l]es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives ». L'obligation de rapatriement ne peut être naturellement acceptable pour les États que si les hostilités soient terminées de manière plus ou moins permanente. L'article 6, paragraphe 2 de la CG IV, d'un autre côté, dispose que « [s]ur le territoire des Parties au conflit, l'application de la Convention cessera à la fin générale des opérations militaires ». Les dispositions communes aux quatre Conventions de Genève, relatives à leur dénonciation et mentionnées plus haut, font, quant à elles, référence à un autre moment quand elles disposent que « la dénonciation notifiée alors que la Puissance dénonçante est impliquée dans un conflit ne produira aucun effet aussi longtemps que la paix n'aura pas été conclue³³ ». Nous avons donc ici trois moments différents : la fin des hostilités actives, la fin générale des activités militaires et la conclusion de la paix.

L'article 5 de la CG III et l'article 6, paragraphe 4 de la CG IV ne laissent, par ailleurs, aucun doute sur le fait que la Convention continuera à s'appliquer même après la fin générale des activités militaires si les personnes protégées sont encore au pouvoir de l'ennemi et qu'elles n'ont pas été libérées ou rapatriées avant cette date. L'article 3, b) du PA I énonce également ce principe sans ambiguïté :

« [L]'application des Conventions et du présent Protocole cesse, sur le territoire des Parties au conflit, à la fin générale des opérations militaires et, dans le cas

30 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Gotovina et consorts*, affaire n° IT-06-90-T, Jugement (Chambre de première instance), 15 avril 2011, par. 1694.

31 En laissant de côté la possibilité que le Conseil de sécurité de l'ONU modifie effectivement le DIH applicable par ses décisions, ou qu'il ait simplement le pouvoir de le faire.

32 Voir également Jann Kleffner, *op. cit.* note 7, pp. 61 et 70.

33 CG I, art. 63 ; CG II, art. 62 ; CG III, art. 142 ; CG IV, art. 158.

des territoires occupés, à la fin de l'occupation, sauf, dans les deux cas, pour les catégories de personnes dont la libération définitive, le rapatriement ou l'établissement ont lieu ultérieurement. Ces personnes continuent à bénéficier des dispositions pertinentes des Conventions et du présent Protocole jusqu'à leur libération définitive, leur rapatriement ou leur établissement. »

Il est difficile de savoir si les rédacteurs des Conventions établissaient une distinction claire entre la « fin des hostilités actives » énoncée à l'article 118, paragraphe 1 de la CG III et la « fin générale des opérations militaires » énoncée à l'article 6, paragraphe 1 de la CG IV puis à l'article 3, b) du PA I, en d'autres termes, si cette distinction fut délibérée ou au contraire le fruit d'un manque de coordination entre les rédacteurs. Ce qui est clair, c'est que l'intention première qui sous-tendait la formule de la CG III était de s'écarter de la règle établie plus tôt par l'article 20 des Règlements de la Haye, en vertu de laquelle l'obligation de rapatriement des prisonniers de guerre ne débutait qu'après la conclusion (officielle) de la paix. Cela signifia qu'à plusieurs reprises, dans le cadre d'un conflit qui était *de facto* terminé mais sans qu'un traité de paix officiel eût été signé, ou quand les négociations de paix duraient très longtemps, un grand nombre de prisonniers restaient détenus sans aucune nécessité³⁴. Bien sûr, cela ne signifie pas que le critère établi par la CG III assure nécessairement un rapatriement rapide des prisonniers en pratique, comme l'illustrent les longs efforts entrepris pour le rapatriement des prisonniers après la guerre Iran-Irak de 1980-1988. En ce qui concerne l'expression « fin générale des opérations militaires » énoncée à l'article 6, alinéa 2 de la CG IV, les *Commentaires* Pictet l'interprètent ainsi : « la fin générale des opérations militaires sera la fin complète de la lutte entre tous les intéressés³⁵ ». Il convient de remarquer qu'il s'agit d'un critère objectif et factuel ; comme nous l'avons soutenu plus haut, si un armistice ou un traité de paix peuvent constituer une preuve de la volonté de mettre un terme aux combats, les accords officiels ne constituent ni une condition nécessaire ni une condition suffisante de ce terme³⁶. La fin générale des opérations militaires implique une fin des combats entre *tous* les belligérants³⁷, même si les hostilités actives peuvent avoir cessé entre certains d'entre eux à une date antérieure (il suffit de penser, par exemple, à la reddition de la France en 1940 tandis que la Grande-Bretagne continuait le combat, ou encore au décalage des redditions de l'Allemagne et du Japon à la fin de la seconde guerre mondiale).

34 Voir Jean Pictet (dir.), *op. cit.* note 26, p. 541-543.

35 Jean Pictet (dir.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, vol. 4, *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1958, art. 6, al. 2, p. 62.

36 En affirmant que « [l]e droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint » (TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadić*, alias « Dule », Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, affaire n° T-94-1-AR72, 2 octobre 1995, par. 70), la Chambre d'appel du TPIY se montre selon moi trop insistante, au moins de manière implicite, vis-à-vis de la nature consensuelle de la fin du conflit. Sur la fin de l'application du DIH dans les CANI, voir la suite de cet article. Ce qui compte est la finalité *de facto* ; un très grand nombre de conflits armés, qu'ils soient internationaux ou non, se sont terminés sans qu'aucun accord officiel n'eût été signé (par exemple le CANI au Sri Lanka).

37 Jean Pictet (dir.), *op. cit.* note 35, p. 62.

Les *Commentaires* du CICR au PA I ont tenté de préciser la distinction entre les expressions « fin générale des opérations militaires » et « fin des hostilités actives ». Ainsi, ils expliquent que les opérations militaires peuvent être entendues en un sens plus large que les seuls combats et incluent « les déplacements, manœuvres et actions de toute nature, effectués par les forces armées en vue des combats », et que « [l]a fin générale des opérations militaires peut intervenir après la « fin des hostilités actives » évoquée à l'article 118 de la troisième Convention : bien qu'un cessez-le-feu, même tacite, puisse suffire aux termes de cet instrument, les opérations militaires peuvent souvent continuer après un cessez-le-feu, même sans affrontements³⁸. La distinction est également soutenue par une partie de la doctrine³⁹. Toutefois, selon les circonstances sur le terrain, la distinction peut s'avérer difficile à opérer ; en d'autres termes, la cessation des hostilités actives et la fin générale des opérations militaires (centrée sur les combats) peuvent se produire en même temps ou presque.

En résumé, il est possible de conclure qu'un CAI se termine avec la fin générale des opérations militaires, lorsque celle-ci n'est pas accompagnée d'une forte probabilité de reprise des hostilités. La fin du CAI mettra également un terme à l'application des règles du DIH réglementant la conduite des hostilités. De plus, elle mettra également un terme au droit, conféré par le DIH, de détenir des combattants ou des civils à titre préventif, uniquement pour des raisons de sécurité⁴⁰. Toutefois, comme nous l'avons également vu, certaines obligations du DIH survivront à la fin du conflit armé et peuvent même être déclenchées par la fin (imminente) du conflit, comme l'obligation de rapatrier les prisonniers de guerre. Les personnes qui restent au pouvoir de l'ennemi continueront à bénéficier des protections que leur accorde le DIH jusqu'à leur rapatriement ou leur libération, y compris, *inter alia*, le droit d'accès du CICR, et ce même si le DIH n'autorise plus leur maintien en détention. Ils continueront également à bénéficier des garanties fondamentales prévues à l'article 75, paragraphe 6 du PA I, en vertu duquel « [l]es personnes arrêtées, détenues ou internées *pour des motifs en relation avec le conflit armé* bénéficieront des protections accordées par le présent article jusqu'à leur libération définitive, leur rapatriement ou leur établissement, *même après la fin du conflit armé* » (souligné par l'auteur). Ces protections seront, en principe, complétées par le droit international des droits de l'homme et, si le DIH autorise des dérogations, au droit international des droits de l'homme, en application par exemple du principe de la *lex specialis*, ces dérogations ne seront plus autorisées après la fin du conflit⁴¹. De la même manière, l'article 33,

38 Voir Yves Sandoz *et al.*, *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1987, art. 3, b), par. 152-153.

39 Voir par exemple Derek Jinks, *op. cit.* note 34, p. 3 ; Laurie Blank, « A Square Peg in a Round Hole: Stretching Law of War Detention Too Far », in *Rutgers Law Review*, vol. 64, n° 1, 2011, pp. 1179-1182 ; Rogier Bartels, « From *Jus In Bello* to *Jus Post Bellum*: When do Non-International Armed Conflicts End? », in Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday et Jens Iverson (dir.), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, 2014, pp. 300-303.

40 Voir Jelena Pejic, « Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law? », in *British Yearbook of International Law*, vol. 75, 2004, pp. 78 et 81. Voir la suite de cet article sur la question de savoir si le DIH confère réellement une telle autorité ou se contente de poser des limites à l'action de l'État.

41 Les effets juridiques de la *lex specialis* sont à mes yeux assez limités ; elle ne fait rien de plus que permettre d'interpréter les normes des droits de l'homme à la lumière du DIH (et vice versa quand la situation l'exige), mais ne permet pas de les remplacer dans les cas où il existerait une contradiction entre ces

paragraphe 1 du PA I dispose que « [d]ès que les circonstances le permettent et *au plus tard dès la fin des hostilités actives*, chaque Partie au conflit doit rechercher les personnes dont la disparition a été signalée par une Partie adverse » (souligné par l'auteur). Cette obligation, ainsi que celles liées aux personnes décédées ou disparues, comme par exemple l'obligation de faciliter l'accès aux sépultures, continueront à s'appliquer après la fin du conflit, de même que les obligations d'enquêter sur les infractions graves, aux Conventions et au PA I, et de poursuivre les auteurs.

Il existe ainsi un certain nombre d'exceptions au principe général de la fin de l'application du DIH. Ces exceptions ne sont pas elles-mêmes limitées dans le temps ; l'écoulement d'un certain temps après la fin du conflit ne suffit pas en soi à mettre un terme à ces obligations persistantes. Par exemple, si un État détient un prisonnier de guerre des décennies après la fin du conflit, celui-ci restera sous la protection du DIH. L'obligation ne prendra fin qu'à condition que sa raison d'être ait disparu, par exemple si le prisonnier est rapatrié.

Comme pour le DIH en général, cette interaction entre le principe général et les exceptions à celui-ci met en balance la nécessité militaire et les considérations d'humanité. La fin d'un conflit ne doit pas être préjugée à la légère, mais doit être appréciée à l'aune de critères clairs et prévisibles. Les règles relatives à la conduite des hostilités cessent de s'appliquer une fois que les hostilités ont définitivement cessé, tandis que la cessation des hostilités déclenche l'obligation de rapatrier les prisonniers de guerre et de relâcher les internés civils, car ce n'est que lorsque cette obligation peut être réellement respectée, que la nécessité de telles mesures cesse. Les règles protectrices relatives au traitement en détention continueront à s'appliquer tout le temps de la détention, ce qui est de la plus grande importance en cas de rapatriement tardif. La nécessité de protéger les personnes privées de liberté pour des raisons liées à un conflit armé ne prend pas fin avec la fin du conflit lui-même, de même que toute violence grave contre ces personnes constituera un crime de guerre. De la même façon, l'obligation de réprimer les infractions graves au DIH peut parfois être plus facilement mise en œuvre dans la période suivant le conflit, dans la mesure où les enquêtes et les poursuites peuvent être menées sans être entravées par les hostilités actives. J'aborderai maintenant rapidement la fin d'une occupation en tant que sous-catégorie ou que seuil complémentaire des CAI.

L'occupation

La fin d'une occupation est un autre sujet complexe, examiné, par exemple, il y a peu, par une réunion d'experts sur l'occupation convoquée à l'initiative du CICR⁴². Je ne m'y intéresserai que brièvement. De la même manière que pour les CAI et les CANI,

deux branches du droit. Voir Marko Milanovic, « Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law », in Orna Ben-Naftali (dir.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011, p. 95.

42 Voir Tristan Ferraro, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert Meeting Report, CICR, 2012, p. 26 et s., disponible (en anglais) sur : <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf>. Voir également Vaios Koutroulis, *Le Début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Paris, Pedone, 2010.

nous pouvons partir du principe général selon lequel le DIH cessera normalement de s'appliquer dès lors que son seuil d'application – ici, celui de l'occupation – n'est plus atteint. Si nous définissons l'occupation comme le contrôle effectif par un État du territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier⁴³, il s'ensuit que l'occupation peut prendre fin selon deux modalités : la perte de contrôle du territoire par l'occupant ou le consentement valable du gouvernement de l'État occupé à l'État occupant. Ce postulat de base n'a pas été explicité par les Règlements de la Haye de 1907, mais il découle encore de la définition même du concept d'occupation énoncé à l'article 42 : « 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* » (souligné par l'auteur). En conséquence, l'incapacité à exercer l'autorité mettrait fin à l'occupation ; la difficulté consiste à déterminer quels facteurs doivent être pris en compte pour établir si l'occupant a ou non perdu le contrôle sur tout le territoire ou sur une grande partie de celui-ci.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 6 de la CG IV disposent qu'en territoire occupé :

« Sur le territoire des Parties au conflit, l'application de la Convention cessera à la fin générale des opérations militaires. En territoire occupé, l'application de la présente Convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires ; néanmoins, la Puissance occupante sera liée pour la durée de l'occupation – pour autant que cette Puissance exerce les fonctions de gouvernement dans le territoire en question – par les dispositions des articles suivants de la présente Convention : 1 à 12, 27, 29 à 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 à 77, et 143. »

L'article 6, alinéa 3 de la CG IV se concentre sur les situations dans lesquelles l'occupation survit au CAI qui l'a engendrée ; l'application de la plus grande partie de la Convention ne cessant qu'un an après la fin effective du conflit, seul un certain nombre de dispositions humanitaires fondamentales continuent à s'appliquer par la suite, et ceci seulement dans la mesure où la Puissance occupante exerce les fonctions de gouvernement dans le territoire en question. Cette disposition avait été cousue main pour encadrer l'occupation par les Alliés de l'Allemagne et du Japon après la Seconde guerre mondiale, qui fut vaste et prolongée, à la suite de la capitulation inconditionnelle des puissances de l'Axe (ou *debellatio*) et qui prit fin progressivement avec la création de nouvelles institutions autonomes⁴⁴.

L'article 3, b) du PA I a abandonné la limite d'un an fixée par la CG IV, en prévoyant que le Protocole cessera de s'appliquer « dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation », même si, comme nous l'avons vu, les personnes restant en captivité pour des raisons liées au conflit continueront à être protégées par le Protocole⁴⁵. La question de savoir si le DIH coutumier suivra l'article 3, b) du PA I au détriment de l'article 6, alinéa 3 de la CG IV, et ce même pour les États non parties

43 Pour une approche générale de la question, voir Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009, p. 35.

44 Voir Jean Pictet (dir.), *op. cit.* note 35, p. 62-63. Sur l'occupation transformative, voir également Adam Roberts, « Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights », in *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, p. 580.

45 Voir également Robert Kolb et Richard Hyde, *op. cit.* note 23, pp. 103-104.

au PA I, est une question épineuse que je n'aborderai pas ici. Précisons seulement que, tandis que l'applicabilité de la CG IV en tant que traité reste régie par l'article 6, alinéa 3, il est parfaitement possible que les traités soient supplantés par l'émergence d'une règle coutumière, pour peu que l'existence d'une telle règle soit effectivement établie⁴⁶.

L'occupation peut prendre fin par la perte de contrôle du territoire concerné selon divers scénarios : retrait unilatéral des troupes ; défaite des forces d'occupation du fait du gouvernement remplacé ou du fait d'une intervention extérieure ; ou perte du contrôle due à une insurrection dans le territoire occupé. L'évaluation de la perte de contrôle devrait toujours être objective, factuelle et contextuelle, en prenant en compte toutes les circonstances au cas par cas, et soumise à deux principes fondamentaux. Tout d'abord, comme pour les CAI et les CANI, la fin de l'occupation ne devrait pas être présumée à la légère. En particulier, une fois que l'occupation est établie, le maintien de l'occupation pourra ne pas nécessairement requérir de démonstrations fréquentes et manifestes de la puissance militaire de la part de l'occupant, particulièrement si l'occupation ne rencontre que peu ou pas de résistance et qu'il n'y a aucune autorité concurrente sur le terrain. Deuxièmement, toute absence temporaire de contrôle d'une partie du territoire n'aurait pas pour effet de mettre fin à l'occupation⁴⁷. Quelle que soit la puissance de l'occupant, il peut en effet lui être impossible de contrôler en permanence chaque recoin du territoire occupé, particulièrement dans le cas d'une insurrection (il suffit de songer à l'Irak d'après 2003, ou encore à la résistance des partisans dans la Yougoslavie occupée par les nazis.) Tant que la perte de contrôle n'est que temporaire ou extrêmement localisée et tant que l'occupant a la pleine capacité de rétablir son contrôle, l'occupation devrait être considérée comme ininterrompue⁴⁸. Il est clair que, dans chaque cas spécifique, les opinions divergeront sur le point de savoir si une occupation a pris fin par une perte de contrôle, comme pour le retrait israélien de Gaza, mais le principe fondamental reste, pour sa part, relativement incontesté.

46 Dans l'affaire du « mur », la Cour internationale de Justice (CIJ) n'a pas semblé considérer cette possibilité et a estimé, qu'avec le temps, seules les dispositions de la CG IV mentionnées dans l'article 6, al. 3 continuaient à s'appliquer au territoire palestinien occupé, même si ces dispositions n'étaient en réalité pas centrales pour le fond de l'affaire. Voir CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, par. 125. Tout en étant d'accord avec la CIJ sur le fait que c'est l'art. 6, al. 3 de la CG IV qui doit servir de cadre directeur aux États non parties au PA I, à l'instar d'Israël, Dinstein soutient que tout déclenchement des hostilités dans un territoire occupé (comme par exemple les *intifadas* palestiniennes) réinstaurera immédiatement l'applicabilité de l'ensemble de la CG IV et fera redémarrer la limite temporelle fixée par l'art. 6, al. 3 de la CG IV. Voir Yoram Dinstein, *op. cit.* note 43, pp. 280-283.

47 Voir Yoram Dinstein, *op. cit.* note 43, p. 272 : « Une fin définitive de l'occupation ne peut résulter que de la passation durable du contrôle effectif du territoire de la part de la Puissance occupante à l'État souverain restauré (ou à ses alliés) [Traduction CICR] ».

48 Voir *United States of America v. Wilhelm List et al.*, in *Law Reports of Trials of Major War Criminals*, vol. 8, 1949, p. 38 et pp. 55-56, où il est soutenu que l'occupation allemande des régions de la Yougoslavie contrôlées par les partisans n'avait jamais cessé dans la mesure où « les Allemands pouvaient à n'importe quel moment reprendre le contrôle physique de n'importe laquelle de ces régions [Traduction CICR] » ; voir également TPIY, *Le Procureur c/ Mladen Naletilić, alias « Tuta », et Vinko Martinović, alias « Tela »*, affaire n° IT-98-34-T, Jugement, Chambre de première instance, 31 mars 2003, par. 217, disponible sur : http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf, qui soutient que l'occupation continue à exister tant que l'armée d'occupation « dispose sur place de suffisamment de forces pour imposer son autorité, ou [qu']elle peut en envoyer dans un délai raisonnable ».

Il est possible d'établir des parallèles entre la fin de l'occupation par la perte de contrôle et l'applicabilité extraterritoriale du droit international des droits de l'homme dans le territoire occupé. Une question soulevée devant les cours britanniques et devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Skeini*, portait sur le point de savoir si le Royaume-Uni avait le contrôle effectif du territoire à Bassora au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), en raison du niveau élevé et pérenne de l'insurrection, et en dépit du fait que le Royaume-Uni était officiellement l'occupant du sud de l'Irak. La Chambre des Lords estima que le Royaume-Uni avait, en fait, perdu le contrôle effectif au sens de l'article 1^{er} de la CEDH, même s'il restait officiellement la Puissance occupante⁴⁹ en vertu du DIH, tandis que la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme éluda ce point⁵⁰. La question de savoir si les seuils du contrôle effectif pour l'occupation et pour l'application des traités de droits de l'homme diffèrent ou non demeure non résolue⁵¹.

En ce qui concerne la fin de l'occupation du fait du consentement de l'État occupé, il est généralement possible pour celui-ci d'accepter la présence sur le territoire de (l'ancien) occupant, que ce soit par le biais de la signature d'un traité de paix ou de celle de n'importe quel accord officiel ou pas⁵². Il convient de noter à cet égard que l'article 7 de la CG IV interdit les accords spéciaux entre les Hautes Parties contractantes quand ces accords portent préjudice à la situation de personnes protégées. Toutefois, de tels accords ne sont interdits que dans les situations où la CG IV s'applique, et l'article 7 de la CG IV n'exclut pas la disposition générale relative à un consentement authentique d'un État à la présence de forces étrangères, dans la mesure où un gouvernement existe et peut valablement donner ce consentement⁵³. Cette expression du consentement serait soumise au principe général posé par l'article 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose qu'« [e]st nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies⁵⁴ ». Il est également possible pour le gouvernement remplacé (dont le territoire

49 *R (on the application of Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, [2008] AC 153, par. 83 (par Lord Rodger).

50 Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Al-Skeini et Autres c. Royaume-Uni*, requête n° 55721/07, Jugement, Grande Chambre, 7 juillet 2011.

51 Tout en gardant à l'esprit que l'obligation positive de garantir le respect des droits de l'homme est une obligation souple, j'aurai tendance à soutenir avec beaucoup de prudence que ces deux seuils devraient sans doute être les mêmes. Voir Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, 2011, pp. 141 à 147.

52 Voir Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2^e éd., Oxford University Press, 2012, p. 63 et p. 67.

53 Adam Roberts, « What is a Military Occupation? », in *British Yearbook of International Law*, vol. 97, 1984, p. 249, pp. 276-279 et pp. 287-288.

54 Voir la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1155 RTNU, 331, 8 ILM 679, entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Par exemple, pour un argument selon lequel l'accord militaire de Kumanovo signé en 1999, par lequel la République fédérale de Yougoslavie consentait à la présence de troupes de l'OTAN sur son territoire, était potentiellement vicié par la coercition, en conséquence de quoi, le Kosovo constituait un territoire occupé, voir John Cerone, « Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo », in *European Journal of International Law*, vol. 12, n° 3, 2001, p. 469 et p. 484. Voir également Eyal Benvenisti, *op. cit.* note 52, chapitre X.

peut ou non être occupé dans sa totalité) de changer, souvent sur incitation ou tout du moins suite à une impulsion de l'occupant, puis de donner son consentement. L'article 47 de la CG IV prévoit clairement que tout changement du gouvernement (local) d'un territoire occupé, ou toute prétendue annexion de ce territoire par l'occupant, ne peut altérer l'applicabilité du droit de l'occupation⁵⁵. Mais qu'en est-il alors des situations dans lesquelles le gouvernement remplacé est complètement détruit ou transformé, comme ce fut le cas dans l'Irak d'après 2003 ? À cet égard, nous ne pouvons observer des considérations similaires que dans le processus transformateur de l'« internalisation » d'un CAI en un CANI, que j'évoquerai plus en détails dans la suite de cet article. Déterminer quelle entité dispose de la capacité et de la légitimité suffisantes pour donner un consentement éclairé au nom d'un État, peut être une question difficile et controversée.

Conflit armé non international

Ces dernières questions nous conduisent à celle de la fin de l'application du DIH dans les CANI. Nous avons vu que la fin de l'application du DIH dans les CAI et dans les situations d'occupation est déjà assez complexe. Cette complexité est exacerbée en ce qui concerne les CANI en raison des différences structurelles entre les CAI et les CANI et de l'absence presque totale de références textuelles indicatives à cet égard. L'article 3 commun est muet sur la fin de son application, tandis que l'article 2, paragraphe 2 du PA II semble reprendre à son compte la règle générale selon laquelle l'application du DIH prend fin en même temps que le conflit qui l'a déclenchée, lorsqu'il prévoit l'exception humanitaire que constitue la règle générale vis-à-vis des personnes qui demeurent en captivité :

« À la fin du conflit armé, toutes les personnes qui auront été l'objet d'une privation ou d'une restriction de liberté pour des motifs en relation avec ce conflit, ainsi que celles qui seraient l'objet de telles mesures après le conflit pour les mêmes motifs, bénéficieront des dispositions des articles 5 et 6 jusqu'au terme de cette privation ou de cette restriction de liberté. »

En somme, il sera difficile d'établir des analogies avec les CAI.

Tel qu'il se présente aujourd'hui, le CANI est un concept juridique pluriel, différemment défini par divers traités. La définition basique, voire la non définition, du CANI, qui comprend toutes les autres, est celle que l'on peut trouver dans l'article 3 commun. La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), dans l'affaire *Tadić*, en a, de manière célèbre, élaboré les termes dans son arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence⁵⁶ et

55 L'article 47 de la CG IV dispose que : « Les personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente Convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé. »

56 TPIY, *Le Procureur c/ Dusko Tadić*, *op. cit.* note 36, par. 70

cette formulation a été unanimement reconnue comme reflétant le droit coutumier. D'après l'arrêt *Tadić*, l'article 3 commun requiert un « conflit armé prolongé », un seuil défini par l'intensité et potentiellement par la durée, écartant ainsi les seules émeutes et tensions entre un État et un acteur armé non étatique ou entre deux acteurs armés non étatiques suffisamment *organisés* pour conduire des hostilités⁵⁷. Par ailleurs, le seuil plus élevé fixé par l'article 1, paragraphe 1 du PA II, qui n'est applicable qu'aux conflits impliquant un État et un acteur non étatique, mais non à ceux impliquant deux acteurs non étatiques, requiert que l'acteur non étatique possède une structure organisationnelle dotée d'un commandement responsable, contrôle une partie du territoire de l'État et soit capable d'une part de mener des opérations militaires continues et concertées, et, d'autre part, d'appliquer le PA II. Je laisserai ici de côté la question de savoir dans quelle mesure le seuil du PA II est réellement plus élevé que celui de l'article 3 commun, qui a une valeur coutumière, quand il est appliqué à des faits particuliers.

De la même manière que pour les CAI, la fin d'un CANI doit être déterminée par une enquête factuelle, mais les seuils d'organisation et d'intensité définis dans l'article 3 commun et le PA II rendent cette enquête bien plus compliquée qu'en CAI. Comme nous l'avons vu, pour qu'un CAI prenne fin, les hostilités elles-mêmes doivent avoir cessé avec un certain degré de permanence. Une option serait de traiter les CANI exactement de la même manière – tant que *des* hostilités continueraient, le CANI ne serait pas terminé⁵⁸. C'est ce que semble impliquer le TPIY dans l'affaire *Tadić* lorsqu'il a souligné que le DIH s'appliquait « dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint⁵⁹ ». Ceci est parfaitement logique du point de vue d'un tribunal pénal international qui cherche à asseoir sa compétence et à amener un maximum d'auteurs de crimes de guerre à rendre des comptes. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne le CANI entre la Serbie et l'Armée de libération du Kosovo en 1998, le premier jugement de la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Haradinaj* jugea que « dans la mesure où, en vertu de l'hypothèse *Tadić*, un conflit armé interne continue jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint, et dans la mesure où il n'existe aucune preuve d'un tel règlement pendant la période couverte par l'acte d'accusation, il n'est nul besoin pour la Chambre de première instance d'explorer les variations d'intensité du conflit armé pendant la période susmentionnée [Traduction CICR]⁶⁰ ». La tâche du TPIY était de ce fait devenue bien plus facile.

57 Selon la Chambre d'appel du TPIY, « un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État », *ibid.*, par. 70. Pour une discussion plus détaillée des critères relatifs au seuil des CANI, voir Jann Kleffner, *op. cit.* note 7, pp. 49-50 ; Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, *op. cit.* note 1, p. 282 et s.

58 Voir Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 3, pp. 252-254. Voir également Derek Jinks, *op. cit.* note 24, pp. 7-8.

59 Voir *op. cit.*, note 36.

60 TPIY, *Le procureur c/ Ramush Haradinaj, Idriz Balaj et Lahi Brahimaj*, Affaire n° IT-04-84-T, Jugement, Chambre de première instance, 3 avril 2008, par. 100, disponible sur : <http://www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/fr/080403.pdf>. La question ne fut par révisée dans la suite du procès Haradinaj, car les parties s'accordèrent sur l'étendue du conflit armé quand l'affaire fut rejuguée.

Une autre option, toutefois, à mes yeux plus logique du point de vue du DIH, serait de prendre en compte le seuil d'intensité plus élevé dans les CANI quand on le compare aux CAI, puisque c'est peut-être là que se trouve le point de rupture dans l'analogie entre ces deux types de conflits. Toute reprise des hostilités entre des États reconstituera, quoi qu'il arrive, un CAI, et il est par conséquent logique d'attendre la fin complète de toutes les hostilités pour considérer que le CAI est terminé. Dans les CANI, au contraire, il suffirait peut-être que les hostilités passent sous le seuil de la « violence armée prolongée », avec un certain degré de permanence et de stabilité, pour nous permettre de considérer que les hostilités sont, en fait, terminées. À l'instar des CAI, une fois que le seuil est atteint, il devrait y avoir une présomption de ce qu'il continue à l'être jusqu'à ce que soit apportée une preuve tangible du contraire ; d'un point de vue politique, il ne serait pas souhaitable qu'un CANI puisse apparaître et disparaître d'un jour à l'autre. Mais, contrairement aux CAI, dans les CANI, les hostilités n'ont pas nécessairement à se terminer toutes en même temps. Ce qui importerait, ce serait de savoir si l'intensité des hostilités ou l'organisation de l'acteur non étatique auraient baissé à un point tel que le seuil requis ne serait désormais plus atteint⁶¹. Par exemple, dans le cas du conflit d'après 2003 en Irak qui impliqua le nouveau gouvernement irakien et ses alliés étrangers d'un côté, et plusieurs groupes armés organisés de l'autre, on pourrait soutenir que ce CANI (ou cet ensemble de CANI) a pris fin vers la fin 2009, dans la mesure où la capacité des groupes insurgés s'était dégradée et où le niveau de la violence armée avait diminué (même si elle n'avait jamais complètement cessé). En août 2010, l'armée américaine retira ses troupes d'Irak. Mais après une période de calme relatif, les violences reprirent rapidement en 2012 et 2013, quand des groupes armés comme l'État islamique en Irak et au Levant (EIIL) se regroupèrent et se réorganisèrent, et qu'un nouveau CANI débuta.

Comme pour les CAI, les CANI peuvent se terminer grâce à un accord entre les parties, une impasse, ou encore la défaite et la reddition de l'une des parties, mais une fois encore, la seule question juridiquement pertinente porterait sur le point de savoir si, oui ou non, le seuil requis continue à être atteint. De la même manière, les CANI du PA II pourraient se terminer ou se transformer en simple CANI couvert par l'article 3 commun si l'acteur non étatique affrontant l'État devient tellement affaibli structurellement qu'il n'a plus le contrôle sur le territoire, la capacité de mener des opérations militaires continues et concertées ou de mettre en œuvre le PA II. Cette approche présente le désavantage d'augmenter les chances de transitions multiples entre la paix et le CANI.

Pour un exemple de CANI se terminant par la défaite complète d'un adversaire, il suffit de penser au conflit au Sri Lanka. Un exemple de CANI prenant fin en s'essouffant serait la situation en Irak après 2007. Une fois encore, l'analyse est purement factuelle. Dans certains cas, il sera relativement facile de déterminer le

61 Voir également Rogier Bartels, *op. cit.* note 39, p. 303 et s., dans lequel Bartels défend l'idée selon laquelle l'élément organisationnel est particulièrement pertinent dans le contexte de la fin d'un CANI et où il propose une vue d'ensemble de la jurisprudence du TPIY sur les facteurs et les indicateurs utilisés pour l'évaluation des critères d'intensité et d'organisation.

moment exact où le conflit s'est terminé, particulièrement quand il y a un accord de paix (tant que cet accord de paix est, dans les faits, respecté). Dans d'autres, il pourrait s'avérer extrêmement difficile de déterminer le moment exact où les hostilités sont tombées sous le seuil de la « violence armée prolongée » et, encore une fois, l'Irak peut illustrer cette dernière situation.

Il convient à nouveau de noter que des considérations politiques peuvent influencer l'appréciation contextuelle de la fin d'un CANI, qui dépend de l'identité et des objectifs de l'acteur procédant à cette appréciation. Par exemple, la fin d'un conflit marquera en même temps la fin de tout pouvoir de détenir des individus de manière préventive et le retour du régime normal du droit international des droits de l'homme (dans la mesure où le DIH était effectivement capable d'y déroger). Si l'acteur procédant à la déqualification de la situation s'inquiète du possible exercice potentiellement arbitraire d'un pouvoir étatique, il peut avoir tendance à considérer plus rapidement qu'un CANI a pris fin. À l'inverse, s'il s'inquiète de l'exercice arbitraire du pouvoir par un acteur non étatique, lié *par* le DIH mais probablement pas par le droit international des droits de l'homme, alors le calcul pourra être différent.

Transformation des conflits : internationalisation (du CANI au CAI) et internalisation (du CAI au CANI)

Jusqu'à maintenant, nous nous sommes exclusivement intéressé aux événements ou aux processus mettant un terme à l'application du DIH. Il nous faut à présent nous intéresser aux processus de transition, qui mettent un terme à l'application d'un sous-régime du DIH mais en initient un autre⁶².

Examinons tout d'abord l'internationalisation, l'un des sujets les plus controversés du DIH moderne. À mon sens, le concept d'internationalisation n'est juridiquement utile que s'il est défini comme la transformation d'un CANI *prima facie* en un CAI, entraînant ainsi l'application du régime juridique plus protecteur des CAI à ce conflit⁶³. La conséquence juridique la plus importante de ce changement de sous-régime est l'attribution, en principe, de l'immunité du combattant et d'un statut potentiel de prisonnier de guerre aux combattants des deux camps. En ce qui concerne le mécanisme de l'internationalisation, nous avons vu qu'en vertu de l'article 2 commun, les CAI sont définis comme des différends entraînant l'usage de la force armée *entre deux États*. Par conséquent, il existe deux manières fondamentales d'internationaliser un CANI. Tout d'abord, un CANI peut, *prima facie*, tomber sous le coup de la définition *existante* de l'article 2 commun. En d'autres termes, ce qui à première vue paraît être un conflit entre un État et un acteur non étatique se révèle en réalité, après une analyse plus poussée, être un conflit entre deux États. Cela peut soit

62 Cette partie reprend une bonne part des analyses de Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, *op. cit.* note 1, pp. 292-293.

63 Il convient de souligner qu'il est possible d'utiliser l'expression de « conflit armé internationalisé » en un sens différent et descriptif faisant référence à un type de CANI dans lequel il y aurait une intervention étrangère d'un genre ou d'un autre. Une fois encore, ce n'est *pas* ainsi que j'utiliserai cette expression, afin d'optimiser à la fois son utilité et sa précision.

arriver en raison du fait qu'un État tiers exerce un contrôle sur un acteur non étatique à un certain moment du CANI et, dans ce cas, la question la plus controversée porte sur le point de savoir quel est le critère ou quelle est la norme à appliquer, soit en raison du fait que l'acteur non étatique impliqué dans un CANI devient un État au cours du conflit, un cas très rare, mais dont nous pouvons peut-être trouver une illustration dans certains conflits en ex-Yougoslavie.

Ensuite, un CANI peut être internationalisé par la *redéfinition* du CAI au regard de la structure de ses parties. Dans ces cas, un traité ou une règle coutumière change la définition de l'article 2 commun de manière à potentiellement inclure certaines parties non étatiques. Ce type d'internationalisation aurait clairement besoin d'être appuyé par la preuve d'une règle spécifique pour être avéré. Une telle règle peut être trouvée dans l'article 1, paragraphe 4) du PA I (relative aux conflits dans lesquels les peuples luttent dans le cadre de l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes contre les régimes racistes, la domination coloniale et l'occupation étrangère), à la condition qu'une déclaration en vertu de l'article 96, paragraphe 3) du PA I ait été formulée. Une autre possibilité réside dans la doctrine coutumière de la reconnaissance de belligérance qui, si elle n'est plus utilisée, n'est peut-être pas pour autant tombée en désuétude⁶⁴.

Le second processus de transition est l'internalisation, ou la « désinternationnalisation », qui, une fois encore, découle de la définition interétatique de l'article 2 commun⁶⁵. S'il est aisé d'affirmer que les CAI sont des conflits entre États et que la qualité d'État est parfois incontestable dans une situation donnée, il peut en revanche être très difficile de déterminer qui peut *représenter* l'État. Cette question est non seulement importante pour la qualification initiale du conflit, mais elle peut aussi s'avérer cruciale pour sa requalification ou la transition d'un type de conflit à un autre. Pensons à tous ces conflits au cours desquels certaines formes de changements de régime ont eu lieu, que ce soit en Afghanistan, en Libye, en Irak ou en Côte d'Ivoire. Dans tous ces conflits, il y eut une forme d'intervention extérieure, associée à un renversement des rôles entre un gouvernement et un groupe rebelle, avec un nouveau gouvernement invitant l'État ou les États intervenant(s) précédemment, à l'aider dans sa lutte contre l'ancien gouvernement.

Ce qui est en jeu, ici, c'est le processus de transition d'un CAI à un CANI. Si l'on examine les différentes considérations politiques en concurrence, il est aisé de voir ce qui *n'est pas* suffisant pour constater cette internalisation. Le fait que le gouvernement d'un pays soit vaincu ne suffit pas en tant que tel à transformer la qualification du conflit, pas plus que l'établissement, par les vainqueurs, d'un gouvernement transitoire, dans la mesure où cela les autoriserait à effectivement supprimer par la force les protections accordées dans les CAI aux combattants de l'État vaincu, les privant ainsi de l'immunité du combattant et du statut de prisonnier de guerre. De la même manière, le fait qu'un groupe rebelle soit reconnu comme le nouveau gouvernement légitime ne peut pas, en soi, transformer la nature d'un conflit, dans la mesure où cela autoriserait encore les États intervenants à prendre

64 Pour en apprendre plus sur les mécanismes de l'internationalisation, *ibid.*, pp. 292-302.

65 *Ibid.*, pp. 281-282.

des décisions unilatérales ou à installer leurs hommes de main à la tête du nouveau gouvernement de l'État.

À mon sens, les considérations politiques comme la pratique récente plaident en faveur de l'existence d'une règle constituée des trois éléments suivants : un CAI deviendra un CANI seulement quand : 1) l'ancien régime a perdu le contrôle de la plus grande partie du pays et que la probabilité qu'il reconquiert le contrôle du territoire à court ou moyen terme est faible ou nulle (élément négatif) ; 2) le nouveau régime exerce son contrôle sur la plus grande partie du pays et est légitimé grâce à un processus inclusif qui le rend largement représentatif du peuple (élément positif) ; et 3) le nouveau régime parvient à obtenir une reconnaissance internationale large, bien que pas nécessairement universelle (élément externe). Aucun de ces éléments n'est en soi suffisant, mais, considérés ensemble, ils permettent de rendre compte à la fois des questions de légitimité et des développements factuels sur le terrain, tout en fournissant des garanties contre les abus par une puissance tierce. En ce qui concerne les éléments positifs et négatifs, le degré de contrôle devrait être apprécié de manière holistique, en ne prenant pas seulement en compte les troupes sur le terrain, mais également, de manière plus générale, l'emprise sur les institutions de l'État, sur ses ressources économiques, sur les médias, ou la nature du processus de légitimation interne (par exemple, des élections raisonnablement libres et équitables, ou un autre processus de représentation, comme la réunion de la « Loya Jirga », la grande assemblée tribale en Afghanistan). L'élément externe, quant à lui, ne dépendra pas seulement de l'action étatique bilatérale, mais également des décisions et de la conduite des organisations régionales et internationales concernées.

La proportion exacte de ces trois éléments variera inévitablement d'un cas à l'autre. La légitimation interne et externe s'avérera particulièrement importante lorsque le nouveau gouvernement ne sera capable d'exercer son contrôle sur le pays que grâce à l'appui de ses soutiens étrangers. L'objectif de cette formule est de trouver une solution qui puisse à la fois empêcher des intervenants étrangers d'utiliser des gouvernements fantoches, établis seulement par la force, pour prétendre que les CAI ou les situations d'occupation belligérante se sont transformés en un CANI ou en occupation pacifique (non belligérante) globalement non réglementée, tout en autorisant par ailleurs une transition dans certaines situations, mais sous réserve du respect des droits de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes et avec quelques garde-fous qui empêcheront une transition de pure force (surtout quand le recours à la force est illicite *ad bellum*, comme ce fut le cas en Irak).

À l'évidence, il peut s'avérer difficile d'identifier le moment exact de l'internalisation dans une situation donnée et, heureusement, dans la plupart des cas il n'y a pas besoin de le faire, mais il nous *est* nécessaire d'observer les facteurs pertinents et de leurs interactions. Ce faisant, nous devons également ne pas perdre de vue que l'internalisation d'un conflit a pour conséquence une réduction des diverses protections conférées par le DIH. Même si les régimes juridiques applicables aux CAI et aux CANI ont dans l'ensemble convergé grâce au développement de la coutume, des incertitudes et des différences importantes demeurent encore dans des domaines tels que les motifs de la détention, les garanties matérielles procédurales applicables à la détention, l'immunité du combattant, ou encore les règles de ciblage selon le statut

des personnes. Ainsi, si les processus de transition ne mettent pas fin à l'application du DIH, leurs conséquences pratiques ne devraient pas être sous-estimées. Ces conséquences pratiques sont probablement les plus importantes dans le cas d'une détention ayant commencé avant, mais continuant après, le moment où le conflit se transforme. Le problème clé, ici, est celui de l'existence ou de la modification du pouvoir de détenir ; si un tel pouvoir peut exister dans les CAI en vertu du DIH, il est probable qu'il ait besoin, pour être licite dans les CANI, d'être prévu par le droit interne^{66 67}.

La fin du conflit avec Al Qaida ?

Ces réflexions nous amènent à l'une des questions les plus épineuses du DIH et des relations internationales contemporaines : celle de l'existence d'un conflit armé entre les États-Unis et Al Qaida, et sa fin apparemment imminente. Afin d'analyser cette question, il est tout d'abord nécessaire de comprendre certains changements relativement récents survenus au sein des dynamiques juridiques et politiques qui la sous-tendent.

Tel qu'il a été conçu, et pendant la plus grande partie de son histoire, le DIH a été considéré par les États comme un système de *limitation* de leur souveraineté et de leur liberté d'action, et ce surtout en ce qui concerne le droit des CANI⁶⁸. En d'autres termes, la *ligne suivie* par la réglementation internationale depuis la période classique était essentiellement celle de l'hypothèse posée dans l'affaire du *Lotus* : les États étaient libres de faire tout ce qui n'était pas expressément interdit par le droit international, y compris une liberté sans limite de mener la guerre, que ce soit entre eux ou à l'intérieur de leurs propres frontières. Le droit de la guerre a précisément évolué pour imposer de telles limites, d'abord et avant tout dans le contexte interétatique. Les États résistèrent à la réglementation internationale des conflits internes par crainte – fondée ou non – que ceci n'impose des limites à la manière dont ils pourraient gérer les rebelles et ne confère à ces rebelles certains droits au regard du droit international. C'est cette inquiétude des États pour leur souveraineté qui explique la dichotomie existant entre les régimes juridiques des CAI et des CANI dans le droit moderne et le fait que les seuils d'applicabilité des

66 Dans le cas des CANI transfrontaliers, l'autorité du droit national ne découle pas nécessairement du droit de l'État dans lequel ont lieu les hostilités, et peut également dépendre du droit des États exerçant leur pouvoir de détention.

67 À cet égard, voir particulièrement *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, [2014] EWHC 1369 (QB), par. 239 et s., dans lequel la Haute Cour de justice (Angleterre et Pays de Galles) a estimé que le DIH, dans les CANI, ne donne par le pouvoir de détenir, et qu'une telle autorité ne peut venir que du droit national ou d'autres branches du droit international, comme d'une Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU. Pour aller plus loin sur ce sujet, voir Kubo Mačák, « No Legal Basis under IHL for Detention in Non-International Armed Conflicts? A Comment on *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence* », in *EJIL: Talk!*, 5 mai 2014 ; ainsi que Lawrence Hill-Cawthorne and Dapo Akande, « Does IHL Provide a Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts? », in *EJIL: Talk!*, 7 mai 2014, disponible sur : <http://www.ejiltalk.org/does-ihl-provide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts>.

68 Voir Marko Milanovic et Vidan Hadzi-Vidanovic, *op. cit.* note 1, pp. 305-308.

règles du CANI soient plus élevés en ce qui concerne l'intensité des violences et le degré d'organisation des parties non étatiques. Ainsi, il était rarement, voire jamais, dans l'intérêt d'un État impliqué dans un CANI de reconnaître l'existence d'un tel conflit ; un tel État *ne souhaitait pas*, tout simplement, que le DIH s'applique⁶⁹. Ceci peut expliquer pourquoi, par exemple, le Royaume-Uni a constamment nié l'existence d'un CANI en Irlande du Nord, prétendant que ce qu'il désignait, de manière euphémistique, comme des « troubles » était une affaire strictement interne relevant du droit pénal national, malgré le fait qu'on pouvait soutenir à bon droit que le seuil de l'article 3 commun était atteint⁷⁰. Ceci explique aussi pourquoi le Royaume Uni a formulé une réserve à l'article 1, paragraphe 4) du PA I qui exclut explicitement les actes de terrorisme, qu'ils soient concertés ou isolés, du champ d'application du droit des conflits armés⁷¹.

Aujourd'hui, toutefois, le droit international des droits de l'homme a progressivement remplacé, ou est en train de remplacer, l'idée d'une liberté d'action sans limite comme fil rouge de la réglementation, aussi bien formellement que *culturellement*⁷². Le DIH n'est plus l'unique ensemble limitant l'action des États, puisqu'un nouvel ensemble de limitations, plus rigide, plus exigeant et plus légaliste, a émergé, surtout au plan interne. Les États, ou du moins certains États, ont par conséquent cessé de considérer le DIH comme un corps de règles *contraignant* dont ils souhaiteraient éviter l'application dans leurs engagements contre des acteurs non étatiques⁷³. Au contraire, ils ont de plus en plus commencé à considérer le DIH comme un corps de règles *permissif* libérant ou dérogeant au droit international des droits de l'homme ou à d'autres contraintes, souvent sur le fondement douteux du principe de la *lex specialis*⁷⁴. Par exemple, alors que les règles du DIH concernant le ciblage ou la détention ont évolué dans un sens restrictif (par exemple, si des individus seront inévitablement tués en temps de guerre, il est cependant interdit de prendre délibérément pour cible des civils), elles sont maintenant considérées comme des règles permissives autorisant des dérogations au droit international des

69 Marco Sassòli, « Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law », in *HPCR Occasional Paper Series*, n° 6, hiver 2006, pp. 7-8.

70 Steven Haines, « Northern Ireland 1968-1998 » (pp. 130-131 et 133-136), in Elizabeth Wilmshurst (dir.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012. L'auteur rapporte que, selon une source restée secrète, de nombreux conseillers juridiques au sein du gouvernement du Royaume-Uni pensaient que le seuil des CANI avait bel et bien été atteint, du moins pendant certaines périodes.

71 Selon le Royaume-Uni, « l'expression « conflit armé », en elle-même et dans son contexte, désigne une situation qui ne recouvre pas les crimes de droit commun, y compris les actes de terrorisme, qu'ils soient concertés ou isolés. Quelle que soit la situation, le Royaume-Uni ne se considérera lié par aucune déclaration réputée faite aux fins du paragraphe 3 de l'article 96 à moins d'avoir expressément reconnu que cette déclaration émanait d'une autorité représentant véritablement un peuple engagé dans un conflit armé du type auquel s'applique l'article 1, paragraphe 4 ». Déclaration du 2 juillet du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, disponible sur : <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=BEFB567C3CA41A7BC12563FF0047E495>.

72 David Kretzmer, « Rethinking the Application of IHL in Non-International Armed Conflicts », in *Israel Law Review*, vol. 42, n° 1, 2008, pp. 8-45.

73 Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 123-124.

74 Pour aller plus loin sur ce sujet, voir Marko Milanovic, *op. cit.* note 41. Voir également *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, *op. cit.* note 67.

droits de l'homme (par exemple, un combattant ennemi peut être tué même s'il ne représente pas une menace imminente et la détention administrative pour des raisons de sécurité est autorisée alors que le droit international des droits de l'homme interdit généralement en principe toute détention administrative)⁷⁵.

Pour comprendre comment ces dynamiques ont évolué, il suffit de s'intéresser à la politique des États-Unis après le 11 septembre⁷⁶. Le gouvernement des États-Unis a d'emblée décidé de combattre la menace que faisait peser Al Qaida, tant sur le plan national qu'international, et d'y répondre par une « guerre » afin de se voir reconnaître le pouvoir de détenir et de cibler qui lui semblait nécessaire et d'éviter d'avoir les mains liées par certaines règles de son droit constitutionnel national, comme du droit international des droits de l'homme. L'expression de « guerre globale contre le terrorisme » faisait référence à un supposé conflit unique au sens du DIH entre les États-Unis d'un côté et Al Qaida et les groupes affiliés de l'autre. À l'origine, les États-Unis qualifièrent le conflit de CAI, encore qu'il s'agissait là d'une bien étrange sorte de CAI qui transcendait la définition de l'article 2 commun des Conventions de Genève, dans la mesure où l'une des parties n'était pas un État. Du point de vue des autorités américaines, la définition de l'article 2 commun ne créait pas de « *field pre-emption* »⁷⁷ ou, en d'autres termes, ne couvrait pas toutes les situations ; pour utiliser un vocabulaire plus traditionnel en droit international, la notion de CAI était plus vaste en droit coutumier. Il s'agit là d'un argument complètement anhistorique : la notion de CAI fut *inventée* par les Conventions de Genève et a remplacé la notion équivalente de guerre interétatique, alors qu'il n'existe aucune preuve de ce que le concept de CAI ait été redéfini de cette manière, que ce soit par des traités ou par le droit coutumier⁷⁸. Le gouvernement américain considérait également que le conflit ne pouvait pas être un CANI car il transcendait les frontières d'un seul État⁷⁹. Dans l'affaire *Hamdan*, la Cour suprême des États-Unis rejeta les arguments du gouvernement. Elle jugea que le conflit avec Al Qaida ne pouvait pas être un CAI puisqu'il

75 Voir, par exemple, John Bellinger et Vijay Padmanabhan, « Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law », in *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, p. 201 (dans lequel les auteurs font à plusieurs reprises référence à l'autorité du ciblage et de la détention en vertu du DIH, et identifient l'absence d'une telle autorité dans les CANI, ce que les auteurs déplorent). Voir également Claus Kress, « Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts », in *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 15, n° 2, 2010, p. 260, dans lequel il écrit que certains États sont « plus intéressés par le fait d'obtenir les pouvoirs plus larges dérivant de l'application du droit des conflits armés non internationaux (comparativement à ceux qui leur sont dévolus dans le cadre du droit international des droits de l'homme) qu'ils ne se sentent concernés par les effets contraignants qui découlent des obligations liées aux CANI [Traduction CICR] ».

76 À cet égard, voir tout particulièrement Kenneth Anderson, « Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There Is a « Legal Geography of War » », in Peter Berkowitz (dir.), *Future Challenges in National Security and Law*, Hoover Institution, Stanford University, 2011, pp. 1-18, disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=1824783>.

77 Cour suprême des États-Unis, *Hamdan v. Rumsfeld*, Government Brief on the Merits, n° 05-184, p. 26, disponible sur : <https://www.justice.gov/osg/brief/hamdan-v-rumsfeld-brief-merits>.

78 Voir également Claus Kress, *op. cit.* note 75, p. 255 ; Marco Sassòli, *op. cit.* note 69, pp. 4-5 ; ainsi que Noam Lubell, *op. cit.* note 73, p. 96.

79 Voir Jelena Pejic, « La protection conférée par l'article 3 commun : plus étendue qu'on ne le croit », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 881, « Conflit en Afghanistan (II) », 2011, p. 195

n'était pas interétatique et, dans un considérant ambigu, le qualifia apparemment de CANI⁸⁰. La position des administrations Bush et Obama après l'affaire *Hamdan* a donc été d'affirmer que le conflit avec Al Qaida était une sorte de CANI *global*, qui ne connaît pas de limites territoriales.

Les opinions diffèrent bien évidemment sur le point de savoir si un tel CANI global est juridiquement défendable. À mon sens, même aux termes d'une interprétation souple du DIH qui admettrait par exemple divers types de CANI transfrontaliers, l'idée d'un CANI global est un oxymore. Tout CANI nécessite l'existence d'une violence armée prolongée qui, par définition, doit avoir lieu *quelque part*, c'est-à-dire doit être localisée au moins sur le territoire d'un État. Cette violence peut déborder sur le territoire d'un autre État (qui ne doit pas nécessairement être adjacent à celui du premier), mais il doit exister un *nexus* avec la violence prolongée dans le premier État pour que le DIH puisse s'appliquer à cette violence⁸¹. Ainsi, si l'on peut soutenir, sans grand risque de se tromper, qu'il existe un CANI (ou plusieurs CANI) entre les États-Unis et les talibans (et d'autres groupes armés en Afghanistan). Si ce conflit peut déborder au Pakistan ou dans n'importe quel autre pays et être considéré comme continuant à être réglé par le DIH, en revanche, le cadre juridique actuel ne semble pas permettre la construction d'un CANI aussi informel qu'un CANI à l'échelle de la planète⁸², surtout quand un réseau terroriste aussi insaisissable que celui d'Al Qaida est traité comme une entité unique organisée et une partie belligérante⁸³. Toutes les difficultés rencontrées pour faire relever le conflit entre les États-Unis et Al Qaida du régime juridique des CANI, découlent précisément du fait que ce régime n'a jamais été conçu pour s'appliquer à ce type de conflit⁸⁴.

En bref, Al Qaida, en tant qu'acteur non étatique, était, et est peut-être toujours, une partie au conflit en Afghanistan. Ses ramifications et les groupes qui y sont affiliés ont également été impliqués dans d'autres CANI, comme en Irak ou au Yémen. Mais les attaques d'Al Qaida sur d'autres territoires ont (heureusement) été si sporadiques et son contrôle sur ses alliés non étatiques si distendu, qu'il serait excessivement difficile d'affirmer que les critères d'intensité et d'organisation du CANI sont atteints de sorte à établir qu'il existerait un conflit armé unique de dimension

80 Voir *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 630. Sur la dramatique absence de clarté de la décision de la Cour suprême sur la classification et les diverses interprétations qu'il est possible d'en faire, voir Marko Milanovic, « Enseignements pour l'application du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans la guerre contre le terrorisme : comparaison entre l'affaire *Hamdan* et l'affaire israélienne des meurtres ciblés », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 866, « Événements catastrophiques », 2007, pp. 373-393.

81 Voir également Sandesh Sivakumaran, *op. cit.* note 3, p. 234.

82 Voir Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2010, p. 56 : « du point de vue du droit international [...] un conflit armé non international ne peut pas, par définition, posséder une dimension mondiale ». [Traduction CICR].

83 Voir également Claus Kress, *op. cit.* note 75, p. 261 ; Jelena Pejic, *op. cit.* note 79, p. 196 ; ainsi que Noam Lubell, *op. cit.* note 73, pp. 114-121.

84 Pour une discussion sur les difficultés que pose l'application du régime de détention du DIH aux terroristes présumés, voir par exemple Laurie Blank, *op. cit.* note 39.

globale⁸⁵. Il n'est tout simplement pas possible d'agréger tous les actes de terrorisme motivés par le fondamentalisme islamique et doublés d'une déclaration d'allégeance à Al Qaida partout dans le monde, afin de satisfaire le double test de l'intensité et de l'organisation. Il ne semble pas non plus possible de s'écarter des critères *Tadić* en ce qui concerne Al Qaida, tout en continuant à l'appliquer rigoureusement aux CANI « normaux », habituels.

Une fois encore, les opinions sur ce problème divergent. Mais même si le conflit avec Al Qaida pourrait juridiquement être considéré comme un seul CANI, ce qui serait un conflit très peu orthodoxe, il se pourrait bien que ce conflit touche à sa fin. Les dommages que les opérations militaires américaines ont infligés au « noyau » de l'organisation d'Al Qaida sont en passe de la faire passer sous le seuil d'organisation exigé dans les CANI, même si ce seuil est appliqué avec davantage de souplesse. Ceci ne peut pas non plus être évité en invoquant le concept de « co-belligérance », qui a été importé du droit des CAI, sans que l'on se demande si cette analogie pouvait avoir une quelconque pertinence.

Les décideurs politiques américains sont bien sûr tout à fait conscients du fait que la théorie d'un CANI avec Al Qaida, qui est soutenue au niveau national car elle bénéficie d'un large appui politique des deux camps, est juridiquement compromise en raison d'une part de la dégradation continue du noyau d'Al Qaida et, d'autre part, du retrait imminent des troupes américaines en Afghanistan⁸⁶. Mais ceci ne met pas un terme au souhait des États-Unis de continuer à utiliser la force létale ciblée, par exemple au moyen de drones, quand ils considèrent que l'emploi d'une telle force est nécessaire. Plus important encore, ceci ne facilite pas davantage la tâche du gouvernement en ce qui concerne les individus qui continuent à être placés en détention administrative, à Guantanamo ou ailleurs, malgré tous les efforts visant à mettre un terme à ces détentions.

En dépit de son immense importance politique, la « guerre contre le terrorisme » menée par les États-Unis ou, sous son nouveau nom, le CANI entre les États-Unis et Al Qaida et les forces qui lui sont associées, est tellement singulière et mêlée à des questions parallèles liées à la politique et au droit national internes américain, qu'il convient d'être extrêmement prudent avant d'en tirer de quelconques

85 Voir également Noam Lubell, « The War (?) against Qaeda », in Elizabeth Wilmshurst (dir.), *op. cit.* note 70, pp. 451-452.

86 Voir par exemple le discours de Jeh Johnson, à l'époque directeur juridique du département de la Défense des États-Unis, à l'Oxford Union le 30 novembre 2012, sur « The Conflict Against Al Qaeda and its Affiliates: How Will It End? », disponible sur : <http://www.lawfareblog.com/2012/11/jeh-johnson-speech-at-the-oxford-union>. « Je crois que si nous continuons comme ça, nous sommes sur le point de basculer vers une situation dans laquelle un si grand nombre de chefs et d'agents d'Al Qaida et de ses filiales auront été tués ou capturés, et dans laquelle ce groupe ne sera plus capable de lancer ou même d'essayer de lancer des attaques stratégiques contre les États-Unis, qu'Al Qaida telle que nous la connaissons, cette organisation que nos militaires sont autorisés à traquer grâce à l'autorisation de notre Congrès de 2001, a effectivement été détruite. Aujourd'hui, nous devons être capables de nous avouer une fois pour toutes qu'il n'y a plus de « conflit armé » contre Al Qaida et les forces qui lui sont associées [Traduction CICR] ». Voir également les remarques du président Obama à la *National Defense University*, le 23 mai 2012, disponible sur : <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>.

leçons au regard de la fin de l'application du DIH⁸⁷. Comme expliqué ci-dessus, le meilleur point de vue consiste à considérer que le DIH ne s'est même jamais appliqué à de nombreuses situations survenues au sein de ce conflit soi-disant unique. Un nombre important d'individus ont été pris pour cible ou détenus en dehors de tout cadre d'un CANI distinct, localisable et juridiquement reconnaissable. Les individus détenus dans le contexte d'un CANI existant, comme par exemple en Afghanistan, et qui demeurent en captivité, bénéficient de la protection du DIH. La fin de ce conflit sonnerait la fin de la possibilité de placer des individus en détention administrative (un pouvoir qui d'ailleurs n'existe probablement pas dans les CANI pour l'une ou l'autre des parties)⁸⁸, tandis que les règles protectrices du DIH relatives aux traitements et aux garanties procédurales continueront à s'appliquer aussi longtemps que la personne restera détenue.

Enfin, il est important de souligner que la fin de l'application du DIH ne laisse pas forcément place à un vide juridique. Ce n'est malheureusement pas ici le lieu pour expliciter la manière dont le droit international des droits de l'homme pourrait s'appliquer à toutes ces situations et particulièrement à celles qui ne sont pas réglementées par le DIH, mais, aux fins de la présente contribution, je voudrais simplement mettre en garde contre la juxtaposition dogmatique de la « guerre » et du « maintien de l'ordre ». Tout usage ciblé de la force létale, comme toute détention préventive, ne seraient pas en soi illicites en vertu des traités des droits de l'homme applicables, même en l'absence d'un conflit armé⁸⁹.

Conclusion

Nous avons vu en quoi, tout comme pour la question du début de son application, l'approche que nous avons de la fin de l'application du DIH se doit d'être objective et factuelle ; mais voilà qui est clairement plus facile à dire qu'à faire. Le principe fondamental est que la fin d'un conflit armé met également fin à l'applicabilité des dispositions du DIH qui réglementent la conduite des hostilités, tandis que certaines dispositions d'importance lui survivent. Et, puisque il ne faut pas décréter à la légère la fin d'un conflit et que les hostilités doivent s'être terminées avec un certain degré

87 Pour une discussion passionnante des développements qu'ont connus la politique et le droit américain, ainsi qu'un argument selon lequel la fin du conflit ne signifie pas nécessairement la fin de toute autorité d'employer la force létale, voir Robert Chesney, « Postwar », in *Harvard National Security Journal*, vol. 5, n° 1, 2014, disponible sur : <http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2014/01/Chesney-Final.pdf>.

88 En d'autres termes, un groupe rebelle combattant un État n'a pas le *droit*, selon le droit international, de détenir un soldat de l'État, pas plus, d'ailleurs, qu'il n'a le *droit*, le pouvoir ou l'autorité de le tuer. Aux termes du DIH, il est simplement *non illicite* pour un groupe rebelle de tuer des combattants s'il respecte les règles de ciblage du DIH ou de les détenir tant qu'il le fait en conformité avec les règles du DIH relatives au traitement en détention. La même règle s'applique également à l'État dont l'autorité de tuer ou de garder en détention découle de son propre droit national. Voir également Peter Rowe, « Is There A Right to Detain Civilians by Foreign Armed Forces during a Non-International Armed Conflict? », in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n° 3, juillet 2012, p. 697.

89 Pour une discussion de la nécessité d'appliquer de manière plus souple les droits de l'homme dans un environnement extraterritorial et d'atteindre un point d'équilibre entre universalité et efficacité, voir Marko Milanovic, *op. cit.* note 51.

de permanence et de stabilité, toute analyse de la question apparemment factuelle de savoir si un CAI, un CANI ou une occupation a pris fin sera au moins partiellement guidée par des facteurs politiques externes et par les conséquences qu'entraînerait le fait de décréter la fin du CAI, du CANI ou de l'occupation. Ces facteurs sont également fortement influencés par la manière dont le DIH interagit avec d'autres branches du droit international, tel que le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme. Ainsi, si les règles fondamentales sont simples à énoncer, elles restent en revanche extrêmement compliquées à mettre en pratique et ceci est inévitable.