Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire

JEAN-FRANÇOIS QUÉGUINER*

« The experience gave me also an opportunity to learn a fact, a remarkable one in my opinion: a new scientific truth does not triumph by convincing its opponents and making them see the light but rather because its opponents eventually die and a new generation grows up that is familiar with it. » (Max PLANCK, prix Nobel de physique)

La création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)[1] fut marquée par des doutes profonds quant à la capacité effective de cette juridiction d'accomplir son mandat – à savoir, engager la responsabilité pénale individuelle des auteurs de violations graves du droit international humanitaire (DIH)[2] commises sur les territoires de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 et contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales[3]. À l'orée du XXIe siècle, ces incertitudes initiales peuvent être définitivement classées dans les archives de l'histoire, et la création du Tribunal peut être saluée comme un événement majeur pour le développement des mécanismes de mise en œuvre du DIH. En effet, au terme d'une décennie d'existence, un bilan cursif de l'activité de cet organe juridictionnel révèle que 31 personnes sont en phase préliminaire de procès, huit sont en cours d'instance et 37 ont été jugées (parmi lesquelles 17 ont été condamnées définitivement)[4]. En conséquence, on peut désormais affirmer sans l'ombre d'un doute que le

* Jean-François Quéguiner est conseiller juridique à la division juridique du Comité international de la Croix-Rouge. Le présent article est la version passablement remaniée d'une allocution prononcée par l'auteur lors d'un colloque en l'honneur du professeur Antonio Cassese à l'occasion de la remise du doctorat *honoris causa* par la Faculté de droit de l'Université de Genève et l'Institut universitaire de hautes études internationales. Organisé le 15 juin 2000, ce colloque avait pour thème « L'apport de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au droit international ». L'auteur tient à exprimer ses vifs remerciements au professeur Luigi Condorelli ainsi qu'à M. Knut Dörmann pour leurs commentaires avisés après la lecture d'une ébauche du présent manuscrit.

Tribunal a parfaitement assumé la double fonction, essentielle à l'application présente et future du DIH, qui lui avait été assignée. Une fonction répressive d'abord, l'activité du Tribunal ayant contribué à infléchir (au moins partiellement) la politique d'impunité qui sévissait alors sur ces territoires; une fonction dissuasive ensuite, qu'il convient de ne pas négliger tant il est vrai que l'envergure internationale du Tribunal, sa haute autorité morale et l'influence de ses décisions sur l'opinion publique internationale ont contribué à l'accentuer[5]. De plus, au-delà de l'apport fonctionnel du TPIY à l'application concrète du DIH, on ne peut manquer de rappeler l'importance catalytique qu'a revêtu l'avènement de cette instance au niveau des mécanismes de mise en œuvre, puisqu'il a constitué le point de départ d'une véritable résurrection des tribunaux pénaux sur la scène internationale[6]. Il a été le détonateur d'un vaste élan qui s'est poursuivi avec la création d'un second tribunal *ad hoc* pour le Rwanda[7] puis, surtout, l'adoption à Rome, le 17 juillet 1998, du Statut d'une Cour pénale internationale (CPI).

Pourtant – et quelle que soit son importance à cet égard – il serait fort réducteur de limiter l'apport du TPIY au DIH à ce simple rôle de mise en œuvre. En effet, si tout juge dispose, de par sa fonction, du pouvoir de dire le droit, il doit nécessairement, pour mener à bien cette tâche initiale, se voir également investi d'une charge d'interprétation dont il pourra, selon les contingences, faire un usage plus ou moins modéré. Il est inutile de tenter ici de ménager un faux suspense: sommés d'appliquer un droit fort complexe, dont les dispositions conventionnelles ne sont pas toujours (loin s'en faut!)

1 Cette juridiction a pour titre officiel « Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ». Pour d'évidentes raisons de commodité, il sera également nommé ci-après « le Tribunal ».

2 Bien que ces expressions ne reflètent pas nécessairement la même réalité, nous utiliserons les expressions « droit international humanitaire » et « droit des conflits armés » comme si elles étaient synonymes.

3 C. Greenwood, « The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2, 1998, p. 97.

4 Chiffres au 1er mai 2003, <http://www.un.org/icty/glance/index.htm>.

5 Notons, en passant, que le Tribunal considère également la réconciliation des peuples comme l'un des éléments de sa mission et donc logiquement de sa politique judiciaire; *Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, para. 288.

6 Cette décision a mis un terme à une longue traversée du désert entamée avec l'achèvement des travaux des Tribunaux militaires internationaux consécutifs à la Seconde Guerre mondiale.

7 Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 (ci-après TPIR).

d'une clarté limpide, les juges du Tribunal ont fait un usage résolu de cette fonction interprétative, contribuant par-là même au développement d'une vision fort progressiste du DIH. Le dessein du présent travail consiste à exposer, de manière synthétique, les points saillants de cette herméneutique prétorienne du DIH.

À cette fin, il importe de préciser d'emblée que le but affiché du Tribunal n'est pas d'assurer le respect du DIH dans son ensemble. Il s'agit exclusivement de sanctionner les individus reconnus coupables de l'une ou de plusieurs des incriminations recensées aux articles 2 à 5 de son Statut[8]. Toute réflexion relative à la contribution de la jurisprudence du TPIY au DIH impose, par conséquent, de se replacer dans le contexte du champ de compétence précis de cet organe juridictionnel: ce n'est qu'à travers le prisme particulier de la responsabilité pénale individuelle et, plus précisément encore, de la répression des crimes mentionnés dans son Statut, que le Tribunal va appliquer cet ensemble normatif que constitue le DIH.

En dépit de ces limites statutaires inhérentes à son mandat, lesquelles lui imposaient une compétence en apparence étroite, le TPIY a pu balayer l'ensemble du spectre, pourtant relativement large, du DIH. Il nous sera donc impossible, dans le cadre d'un travail aussi bref, de faire une présentation exhaustive de tous ces apports de la jurisprudence du TPIY au DIH[9]. Seuls les aspects fondamentaux seront abordés et présentés conformément à la division – certes réductrice mais fort pratique – entre le droit de La Haye (II) et le droit de Genève (III). On ne peut toutefois commencer sans rappeler la contribution de cette jurisprudence à la définition et à la classification des conflits (I).

Le champ d'application du DIH: de la définition et la classification des conflits armés

La notion de conflit armé représente l'écorce du DIH: si l'on veut bien exclure quelques obligations spécifiques applicables dès le temps de paix, seule la présence factuelle d'une réalité « belligène » pourra engendrer l'application de cet ensemble normatif. Il importe donc de définir précisément le concept de « conflit armé », véritable acte-condition de l'applica-

8 Ces articles visent respectivement: les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 (art. 2) ; les violations des lois ou coutumes de la guerre (art. 3) ; le génocide (art. 4) ; et les crimes contre l'humanité (art. 5).

9 En particulier, nous ne développerons pas les questions relatives au sens et au champ d'application du crime contre l'humanité ; à l'étendue de la responsabilité pénale individuelle (y compris la question de la responsabilité du commandant) ; et à la contrainte comme circonstance exonératoire de responsabilité.

tion du DIH[10]. Cela étant, le caractère protéiforme de la notion de conflit armé nous interdit une définition unique de ce concept. Or, il va sans dire que le DIH est un droit à géométrie variable dans la mesure où l'étendue – plus ou moins large – des normes juridiques applicables dépend, en premier lieu, du type de conflit[11]. La détermination des critères de classification des conflits revêt donc une importance majeure, car elle va conditionner l'amplitude des normes substantielles.

La notion de conflit armé et les conditions d'application du DIH

En affirmant que l'existence d'un conflit armé est une condition nécessaire à l'application du DIH, le Tribunal indique la limite fondamentale du champ d'application de ce droit et s'impose donc de définir précisément le concept de « conflit armé » afin de délinéer les contours de sa compétence (1). Mais si elle s'avère nécessaire, cette condition n'est pas suffisante. Le déclenchement d'un conflit armé n'épuise pas – loin s'en faut – toutes les questions qui se posent quant à l'étendue du champ d'application temporel, spatial et matériel de ce *corpus iuris* (2).

- Définition de la notion de conflit armé

Bien que l'existence d'un conflit armé constitue la condition *sine qua non* de l'application du DIH[12], aucun instrument conventionnel régissant cette matière ne définit, de près ou de loin, ce que recouvre cette notion[13]. Le TPIY a, quant à lui, été contraint de se livrer à cet exercice de sémantique

10 Pour reprendre la célèbre formule utilisée par C. Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983, p. 7.

11 On sait que le DIH ne s'applique intégralement que dans le contexte des conflits armés internationaux. L'étendue du droit applicable, déjà restreinte dans le contexte des conflits non internationaux régis par le Protocole II additionnel aux Conventions de Genève, sera plus étroite encore dans le cadre des conflits qui tombent sous le coup de l'art. 3 commun desdites Conventions.

12 Dans l'affaire *Celebici* (jugement du 16 novembre 1998) la Chambre de première instance affirme qu'afin « de pouvoir appliquer le corpus juridique désigné par le terme « droit international humanitaire » à une situation particulière, il convient en premier lieu de déterminer s'il y avait, dans les faits, un « conflit armé », qu'il soit de nature interne ou internationale » (para. 182).

13 L'art. 2(1) commun aux Conventions de Genève se contente en effet de préciser que, en dehors des dispositions applicables dès le temps de paix, ces instruments conventionnels entreront en application « 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 ». Cette omission aurait été intentionnelle, les rédacteurs de ces instruments conventionnels souhaitant – sans doute un peu naïvement – que ce terme ne reflète qu'une réalité purement factuelle dénuée de toutes les scories juridiques ayant auparavant entaché le terme « guerre » ; C. Greenwood, « Scope of Application of Humanitarian Law », in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 42, para. 202.

particulièrement périlleux, car l'existence d'un conflit armé est l'une des conditions d'application des articles 2, 3 et 5 de son Statut[14]. Ainsi, la Chambre d'appel a contribué à combler une lacune importante lorsque, dans un paragraphe maintes fois repris, elle a considéré qu'existait un conflit armé:

> « chaque fois qu'il y a un recours à la force armée entre États ou un conflit prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. »[15]

Par cette formule, le Tribunal reprend à son compte la dichotomie traditionnelle entre conflits armés internationaux et conflits non internationaux et admet que la différence de nature juridique quant aux sujets impliqués dans ces diverses catégories de conflits requiert deux définitions distinctes qu'il nous incombe d'analyser successivement.

Dès lors que deux entités étatiques au moins sont impliquées, le Tribunal dégage une définition très large de la notion de conflit armé puisque tout type de recours à la force peut être caractérisé ainsi[16]. Le Tribunal offre, par ce biais, une réponse claire aux atermoiements insistants d'une partie de la doctrine, qui hésitait à qualifier de conflit armé des incidents isolés tels que des escarmouches à la frontière ou des incidents navals: il confirme implicitement que les critères de durée ou d'intensité des combats sont indifférents à la qualification d'un conflit armé international. Notons en passant que, hormis les quelques réticences doctrinales auxquelles nous avons fait allusion, cette définition large se révèle être en phase avec la majeure partie, aussi bien de la pratique étatique que de la doctrine moderne[17].

14 Cette condition n'est pas requise en ce qui concerne l'art. 4, l'incrimination du génocide étant possible même en l'absence de conflit armé.

15 Cette définition est apparue pour la première fois dans l'affaire *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 70).

16 On peut penser que, compte tenu du cadre d'action du Tribunal, cette définition n'est applicable qu'en ce qui concerne les aspects de DIH proprement dit. Elle ne couvre donc pas la problématique relative à la notion « d'état de guerre » dont les conséquences peuvent être multiples au niveau aussi bien international (comme sur le droit de la neutralité ou des prises) qu'interne (sur le droit des assurances par exemple).

17 Le Commentaire des Conventions de Genève édité par le CICR prône une vision très large des actes qui impliquent un conflit armé: « Tout différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de membres des forces armées, est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. Ni la durée du conflit, ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent un rôle. Le respect dû à la personne humaine ne se mesure pas au nombre des victimes. », *Commentaire de la Convention de Genève IV*, p. 26 et Greenwood, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op. cit.* (note 13), p. 40, para. 202 précise: « An international armed conflict exists if one party uses force of arms against another party (...) » ; ce dernier auteur cite d'ailleurs un exemple précis démontrant qu'un seul incident suffit à l'existence d'un conflit armé. Voir aussi les illustrations pratiques du caractère large de la notion de conflit armé international offertes par E. David, *Principes de droit des conflits armés*, 2e éd., Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 100 (note 4).

Pourtant l'expression générique « recours à la force armée entre États », utilisée par le Tribunal pour caractériser un conflit armé international, n'est pas dénuée d'une certaine ambiguïté et deux précisions s'imposent donc pour délinéer plus avant les contours de cette notion.

En premier lieu, il convient de préciser qu'en dépit de ce que suggère cette formulation, la présence d'actes d'hostilité active n'est pas requise pour que l'on puisse parler de conflit armé[18]. En d'autres termes – et aussi paradoxal que cela puisse paraître – deux États peuvent se trouver en situation de conflit armé sans qu'un seul coup de feu ait été échangé. Cette hypothèse est régie par le droit conventionnel, l'article 2(2) commun des Conventions de Genève qualifiant en effet de conflit armé l'occupation militaire totale ou partielle réalisée sans la moindre résistance. La qualité de conflit armé correspond, en l'espèce, à une logique certaine, le franchissement hostile d'une frontière internationale par des forces belligérantes autorisant à parler de recours à la force armée même en l'absence de tout affrontement. Mais, sans même qu'une frontière ait été violée, on considère qu'un conflit armé a éclaté dès lors que de simples déclarations formelles en ce sens ont été promulguées et cela même si les actes de violence ne sont que futurs, voire potentiels[19]. Dans ce cas très précis (et celui-là seulement)[20], le pouvoir de qualification formelle des États l'emporte sur la réalité matérielle pour assurer un champ d'application maximal au droit humanitaire, et donc une protec-

18 Voir cependant la réserve formulée par le Royaume-Uni au moment de la signature des Protocoles selon laquelle « the term 'armed conflict' of itself and in its context implies a certain level of intensity of military operations which must be present before the Conventions or the Protocols are to apply to any given situation ». On peut toutefois s'interroger sur la portée – générale ou spécifique – de cette réserve dont l'objet visait uniquement à éviter que les conditions d'application du Protocole I aux guerres de libération nationale soient moins contraignantes que les dispositions plus restrictives du Protocole II.

19 On a vu que l'art. 2 para. 1 commun des Conventions de Genève délimitait le champ d'application de ces instruments en mentionnant, en premier lieu, les situations de guerres déclarées avant de citer tous les autres cas de conflits armés. Le Commentaire du premier Protocole additionnel précise à cet égard: « Une guerre déclarée ou autrement reconnue comme telle entraîne l'application du droit humanitaire; *même en l'absence d'hostilités*, il peut notamment offrir des garanties précieuses aux ressortissants ennemis sur le territoire d'un État en guerre » (p. 39, para. 60). Voir aussi: *Fight it Right, Model Manual on the Law of Armed Conflict for Armed Forces*, CICR, Genève, 1999, p. 25, para. 502, qui dispose qu'un conflit armé international existe « when a state of war has been declared even if there is no military activity »; J. Rao, « When does war begin? », *Indian Journal of International Law*, Vol. 12, 1972, p. 376 et pp. 379-380.

20 Le pouvoir subjectif de qualification des États ne prédomine que dans l'hypothèse où ceux-ci admettent expressément l'existence d'un conflit armé et, de ce fait, l'application des normes conventionnelles pertinentes et des protections correspondantes. En revanche, on sait que le refus de promulgation d'une déclaration de guerre ne peut prévaloir sur la réalité factuelle et justifier le refus de considérer des actes de violence comme un conflit armé; cf. art. 2(1) commun des Conventions de Genève, *op. cit.* (note 13).

tion accrue aux victimes. Cette constatation pourra avoir des conséquences pratiques essentielles puisque dans une telle éventualité, qui peut parfois perdurer, si l'un des États belligérants décide d'interner les civils de nationalité ennemie présents sur son territoire, ces derniers pourront bénéficier des dispositions de la IV[e] Convention de Genève bien que les combats n'aient pas encore éclaté[21].

En second lieu, on peut légitimement penser que cette définition rejette l'exigence que l'usage de la force se fasse de manière intentionnelle et que l'action soit autorisée (ou du moins tolérée) par les autorités gouvernementales compétentes. Une telle restriction a parfois été mentionnée pour exclure de la notion de conflit armé, notamment, les incursions à travers des frontières causées, par exemple, par des erreurs de navigation[22]. Pourtant, dans l'hypothèse où un incident de ce type devait dégénérer et entraîner l'emploi des armes entre forces armées, aucun argument juridique dirimant ne permettrait d'exclure l'application du DIH. En d'autres termes, l'exigence d'un recours à la force armée «entre États» ne peut se concevoir comme impliquant nécessairement un *animus belligerendi*. Elle requiert simplement que les forces engagées soient, de droit ou de fait, des organes de l'État agissant dans l'exercice de leurs fonctions.

On peut donc qualifier d'omni-compréhensive la définition du conflit armé international proposée par le TPIY. En revanche, à partir du moment où les combats se déroulent sur le territoire d'un seul État, entre les autorités gouvernementales et des groupes rebelles ou entre des groupes rebelles, la notion de conflit armé se révèle beaucoup plus restrictive. D'après le Tribunal, deux conditions cumulatives seraient alors requises pour que l'on puisse parler de conflit armé non international.

La première concerne le degré minimum d'organisation requis des groupes armés qui participent aux hostilités. Cette condition, consubstantielle au respect du DIH par les forces armées, est récurrente dans les instruments conventionnels pertinents[23] et il n'est donc pas nécessaire de s'y attarder. Elle s'explique naturellement par la volonté des États d'éviter que ce *corpus iuris* ne puisse réglementer les manifestations spontanées de violence telles que les émeutes.

21 C. Greenwood, «The Concept of War in Modern International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, p. 285.

22 *Cf. Fight it Right, Model Manual on the Law of Armed Conflict for Armed Forces, op. cit.* (note 13), p. 25.

23 L'exigence d'un groupe organisé sous un commandement responsable figure, avec quelques différences cosmétiques de terminologie aussi bien dans les Conventions de La Haye de 1907, que dans les Conventions de Genève ainsi que leurs deux Protocoles additionnels.

En revanche, la seconde – la condition de durée – paraît beaucoup plus discutable. En effet, en exigeant, pour que l'on puisse parler de conflit armé non international, que les actes de recours à la force s'étendent sur une période relativement longue, le Tribunal exclut les affrontements qui, bien que d'une grande intensité, ne s'étendent que sur un court délai. Le Tribunal a explicitement motivé l'inclusion de cette condition temporelle par le souci de prévenir une extension du champ d'application du DIH aux activités de troubles civils ou de terrorisme[24]. Mais cette préoccupation, ô combien légitime, animait déjà les rédacteurs du second Protocole additionnel (dont l'article 1(2) dissocie les situations de tensions internes et de troubles intérieurs à l'image des émeutes, des actes isolés et sporadiques de violence... qui ne sont pas couverts par le concept de conflit armé), sans qu'ils aient pour autant ressenti le besoin d'inclure une quelconque condition de durée pour caractériser un conflit armé non international.

En l'absence de toute définition générale dans les instruments conventionnels, la difficulté consiste alors à déterminer si le facteur temps constitue le seul élément objectif qui permette, en pratique, de différencier le conflit armé de la simple opération de pacification ou de maintien de l'ordre. Or, au terme d'une analyse succincte, tant de la pratique que de la doctrine la plus qualifiée, on peut affirmer que la durée n'est que l'un des multiples critères susceptibles d'être utilisés pour circonscrire la présence d'un conflit armé. Il ne nous incombe pas ici de tenter une énumération exhaustive ni même une classification de tous les éléments de différenciation. Précisons simplement que des critères tels que le nombre et l'encadrement des groupes rebelles, l'installation ou l'action de ces groupes sur une partie du territoire, le degré d'insécurité, l'existence ou non de victimes, les moyens mis en œuvre par le gouvernement pour rétablir l'ordre... constituent, *inter alia*, autant de facteurs aussi pertinents que la durée pour la qualification d'un conflit armé non international. Bien sûr, il n'est en aucun cas requis que tous ces ingrédients soient cumulativement réunis. La combinaison interactive d'un certain nombre d'entre eux suffit à considérer que des hostilités ouvertes et collectives entre groupes armés organisés ont atteint le seuil requis pour être qualifiées de conflit armé.

En résumé, si personne ne conteste son existence juridique, la ligne de démarcation entre tensions internes et troubles intérieurs d'un côté, et

24 Dans son jugement du 16 novembre 1998 en l'affaire *Celebici*, la Chambre de première instance affirme que « l'accent est mis sur l'usage prolongé de la force armée et sur le degré d'organisation des parties en présence, afin de bien marquer la différence avec les troubles civils ou le terrorisme » (para. 184).

conflit armé non international de l'autre, est aussi étroite que la lame d'un couteau. Il nous semble qu'elle ne peut être tracée qu'en recourant à l'analyse combinée de toute une série d'indices parmi lesquels la durée ne joue pas nécessairement un rôle prépondérant. En tout état de cause, elle ne peut être isolée comme le seul facteur déterminant puisque, dans certains cas, la nature et le niveau de la violence, autrement dit l'intensité des combats, peuvent également constituer un facteur adéquat et suffisant de différenciation[25]. C'est ce que consacre d'ailleurs sans appel le raisonnement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Abella*. Dans le cas d'espèce, relatif à l'attaque d'une caserne militaire argentine par une cinquantaine de personnes en janvier 1989, et à la réaction des forces militaires, la Commission a considéré que, malgré son caractère particulièrement bref (deux jours), la confrontation entre les attaquants et les forces militaires pouvait être définie comme un conflit armé et tombait sous le coup notamment de l'article 3 commun des Conventions de Genève[26]. Cela signifie tout simplement que la brièveté des opérations peut être compensée par leur intensité pour autoriser la qualification de conflit armé, et, par conséquent, que l'exigence d'un caractère prolongé des actes de violence requis par la jurisprudence du Tribunal restreint exagérément la notion de conflit armé.

Quoique le TPIY n'ait pas indiqué expressément que telle fut son ambition, on peut néanmoins se demander si l'introduction *ex nihilo*[27] de cette restriction temporelle ne visait pas, plutôt que de prodiguer une définition générale de la notion de conflit armé non international, à dégager une catégorie particulière de ce type de conflit à laquelle seraient attachées des

25 Ce que mentionne d'ailleurs un certain nombre de manuels militaires dont le récent Manuel français de droit des conflits armés qui dispose clairement que « C'est l'intensité des combats qui permet de faire la différence entre un tel conflit [armé non international] et une simple situation de troubles ou de tensions internes » (p. 41).

26 La Commission affirme que « what differentiates the events at the Tablada base from these situations [large scale violent demonstrations, students throwing stones at the police, bandits holding persons hostage for ransom...] are the concerted nature of the hostile acts undertaken by the attackers, the direct involvement of governmental armed forces, and the nature and level of the violence attending the events in question. (...) The Commission concludes therefore that, despite its brief duration, the violent clash between the attackers and members of the Argentine armed forces triggered application of the provisions of common article 3, as well as other rules relevant to the conduct of internal hostilities »; Inter-American Commission on Human Rights, Report n° 55/97, Case n° 11.137 Argentina, Approved by the Commission on November 18, 1997, para. 155-156.

27 À l'exclusion du Statut de Rome, nous n'avons trouvé trace de cette exigence de durée comme facteur déterminant de qualification d'un conflit armé non international ni dans les instruments conventionnels pertinents, ni dans la jurisprudence ni dans la pratique interne des États (notamment les manuels militaires).

conséquences juridiques spécifiques. La question mérite d'autant plus d'être posée que les rédacteurs du Statut de Rome ont suivi une telle approche. En effet, le Statut de la CPI commence par indiquer que les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève constituent des crimes de guerre dans le contexte de tout conflit armé ne présentant pas un caractère international[28]; puis, il isole de nouvelles violations graves des lois et coutumes applicables lors des conflits non internationaux, lesquelles ne constituent des crimes de guerre que si elles sont commises dans le cadre d'une confrontation armée « prolongée » entre le gouvernement d'un État et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes armés[29]. Cela signifie qu'à la traditionnelle ramification duale des conflits armés non internationaux, fondée sur une notion large découlant de l'article 3 commun et une notion restreinte consacrée par le Protocole II, viendrait se greffer une troisième branche englobant exclusivement les conflits internes prolongés[30].

Or, l'inclusion de cette nouvelle catégorie pose des problèmes délicats. D'abord, parce qu'elle implique un troisième cercle de conflits non internationaux, qui empiète sur les deux catégories précédentes, sans que leurs liens réciproques soient fermement établis. Autrement dit, loin de contribuer à l'application stable et uniforme du droit, elle introduit un élément de complexité et d'incertitude supplémentaire. Ensuite, parce qu'aucune raison objective ne justifie de procéder à une restriction temporelle en ce qui concerne la notion de crime de guerre; en particulier, aucune motivation de

28 Art. 8(2)(c) du Statut. Pour être qualifiés de crimes de guerre, ces actes doivent toutefois être accomplis à l'encontre de personnes qui ne participent pas directement aux hostilités. L'alinéa (d) du même paragraphe rappelle par ailleurs que cette disposition ne peut s'appliquer que dans le contexte d'un conflit armé, à l'exclusion des troubles ou tensions internes.

29 L'art. 8(2)(f) du Statut de Rome précise que « L'alinéa (e) du paragraphe 2 (...) s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux ».

30 À cet égard voir L. Condorelli, « La Cour pénale internationale: un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », *RGDIP*, 1999 (1), p. 13. Notons toutefois qu'une partie de la doctrine a assimilé les conflits armés internes prévus par le Protocole II et ceux mentionnés à l'art. 8(2) alinéas (d) et (e), au motif qu'il est peu probable que les États aient souhaité créer une troisième catégorie de conflits armés non internationaux; David, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.* (note 17), pp. 106-107 et 588-589. Pourtant, si la correspondance entre la durée du conflit et le contrôle d'une partie du territoire peut sembler logique *prima facie*, elle n'est pas systématique. En théorie, on peut parfaitement concevoir un conflit prolongé au cours duquel le ou les groupes armés rebelles ne parviennent pas à contrôler une portion du territoire étatique; à l'inverse, on peut imaginer que le contrôle d'une partie du territoire soit éphémère et n'implique pas nécessairement un conflit qui s'étende dans le temps. Il s'agit donc bien de deux critères distincts et, nous semble-t-il, d'une troisième catégorie de conflits armés non internationaux.

politique judiciaire ne peut présider à la consécration d'une telle restriction de compétence. L'objectif assigné tant au TPIY qu'à la CPI est de ne poursuivre que les personnes présumées responsables des violations les plus graves du DIH, ces dernières étant, certes, vraisemblablement beaucoup plus fréquentes dans le contexte des conflits se poursuivant dans le temps. Mais le lien entre la durée du conflit et la gravité des violations ne peut être établi de manière logique et systématique[31].

Face à une dichotomie que les États estiment irréductible, entre les conflits armés internationaux et non internationaux[32], le seul idéal juridique que l'on puisse considérer comme réaliste à l'heure actuelle consiste à unifier le régime juridique applicable aux conflits armés internes tout en maintenant un seuil d'applicabilité qui, sans inclure les tensions internes et les troubles intérieurs, soit aussi bas que possible. Or, que l'introduction de cette notion de durée soit considérée comme le critère déterminant de la notion de conflit armé non international ou permette de consacrer une troisième catégorie de ce type de conflit, il nous semble que la jurisprudence du Tribunal a, en l'espèce, manqué sa cible.

- Le champ d'application du DIH

La délimitation du champ d'application du DIH impose de délinéer les frontières extérieures et internes de cet ensemble normatif. Quant aux limites externes, on a vu qu'elles découlaient (sauf exception) de la notion de conflit armé. Les circonstances autorisant l'application initiale du DIH ayant déjà été envisagées dans le contexte de la définition des conflits armés, il ne sera pas nécessaire d'y revenir. Il importe, en revanche, de se pencher brièvement sur l'identification du moment précis qui scelle la fin de l'application de ce *corpus iuris*. Il importe, surtout, de préciser s'il existe des limites qui bornent l'étendue du DIH à l'intérieur d'une situation de conflit armé: cet ensemble normatif est-il applicable sur tout le territoire des Puissances belligérantes ou sur une partie seulement? Peut-il régir tous les actes délictueux ou seulement ceux qui touchent de près au conflit armé? La réponse à ces diverses questions revient à poser la problématique du champ d'application du DIH, qui se situe à trois niveaux distincts que nous allons aborder succes-

31 Il suffit, hélas, de fort peu de temps pour commettre des infractions d'une extrême gravité: par exemple, l'envoi par un gouvernement d'une bombe chimique ou bactériologique sur sa propre population civile et les conséquences désastreuses qui en découlent ne requièrent pas plus de quelques minutes...

32 Une partie de la doctrine commence néanmoins à contester la pertinence de cette *«two box approach»* ; W. Fenrick, «The Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *International Law Studies*, Vol. 71, 1998, p. 78.

sivement: *ratione temporis* (étendue temporelle de l'application), *ratione loci* (étendue spatiale) et *ratione materiae* (étendue matérielle).

Au niveau temporel, on connaît l'embarras de la doctrine à définir exactement le moment qui clôture le champ d'application du DIH, la difficulté résultant ici tant de la diversité que de l'imprécision des formules utilisées dans le droit conventionnel[33]. Le TPIY a tenté d'éclairer – ne serait-ce que d'une lumière tamisée – cette problématique fort complexe en affirmant que:

> «le 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 soit atteint»[34].

Le Tribunal commence donc par rejeter le critère factuel que constitue la cessation des actes d'hostilité. Cette précision implique que la conclusion d'un cessez-le-feu – temporaire ou définitif – ou même d'un armistice ne peut suffire à suspendre ou à mettre un terme à l'application du DIH[35]. Elle est d'une grande importance dès lors qu'une majorité des conflits armés modernes aboutissent à des cessez-le-feu instables ou à des interventions extérieures (d'un ou de plusieurs États ou de la communauté internationale) qui, certes, permettent de réduire l'intensité du conflit armé, mais bien souvent ne suffisent pas à y mettre un terme définitif. Or, confrontés à une telle situation, on sait que les divers opérateurs humanitaires éprouvent les pires difficultés à démontrer que le DIH continue à régir de telles situations, que les Parties se refusent à assimiler encore à un conflit armé[36].

Cela étant, on ne peut s'empêcher de souligner que l'expression de «conclusion générale de la paix» utilisée ensuite par le TPIY pour désigner le point final à l'application du DIH présente les inconvénients récursifs d'une

33 La IV[e] Convention, par exemple, parle de «fin générale des opérations militaires» (art. 6(2)) ; le Protocole II utilise l'expression de «fin du conflit armé» (art. 2(2)).

34 Cf. entre autres, les affaires *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 67-70) ; *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 64).

35 La notion de cessez-le-feu se définit comme une trêve des hostilités, caractérisée le plus souvent par sa finalité humanitaire (rechercher et recueillir les blessés et malades ainsi que les morts...) et sa nature circonscrite et temporaire. L'armistice, en revanche, est un traité qui prévoit la suspension des hostilités sur tout le théâtre de guerre souvent pour une durée indéterminée. Ces deux notions doivent donc être soigneusement distinguées de la «conclusion générale de la paix» puisque juridiquement elles ne signifient pas la fin des hostilités ni de l'état de guerre.

36 M. Sassòli et A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, CICR, Genève, p. 93.

généralité et d'une imprécision trop grandes[37]. En effet, si l'on veut bien admettre que cette expression sera le plus souvent assimilée à un traité de paix[38], le critère utilisé par le TPIY ne reflète alors que très superficiellement la réalité, car les instruments conventionnels pertinents disposent qu'un certain nombre de régimes juridiques continuent à s'appliquer jusqu'à l'apparition d'une situation factuelle totalement indépendante de la conclusion d'un traité de paix. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, la protection prévue au profit des personnes internées en raison du conflit (notamment les prisonniers de guerre et les civils détenus) s'applique jusqu'à leur libération définitive et leur rapatriement ou leur établissement dans le pays de leur choix[39]. De même, pour ce qui concerne les biens transportés à l'étranger, la protection ne cesse de s'appliquer qu'après leur retour sur le territoire de l'État d'origine. Enfin, et sans prolonger ici une énumération fastidieuse, précisons que le Protocole II de la Convention de 1980 affirme l'obligation faite aux parties belligérantes de coopérer à l'enlèvement des mines et des pièges, sans qu'aucun délai, autre que la réalisation effective et complète de ce retrait, ne soit prévu: elle reste donc pertinente même après la conclusion d'un traité de paix[40]. La multitude et l'importance de ces exceptions nous amènent, sans contester la pertinence générale de la formule utilisée par le Tribunal, à considérer simplement qu'elle ne reflète que très partiellement une réalité beaucoup plus complexe.

S'agissant du champ d'application spatial du DIH, le TPIY affirme que ce corps de règles opère sur l'ensemble du territoire des États belligérants dans le cas des conflits armés internationaux, et sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une partie dans le cas d'un conflit non international[41].

37 On peut notamment se demander si cette conclusion générale de la paix requiert l'adoption formelle d'un acte matériel comme un traité de paix; si tel était le cas, la signature de ce traité suffirait-elle à parler de conclusion générale de la paix ou faudrait-il attendre la mise en œuvre – partielle ou complète – de ses dispositions? Nous ne tenterons pas ici de répondre à ces questions complexes qui dépassent largement le champ de notre étude.

38 Le Manuel militaire allemand de 1992 dispose notamment: «*A conclusion of peace is generally brought about by a peace treaty. The application of humanitarian law between the parties to a conflict (...) will thereupon terminate*» (para. 246). Il faut noter que la formule n'est pas impérative, d'autres options qu'un traité de paix pouvant dès lors être envisagées.

39 Cette exception est fondée notamment sur les art. 5 de la III[e] Convention, 6(4) de la IV[e] Convention et sur les art. 3(b) du Protocole I et 2(2) du Protocole II; elle est mentionnée par le TPIY lui-même, notamment dans l'affaire *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 69).

40 Notons toutefois qu'en vertu de l'art. 9 du Protocole II de la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques, un accord est requis pour mettre en œuvre cette coopération.

41 Voir notamment les affaires *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 67-70) ; *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 64).

Cette formulation doit naturellement être replacée dans son contexte afin d'éviter tout contresens. Elle ne peut être interprétée, *a contrario*, comme impliquant une exclusion de l'application du DIH au-delà des zones contrôlées par les diverses parties belligérantes. Quelle que soit la nature du conflit, il est clair que des actes d'hostilités peuvent se dérouler en dehors du territoire de l'État proprement dit, par exemple dans la zone économique exclusive d'un État belligérant, en haute mer, voire dans les espaces sous-marins ou, sans tomber dans la science-fiction, dans l'espace extra-atmosphérique... Or, personne ne conteste que les belligérants qui agissent dans ou depuis de telles zones restent soumis aux normes humanitaires.

En réalité, la problématique visée par le Tribunal consistait exclusivement à délimiter le champ d'application du DIH à l'intérieur du territoire des parties en conflit et, en particulier, à rappeler qu'aucune restriction du champ d'application spatial n'est recevable au sein de telles zones: peu importe, notamment, que des combats effectifs s'y déroulent ou non. En d'autres termes, il suffit de constater une situation générale de conflit armé pour que le DIH s'applique à l'ensemble du territoire de l'État ou des États impliqués ou à toute la zone sous le contrôle d'une Partie. En effet, aucun argument juridique sérieux ne pouvait étayer l'assertion développée dans l'affaire *Tadic* par la défense, qui soutenait que l'application du DIH était limitée aux zones d'hostilité active. Au contraire, de nombreuses dispositions de cet ensemble normatif, par exemple celles qui touchent aux conditions de détention des prisonniers de guerre, s'appliquent bien au-delà de l'aire de combat.

En dernier lieu, eu égard au champ d'application matériel, notons qu'en principe le DIH ne s'applique que dans le cadre des relations conflictuelles entre les belligérants. Il faut donc, pour que cet ensemble normatif puisse régir une situation, qu'existe un «lien suffisant» entre les actes incriminés et le conflit armé. Les actes criminels sans aucun lien avec le conflit, tels que l'attaque d'une banque par des malfaiteurs aux fins exclusives de l'enrichissement personnel, ne peuvent donc *a priori* être couverts par le DIH, même s'ils sont commis sur un territoire où se déroule un conflit armé[42]. Le maintien, au

42 «The existence of an armed conflict or occupation and the applicability of international humanitarian law to the territory is not sufficient to create international jurisdiction over each and every serious crime committed in the territory of the former Yugoslavia. For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal a sufficient nexus must be established between the alleged offence and the armed conflict which gives rise to the applicability of international humanitarian law» ; *Tadic*, jugement du 7 mai 1997 (para. 572). La Chambre de première instance mentionne, dans l'affaire *Blaskic*, l'exigence d'un «lien manifeste» entre les actes criminels allégués et le conflit armé dans son ensemble; *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 69). Voir aussi *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 193).

demeurant logique, de la distinction entre les infractions pénales « classiques » et les violations graves du DIH ne va pas, toutefois, sans poser certaines difficultés au moment de son application concrète, la principale consistant naturellement à identifier le degré précis de la connexion requise entre l'acte juridique et la donnée conflictuelle pour que le DIH puisse s'appliquer.

À cet égard, la jurisprudence du TPIY indique qu'il serait suffisant qu'un acte soit commis « *in the course of or as part of the hostilities in, or occupation of, an area controlled by one of the parties* »[43]. Elle précise néanmoins, dans le même temps, qu'un lien aussi direct avec des hostilités effectives n'est pas systématiquement requis, pourvu que les crimes présumés soient étroitement liés aux hostilités se déroulant dans d'autres parties des territoires contrôlés par l'un des belligérants[44]. La Chambre d'appel a néanmoins donné des indications supplémentaires lorsqu'elle précise que :

> « les crimes de guerre se distinguent des infractions de pur droit interne en ce qu'ils sont déterminés par le contexte dans lequel ils sont commis – le conflit armé –, ou en dépendent. Le crime de guerre n'est pas nécessairement un acte planifié ou le fruit d'une politique quelconque. Un lien de cause à effet n'est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime mais il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis. Partant, s'il peut être établi, comme en l'espèce, que l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés audit conflit »[45].

Autant d'indications, certes utiles, mais fractionnaires et superficielles, donc largement insuffisantes pour régler l'ensemble des interrogations engendrées par cette exigence.

43 *Tadic*, jugement du 7 mai 1997 (para. 573).

44 *Ibid.* ; *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 193). Les juges ajoutent par ailleurs qu'il n'est *pas nécessaire que cet acte fasse partie d'une politique ou d'une pratique avalisée ou tolérée officiellement* par l'une des parties, voire que cet acte serve *de facto* une politique associée à la poursuite de la guerre ou qu'il soit dans l'intérêt effectif de l'une des Parties.

45 La Chambre d'appel poursuit d'ailleurs en indiquant que « Pour déterminer si un acte donné est suffisamment lié au conflit armé, la Chambre de première instance peut tenir compte, entre autres, des indices suivants : le fait que l'auteur du crime est un combattant, le fait que la victime n'est pas un combattant, le fait que la victime appartient au camp adverse, le fait que l'acte pourrait être considéré comme servant l'objectif ultime d'une campagne militaire, et le fait que la commission du crime participe des fonctions officielles de son auteur ou s'inscrit dans leur contexte » ; *Kunarac*, jugement du 12 juin 2002 (para. 58 et suivants).

D'autres précisions ont été apportées à cette problématique complexe lors des débats ayant présidé, dans le cadre d'une commission préparatoire, aux négociations du document intitulé « Éléments des crimes » destiné à aider la CPI dans l'interprétation et l'application des dispositions du Statut de Rome relatives aux crimes[46]. Sans pour autant permettre d'appréhender précisément un ou plusieurs critères juridiques précis... En effet, dans ce contexte, les délégations ont reconnu que la formule utilisée n'impliquerait pas une évaluation légale de la part du criminel quant à l'existence ou pas d'un conflit armé; elle ne requerrait pas non plus une quelconque appréciation juridique de sa part quant au caractère interne ou international de ce conflit; elle exigerait seulement « the awareness of the factual circumstances that established the existence of an armed conflict... ». Cette formule – qui, par sa clarté et sa précision sera, n'en doutons pas, d'un grand secours pour les futurs juges de La Haye qu'elle est censée assister ! – impliquerait que la seule condition posée à l'application matérielle du DIH serait la conscience de la part du criminel d'un lien, quels qu'en soient la nature ou le degré, entre ses actes délictueux et le conflit armé.

Précisons, à titre conclusif, que ce critère est bien plus large que celui qui découle des motivations de l'acte (personnelles ou en liaison avec le conflit armé) dans chaque cas d'espèce. Certes, se sont parfois les intentions des auteurs qui permettront d'établir le lien avec le conflit armé : ainsi, pour reprendre l'exemple cité plus haut, on peut penser que le DIH serait applicable dès lors que l'assaut contre une banque a été mené par un groupe armé non à des fins purement vénales mais pour obtenir des fonds nécessaires à la poursuite de la lutte armée. Mais dans d'autres cas, un individu pourra être mû par des motifs purement personnels sans que cela fasse entrave à l'existence d'un tel lien. Par exemple, si un gardien de prison dépouillait les internés civils dont il a la garde de leurs biens aux fins d'appropriation personnelle, le lien de connexité découlerait alors de la position des victimes et de la conscience du geôlier des motifs de leur internement.

46 On sait que les négociateurs de la Commission préparatoire, inspirés par la jurisprudence du TPIY, ont prévu que la notion de crime de guerre au sens de l'art. 8 para. 2 a) du Statut de Rome impliquait, *inter alia*, que l'acte criminel soit accompli « dans le contexte de et était associé à un conflit armé international ». La teneur des débats permettant de préciser le sens de cette expression sont parfaitement résumés par K. Dörmann, « Preparatory Commission for the International Criminal Court — The Elements of War Crimes », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 82, No. 839, pp. 779-782.

Les critères de qualification des conflits armés

Compte tenu de l'écheveau de conflits armés qui s'imbriquent plus ou moins les uns dans les autres, il est naturellement tentant d'esquiver tout développement théorique et d'affirmer que tous les combats qui ont ensanglanté le territoire de l'ex-Yougoslavie entre 1991 et 1995 faisaient partie d'un seul et même conflit armé international[47]. Ce postulat fut expressément rejeté par le Tribunal qui consacra la théorie dite du « fractionnement » en vertu de laquelle un même conflit peut présenter simultanément des aspects internationaux et internes[48]. Une analyse quant à la qualification est donc requise dans chaque cas d'espèce.

Cette qualification est aisée dès lors que s'affrontent les forces armées de deux entités étatiques : le conflit est, par définition, international. En revanche, si les combats se déroulent sur le territoire d'un seul État entre les forces gouvernementales et un groupe rebelle ou entre des groupes rebelles, le conflit, qui présente de prime abord un caractère interne, pourra néanmoins être qualifié d'international dans deux situations particulières.

Premièrement, si les troupes d'un autre État interviennent dans le conflit. D'après le Tribunal, on retombe alors tout simplement dans la première hypothèse envisagée ci-dessus. Cela est incontestable dès lors que l'État intervenant s'affronte aux autorités gouvernementales légitimes de l'État sur le territoire de ce dernier[49]. La situation est, en revan-

47 Ce fut notamment la position défendue par la Commission d'experts établie en vertu de la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité dans son premier rapport en date du 10 février 1993 (Doc. S/25274, para. 45) puis dans son rapport final de mai 1994 (Doc. S/1994/674, para. 44). Exemples à l'appui, une partie de la doctrine rejeta cependant cette simplification : comment, en effet, assimiler le conflit entre les forces armées du gouvernement bosniaque et la faction dissidente agissant dans la poche de Bihac sous les ordres de Fikret Abdic à un conflit international ? Cf. Fenrick, *op. cit.* (note 32), p. 81.

48 La Chambre d'appel affirme que « the conflicts in the former Yugoslavia have both internal and international aspects, that the members of the Security Council clearly had both aspects of the conflicts in mind when they adopted the Statute of the International Tribunal, and that they intended to empower the International Tribunal to adjudicate violations of humanitarian law that occurred in either context » ; *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 77).

49 « (...) the significant and continuous military action by the armed forces of Croatia in support of the Bosnian Croats against the forces of the Bosnian Government on the territory of the latter was sufficient to convert the domestic conflict between the Bosnian Croats and the Bosnian Government into an international one » ; *Rajic*, décision du 13 septembre 1996 adoptée en application de l'ancien article 61 du Règlement (para. 13). La Chambre de première instance considéra également, dans l'affaire *Blaskic*, que les éléments de preuve démontraient une intervention directe de la Croatie dans la zone opérationnelle de Bosnie centrale et suffisaient donc à qualifier le conflit d'international ; *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 76 et suivants).

che, beaucoup plus délicate dès lors que l'État intervenant se positionne aux côtés des forces armées gouvernementales, afin de réprimer une insurrection ou de lutter contre un groupe rebelle. On peut toutefois douter, dans un tel contexte, que l'ensemble des relations conflictuelles puisse être qualifié d'international: en tout état de cause, en application de la théorie précitée du fractionnement, les relations entre les autorités gouvernementales et le groupe rebelle sur le territoire restent purement « internes ». La question reste ouverte de savoir si les relations entre l'État intervenant et les rebelles peuvent être assimilées à un conflit international[50].

Deuxièmement, si certains des participants au conflit armé agissent de fait pour le compte d'un autre État[51]. Se pose alors la problématique, très complexe, des critères juridiques permettant de rattacher les forces armées à une puissance étrangère, question qu'il ne nous incombe pas ici de reprendre en détail, dans la mesure où elle a déjà fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales éminemment pertinentes. Contentons-nous de rappeler les deux objections principales suscitées par l'application de la théorie des organes dits *de facto* à la qualification des conflits. En premier lieu, on a affirmé que les standards du droit de la responsabilité ne seraient pas nécessairement appropriés pour effectuer une telle opération[52]. En second lieu, l'établissement de la nature et du degré exacts des relations entre les forces étrangères et leurs alliés serait une question de fait, souvent controversée, et, dans bien des cas, ne pourrait être résolue avec certitude que des années après la cessation des hostilités, donc de manière rétrospective. Or, la réponse à cette question présente un intérêt majeur, car elle conditionne les règles de substance applicables qui peuvent différer considérablement, en particulier au niveau de la conduite des hostilités.

50 On sait qu'une partie de la doctrine soutient qu'une intervention étrangère, même au côté du gouvernement en place, conduit à l'internationalisation générale du conflit; David, *op. cit.* (note 17), pp. 129 et 139 (para. 1.85 et 1.96). Cette position minoritaire ne semble toutefois pas être soutenue par le CICR comme le démontre la déclaration adoptée au sujet de la situation au Kosovo: en dépit de l'intervention armée des forces de l'OTAN, l'institution genevoise considère que le conflit entre les forces gouvernementales yougoslaves et les troupes de l'UCK conserve un caractère non international.

51 Voir notamment *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 76).

52 Cf. en particulier l'opinion dissidente du juge MacDonald jointe au jugement du 7 mai 1997 en l'affaire *Tadic* ainsi que l'opinion séparée du juge Shahabuddeen dans le jugement rendu par la Chambre d'appel en la même affaire.

L'apport de la jurisprudence du TPIY à la conduite des hostilités (droit de La Haye)

En ce qui concerne le droit de la conduite des hostilités[53], le Tribunal était confronté à un fort clivage, au niveau conventionnel, entre les conflits armés internationaux et non internationaux. En effet, une réglementation relativement précise des méthodes de combat s'applique dans le contexte des conflits internationaux et la violation des dispositions les plus importantes engendre, sans aucun doute possible, la responsabilité pénale individuelle du criminel. La situation est beaucoup plus complexe en revanche dans le cas des conflits armés non internationaux. D'abord, en raison du caractère squelettique – tant quantitativement que qualitativement – des normes internationales régissant la conduite des hostilités dans un cadre interne[54]. Ensuite, parce que ni l'article 3 commun ni le Protocole additionnel II ne prévoient de mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle, laissant ainsi planer un doute sur la possibilité d'engager une telle responsabilité dans le contexte des conflits non internationaux. Compte tenu de ces divergences contextuelles, l'apport de la jurisprudence du Tribunal implique une présentation qui reprenne à son compte cette dichotomie traditionnelle entre conflits armés internationaux et non internationaux.

La conduite des hostilités dans le contexte des conflits armés internationaux

L'apport en la matière de la jurisprudence du TPIY se situe sur deux plans distincts. Premièrement, l'étendue du droit applicable à la légalité

53 Notons que la jurisprudence du TPIY a effleuré la question des moyens de combats, amorçant en la matière des raisonnements importants. Ainsi, dans l'affaire *Blaskic*, le TPIY a condamné l'utilisation de mortiers artisanaux (qualifiés de «bébés-bombes») au motif que de telles armes sont extrêmement difficiles à diriger correctement, leur trajectoire n'étant pas linéaire: leur emploi est donc assimilable à une attaque indiscriminée; Affaire *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 512). Cela étant, les développements du Tribunal à cet égard nous apparaissent encore trop embryonnaires pour faire l'objet de développements doctrinaux sérieux, ce qui explique que ces quelques lignes relatives au droit de La Haye aient exclu de l'analyse la question des moyens de combat pour se concentrer sur les assertions du Tribunal dans le domaine des méthodes de combat.

54 Une très grande majorité de la doctrine (voir par exemple David, *op. cit.* (note 17), p. 367, para. 2.179) considère en effet, à tort ou à raison, que l'art. 3 commun ne concerne que le traitement des personnes au pouvoir de l'ennemi et ne peut donc être exploité dans le domaine du droit de La Haye. Quant au Protocole II, les règles régissant la conduite des hostilités se résument aux articles 4 (Garanties fondamentales) et 13 (Protection de la population civile), auxquels s'ajoutent les articles 14 à 16 prévoyant une protection spéciale au profit tant des biens indispensables à la survie de la population civile, que des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses et des biens culturels et lieux de cultes.

d'une attaque ou, plus précisément, l'affirmation de la nature coutumière de certaines règles du droit des conflits armés. Deuxièmement, l'identification précise des éléments requis pour qu'une attaque illégale contre des personnes ou des biens civils puisse être assimilée à une violation des lois et coutumes de la guerre au sens de l'article 3 du Statut du Tribunal.

- Le droit applicable à la légalité d'une attaque

Le principe de distinction (de discrimination ou encore de précaution) s'énonce comme l'obligation pour toute Partie à un conflit de faire, en tout temps, la distinction entre la population civile et les biens civils d'un côté, les combattants et les objectifs militaires de l'autre, afin d'assurer aux premiers une protection générale contre les effets des hostilités. Il constitue le socle sur lequel repose tout le droit relatif à la conduite des hostilités. Consacré à l'article 48 du Protocole I, ce principe normatif n'est que l'expression moderne d'une idée aussi vieille que le droit des conflits armés: la nécessité de protéger juridiquement les personnes qui ne participent pas ou qui ne participent plus aux opérations militaires.

Il est vrai qu'en consacrant la nature coutumière du principe juridique fondamental de la distinction[55], le TPIY n'a pas révolutionné le droit des conflits armés: universellement reconnue, cette norme centralise un très large consensus et bénéficie d'un vaste soutien dans la pratique tant diplomatique que militaire[56]. Cela étant, lorsque l'on connaît les obstacles qu'engendre systématiquement la preuve de l'(in)existence d'une norme coutumière, nul doute que le sceau complémentaire apporté à cet égard par un organe juridictionnel tel que TPIY offre un poids considérable.

Par ailleurs, il est d'une implacable logique que le Tribunal, après avoir consacré le caractère coutumier du principe de distinction, en tire les conclusions qui s'imposent et octroie une valeur normative identique aux règles, que l'on peut qualifier de dérivées, qui concrétisent en pratique ce principe général. Rentrent évidemment dans cette catégorie des

55 *Cf.* en l'espèce les affaires *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 100 et suivants), *Kupreskic*, jugement du 14 janvier 2000 (para. 521 et suivants) et *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 180).

56 À l'appui de cette assertion, notons que la CIJ, après avoir qualifié le principe de distinction de principe cardinal du DIH, affirme que des règles aussi fondamentales « are to be observed by all States whether or not they have ratified the Conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law » ; Cour internationale de Justice, Avis consultatif, *affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, *Rec.* 1996, p. 257, para. 78-79.

normes qui, en tant que telles, ne prêtent guère à controverse, par exemple, l'immunité de la population et des biens civils ou l'interdiction des attaques indiscriminées[57]. Mais le Tribunal s'est montré beaucoup plus hardi en alléguant également du caractère coutumier des règles codifiées aux articles 57 et 58 du Protocole I et relatives aux précautions requises tant dans l'attaque que contre les effets de celle-ci. D'autant plus que les juges ne citent aucune pratique à l'appui de leur conclusion, qui repose exclusivement sur une argumentation logique (le développement de principes préexistants) et sur l'absence d'opposition des États (notamment ceux qui ne sont pas parties au Protocole)[58]. Si l'on ne peut que se féliciter d'une telle assertion, il n'en reste pas moins que la transposition littérale de ces dispositions relativement précises dans le *corpus* du droit coutumier suscite un certain nombre de questions qui découlent notamment du grand nombre de réserves ou déclarations interprétatives accolées à ces articles par les États au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion au Protocole I. Très audacieuse, également, était l'affirmation du caractère coutumier du principe de proportionnalité[59]. S'il est vrai qu'il procède, lui aussi, de la distinction, il n'en reste pas moins que son adoption avait suscité de vifs débats au moment de la négociation de l'instrument final, débats qui, pour s'être atténués, n'ont pas pour autant pris fin.

En résumé, le TPIY soutient que toute la chaîne normative enracinée dans le principe de distinction présente un caractère coutumier et s'impose donc à tous les États, qu'ils soient ou non parties au Protocole I. Pourtant, une tache vient souiller le beau tableau que nous avons dépeint. Elle a pour origine un passage pour le moins malheureux de la Chambre de première instance en l'affaire *Blaskic*, qui considère que le

57 Le Tribunal consacre leur caractère coutumier dans les affaires *Tadic*, jugement du 2 octobre 1995 (para. 127) et *Kupreskic*, jugement du 14 janvier 2000 (para. 524). Voir également la décision du 8 mars 1996 adoptée en application de l'ancien art. 61 du Règlement en l'affaire *Martic* (para. 10 et suivants).

58 «These principles have to some extent been spelled out in Articles 57 and 58 of the First Additional Protocol of 1977. Such provisions, it would seem, are now part of customary international law, not only because they specify and flesh out pre-existing norms, but also because they do not appear to be contested by any State, including those which have not ratified the Protocol»; *Kupreskic*, jugement du 14 janvier 2000 (para. 524).

59 Nous visons ici le principe de proportionnalité entendu au sens strict, c'est-à-dire le principe selon lequel sont interdites les attaques dont on peut s'attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vie humaines dans la population civile ou/et des dommages aux biens civils qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

ciblage des personnes ou des biens civils n'est une infraction que dans la mesure où il ne peut se justifier par la nécessité militaire[60]. L'exception découlant du lien introduit entre le principe de distinction et les nécessités militaires constitue, selon nous, une véritable erreur de droit. On sait que le concept de « nécessité militaire » désigne les mesures indispensables qui s'imposent d'urgence aux forces armées pour conduire à bien une opération et accomplir, ce faisant, la mission qui leur a été assignée. Cependant, il est clair que les mesures adoptées à ce titre doivent être licites; autrement dit, on ne peut déroger à une règle du droit des conflits armés en se targuant des nécessités militaires qu'à la condition que cette possibilité soit expressément prévue par la règle en question. Or, aucun des instruments conventionnels qui se réfèrent directement ou indirectement au principe de distinction n'autorise de dérogation fondée sur la notion de nécessité militaire, qui n'est donc pas pertinente en l'espèce. Il est d'ailleurs symptomatique à cet égard que ni la CIJ ni la Chambre d'appel du Tribunal, qui ont toutes deux consacré la nature coutumière de ce principe, n'aient fait référence à cette exception. La conclusion qui s'impose naturellement est que les nécessités militaires ne pourront, en aucun cas, justifier une attaque dirigée contre la population ou des biens civils.

Le principe de distinction n'est pas pour autant un principe absolu. Comme le rappelle la Chambre compétente en l'affaire *Kupreskic*, le droit des conflits armés mentionne deux exceptions incontestables. Premièrement, celle qui découle d'un abus de droit par les civils, par exemple d'un usage de la force armée en contradiction avec l'obligation qui leur est imposée de ne pas participer directement aux hostilités. Deuxièmement, celle qui résulte de la désormais célèbre doctrine des « dommages collatéraux », intrinsèquement rattachée au principe de proportionnalité[61]. Une troisième exception est parfois évoquée et c'est à son propos que le Tribunal a produit l'une des avancées jurisprudentielles les plus significatives en ce qui concerne la conduite des hostilités : il s'agit de la théorie des représailles à laquelle il convient de consacrer quelques lignes.

60 *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 180) ; la Chambre de première instance a réitéré cette assertion dans l'affaire *Kordic* en stipulant que « on entend par attaques proscrites celles qui prennent délibérément pour cible des civils ou des objectifs civils au cours d'un conflit armé et que les nécessités militaires ne justifient pas » ; jugement du 21 février 2001 (para. 328).

61 *Kupreskic*, jugement du 14 janvier 2000 (para. 522).

Rappelons simplement que l'interdiction des représailles à l'encontre de la population ou des biens civils est relativement ancienne. Elle figurait déjà à l'article 33 de la IVe Convention, disposition pertinente uniquement dans le contexte des personnes et des biens protégés situés en territoire occupé. Ce sont les articles 51(6) et 52(1) du Protocole I qui ont permis d'étendre le champ d'application de cette théorie à tous les individus et biens de caractère civil. Cette généralisation ne s'est d'ailleurs pas faite sans mal: en effet, l'adoption de ces dispositions a suscité une vaste controverse lors des négociations relatives au Protocole. De nombreuses délégations craignaient en effet qu'une prohibition absolue des représailles contre la population ou les biens civils ne soit impossible à mettre en œuvre: outre le fait qu'elle dépouillerait les États d'un moyen efficace de faire respecter le droit des conflits armés, elle placerait un gouvernement victime de violations dudit droit dans une position intenable vis-à-vis de son opinion publique si celle-ci s'avisait de réclamer des représailles. L'adoption formelle du texte n'a d'ailleurs pas mis fin à la polémique qui s'est poursuivie dans la pratique et la doctrine ultérieures[62].

C'est dans ce contexte que le TPIY est venu attester formellement tant l'interdiction des représailles à l'encontre de la population et des biens civils que le caractère coutumier de cette prohibition. Un premier satisfecit a été octroyé dans le cadre de la décision prise conformément à l'article 61 du Statut, en l'affaire *Martic*[63]. La Chambre de première instance a justifié sa décision en invoquant, outre la majorité de la doctrine la plus qualifiée, l'obligation de respecter et de faire respecter le DIH en toutes circonstances (qui figure à l'article 1 commun) interprétée comme interdisant toute possibilité de représailles dans le cas de normes aussi fondamentales que l'interdiction des attaques contre les civils. Elle s'est appuyée également sur la résolution 2675 de l'Assemblée générale des Nations Unies ainsi que les articles 51(6) du Protocole I et 4 du Protocole II[64]. Mais aucune pratique étatique n'est venue étayer cette démonstration...

62 Pour une description des critiques – qu'il ne partage pas – formulées à l'encontre de l'interdiction des représailles, voir David, *op. cit.* (note 17), p. 363 et les références bibliographiques citées notes 2 et 3.

63 *Martic*, décision du 8 mars 1996 (para. 15-17).

64 La Chambre précise que, bien que l'art. 4 du Protocole II ne se réfère pas explicitement aux représailles, leur interdiction se déduit implicitement de cette disposition. En effet, les prescriptions mentionnées dans cet article seraient absolues et non dérogatoires, même à titre de représailles, comme le démontre l'obligation de les respecter «*at any time and any place whatsoever*».

Dans l'affaire *Kupreskic*, le Tribunal a réitéré de manière solennelle l'interdiction des représailles contre les personnes et les biens civils tout en étoffant son argumentation[65]. Il a considéré en premier lieu que, le DIH ne visant pas à protéger les intérêts des États mais ceux des individus en tant qu'êtres humains, ce *corpus iuris* ne repose en aucun cas sur un paradigme synallagmatique mais énonce des obligations absolues, inconditionnelles, qui ne peuvent être écartées en application du principe de réciprocité. Sur la base de cette structure, le Tribunal affirme que viser à titre de représailles, sans aucune recherche préalable de culpabilité ou forme de procès, des personnes innocentes qui n'ont bien souvent aucun degré de solidarité avec les auteurs de la violation initiale peut être caractérisé comme une violation flagrante des principes les plus fondamentaux des droits de l'homme. Or, une lente mais profonde transformation du DIH se serait produite sous l'effet des droits de l'homme qui aurait eu pour conséquence d'interdire les représailles, comme le confirme d'ailleurs l'article 50d) du Projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité des États, qui interdit toute contre-mesure dérogeant aux droits fondamentaux de la personne humaine[66]. De plus, s'il était, par le passé, possible d'argumenter que les représailles constituaient le seul moyen efficace d'obliger l'ennemi à renoncer à ses actes illicites et à se conformer au droit, tel n'est plus le cas aujourd'hui. D'autres moyens d'assurer le respect du DIH sont à présent disponibles, en particulier la poursuite et le châtiment des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité par des juridictions nationales ou internationales.

Cette argumentation relativement convaincante constitue certainement l'un des points d'orgue de l'apport du Tribunal au droit des conflits armés. Il n'empêche que l'on peut s'interroger sur son aptitude à gommer d'un trait l'opposition résolue que certains États ont manifestée jusque très récemment à l'égard de cette norme. Pour ne citer qu'un seul exemple, rappelons que trois États au moins ont contesté le caractère coutumier de l'interdiction des représailles contre les personnes ou les biens civils lors des plaidoiries en l'affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires portée devant la CIJ[67].

65 Affaire *Kupreskic*, jugement du 14 janvier 2000 (para. 515 et suivants puis para. 527 à 536).

66 Il s'agit désormais de l'article 51(1)(b) du projet d'article provisoire adopté en seconde lecture par le Comité de rédaction. Voir le document des Nations Unies publié le 21 août 2000 sous la côte A/CN.4/L.600*.

67 Il s'agit des États-Unis, du Royaume-Uni et des Pays-Bas. La Cour, quant à elle, ne s'est pas prononcée sur la question ; CIJ, Avis consultatif, *affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, *Rec.* 1996, p. 246, para. 46.

• Les éléments constitutifs du crime d'attaque illégale de civils ou de biens civils

Après avoir apporté des précisions importantes quant au droit applicable à la légalité d'une attaque, le Tribunal s'est logiquement penché sur les conditions requises pour qu'une attaque illégale de personnes ou de biens civils puisse constituer un crime entraînant la responsabilité pénale de son auteur. Nous ne développerons pas de manière extensive ce point, qui relève beaucoup plus de la problématique des éléments du crime que du DIH *stricto sensu*. Mais dans la mesure où le TPIY a défriché, en la matière, un terrain presque vierge[68], il importe d'indiquer brièvement les grandes lignes de ses conclusions.

Le Tribunal considère que trois conditions doivent être réunies pour qu'une attaque illégale soit constitutive d'un crime tombant sous le coup de l'article 3 du Statut.

En premier lieu, l'attaque doit avoir causé des morts (ou de graves atteintes corporelles) au sein de la population civile et/ou des dommages à des biens de caractère civil. Il s'agit ici d'une constante dans la jurisprudence du Tribunal, qui a toujours considéré qu'une violation du DIH ne pouvait être qualifiée de grave au sens du Statut, et donc engendrer sa compétence, qu'à la condition d'entraîner des conséquences graves pour la victime[69]. On peut toutefois se demander si cette exigence est l'un des éléments constitutifs de ce crime en général ou si elle n'est prescrite en l'espèce que dans la mesure où les infractions poursuivies devant le Tribunal dérivent directement du Protocole I, dont l'article 85(3) exige, pour qu'une violation soit assimilable à une infraction grave, qu'elle ait entraîné la mort ou causé des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. Un premier élément de réponse découle certainement du fait que cette exigence ne figure pas dans la liste des éléments du crime prévu à l'article 8(2)(b)(i) du Statut de Rome. Cette dernière solution semble d'ailleurs juridiquement plus logique : pour prendre une image simpliste, on conçoit difficilement que la maréchaussée soit contrainte d'attendre un accident et d'éventuelles victimes pour sanctionner un chauffard coupable d'excès de vitesse…

68 De manière quelque peu superficielle, on peut affirmer que les Tribunaux pénaux internationaux constitués suite à la Seconde Guerre mondiale se sont limités à la répression d'infractions commises à l'encontre de personnes au pouvoir de l'ennemi et n'ont pas abordé directement – pour des raisons politiques évidentes – les problématiques touchant à la conduite des hostilités.

69 Il faut également que cette une infraction porte atteinte à une règle protégeant des valeurs importantes, ce qui ne pose pas problème dans le cas d'espèce.

En deuxième lieu, l'attaque doit avoir été entreprise à l'encontre de personnes ou de biens dont la nature civile était connue ou ne pouvait être ignorée. Le Tribunal n'a malheureusement pas profité, dans le cadre de l'affaire *Blaskic*, de l'occasion offerte pour procéder à un affinement précis des définitions de notions aussi fondamentales que celles de population civile ou d'objectif militaire. On ne peut que le regretter. Une lecture globale du jugement rendu le 3 mars 2000 permet pourtant, au détour d'un paragraphe, de glaner quelques indications qui ne sont pas dénuées d'intérêt. En particulier, le Tribunal semble considérer qu'une faible résistance à une attaque de la part d'éléments, certes armés mais bien mal équipés, ne suffit pas à faire perdre à la population le bénéfice de la protection qui lui est due ni d'ailleurs à assimiler le village dans lequel ces éléments agissent à un objectif militaire[70]. Dans un autre registre, le Tribunal semble admettre qu'une attaque indiscriminée ou disproportionnée peut suffire à prouver que celle-ci était en fait dirigée contre la population civile. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de prouver que toutes les victimes bénéficiaient d'une immunité contre les effets des hostilités: il suffit à cet égard de démontrer que combattants et civils étaient visés sans distinction ou que le nombre de civils ayant péri était manifestement excessif[71]. Cette assimilation peut s'avérer d'une grande importance puisqu'on sait que le Protocole II, qui prohibe les attaques directes contre la population civile, est muet en ce qui concerne les attaques indiscriminées ou disproportionnées.

Enfin, en troisième et dernier lieu, les actes ou omissions ayant permis l'attaque doivent revêtir un caractère intentionnel. Le Tribunal affirme expressément que cette notion englobe aussi bien une intention coupable

70 Dans l'affaire *Blaskic*, le Tribunal, décrivant la défense territoriale qui s'employait dans le village d'Ahmici, constate qu'elle était composée d'environ 120 hommes dont la tâche principale se résumait à accomplir, sur une base purement volontaire, des rondes de nuit. Le Tribunal poursuit: « Elle constituait donc une sorte de défense civile plutôt qu'une armée à proprement parler. Les membres de la défense territoriale étaient très mal équipés et la plupart d'entre eux étaient habillés en civils et ne se considéraient pas comme des soldats. Il n'y avait pas de caserne à Ahmici » (para. 407). Et le Tribunal de conclure, au-delà de tout doute raisonnable, qu'aucun objectif militaire ne justifiait ces attaques (para. 410).

71 *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 509-510). Voir aussi, en la matière, l'affirmation de la chambre compétente en l'affaire *Kupreskic*: « (...) it is nevertheless beyond dispute that at a minimum, large numbers of civilian casualities would have been interspersed among the combatants. The point which needs to be emphasised is the sacrosanct character of the duty to protect civilians (...) Even if it can be proved that the Muslim population of Ahmici was not entirely civilian but comprised some armed elements, still no justification would exist for widespread and indiscriminate attacks against civilians »; *Kupreskic*, jugement du 14 janvier 2000 (para. 513).

qu'une imprudence délibérée, assimilable à une négligence criminelle grave[72]. Cette affirmation est d'autant plus importante qu'une partie de la doctrine – et pas uniquement la plus réactionnaire – s'était prononcée en sens contraire. Espérons, tant pour la sécurité du droit que pour la protection des victimes, que la future CPI entendra la voix réformatrice du TPIY.

Ces éléments constitutifs du crime d'attaque illégale de civils ou de biens civils ont été présentés comme un apport essentiel à la conduite des hostilités dans le contexte des conflits armés internationaux, car la jurisprudence du Tribunal ne les a exploités, pour l'instant, que dans ce contexte. Mais on peut légitimement penser qu'il les transposera *mutatis mutandis* dans le contexte d'une violation grave à la conduite des hostilités dans le cadre d'un conflit armé interne.

La conduite des hostilités dans le contexte des conflits armés non internationaux

Il est devenu trivial de souligner le caractère lacunaire du droit conventionnel à l'égard des règles du droit de La Haye applicables dans le contexte des conflits armés non internationaux. Les affirmations du TPIY concernant le développement d'un corps de règles coutumières régissant la conduite des hostilités dans ce contexte présentent donc une importance majeure. D'autant qu'en l'espèce le Tribunal n'a pas fait dans la demi-mesure, allant jusqu'à consacrer la nature coutumière de règles qui ne figurent expressément ni dans l'article 3 commun ni dans le Protocole II.

À l'image de papillons attirés par la lumière, ce développement des règles coutumières s'est en grande partie inspiré des principes fondamentaux régissant les conflits armés internationaux. Pourtant, le Tribunal a pris la double précaution d'affirmer, premièrement que cette extension ne présentait qu'un caractère partiel dans la mesure où certains principes seulement avaient pu en bénéficier; et deuxièmement, qu'elle ne pouvait se résumer à une simple transplantation intégrale et mécanique des normes relevant du droit des conflits armés internationaux vers les conflits internes. Ce sont les principes généraux dans leur essence, beaucoup plus que les réglementations précises et détaillées, qui peuvent être transposés dans le contexte des conflits non internationaux[73].

72 *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 152 en ce qui concerne l'art. 2 du Statut et 179 par rapport à l'art. 3).

73 *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 126).

Sans prétendre dresser ici une liste exhaustive, notons que le Tribunal a consacré le caractère coutumier des principes généraux relatifs à la protection des personnes civiles et des biens de caractère civils contre les effets des hostilités ainsi que l'obligation parallèle de limiter les attaques aux objectifs militaires[74]; l'interdiction des représailles contre la population ou les biens civils[75]; l'obligation de ne pas utiliser des moyens illimités de nuire à l'ennemi et les conséquences qui en découlent concernant la prohibition de l'utilisation de certaines armes telles que les armes chimiques[76]; l'interdiction de recourir à certaines méthodes de combat comme la perfidie[77]; ainsi que la protection de certains biens tels que les biens culturels[78].

Mais le Tribunal ne s'est pas contenté de recenser les normes coutumières régissant la conduite des hostilités lors d'un conflit armé non international: il a franchi un pallier supplémentaire en affirmant que la violation desdites normes était susceptible d'engendrer la responsabilité pénale individuelle de son auteur[79]. Cette allégation, qui pourrait paraître d'un banal affligeant à l'observateur extérieur, n'allait pourtant pas de soi, car – ainsi qu'on l'a déjà noté – aucun des instruments conventionnels régissant les conflits armés non internationaux n'avait prévu un régime de responsabilité pénale applicable aux délinquants. La Chambre d'appel a justifié sa conclusion principalement en invoquant le précédent découlant de la position du Tribunal militaire international de Nuremberg face à une problématique similaire. Ce dernier avait affirmé que l'absence de toute disposition conventionnelle ne pouvait suffire à entraver la répression pénale des individus coupables de violations graves aux lois et coutumes de la guerre dès lors que la règle incriminée faisait l'objet d'une reconnaissance claire et non équivoque au niveau du droit international et que la pratique des États reflétait une intention de cri-

74 *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 100 et suivants) ; *Martic*, décision du 8 mars 1996 (para. 10-15) ; *Kupreskic*, jugement du 14 janvier 2000 (para. 521).

75 *Martic*, décision du 8 mars 1996 (para. 14-15).

76 *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 119 et suivants) ; *Martic*, décision du 8 mars 1996 (para. 11). Notons, en passant, que le Statut de Rome n'a pourtant pas retenu d'incrimination découlant de l'usage des armes chimiques dans le contexte des conflits armés non internationaux.

77 *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 125).

78 Pour la Chambre d'appel, l'art. 19 de la Convention de La Haye de 1954 relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé ferait désormais partie intégrante du droit coutumier; *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 98).

79 Précisons que cette conclusion, présentée dans le contexte de la conduite des hostilités, est naturellement transposable aux violations des normes afférentes au droit de Genève commises lors d'un conflit armé non international.

minaliser sa violation. S'appuyant tant sur des législations nationales[80] que sur des manuels militaires, des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et des accords conclus par les Parties belligérantes sous les auspices du CICR, le TPIY a conclu:

> « All of these factors confirm that customary international law imposes criminal liability for serious violations of common Article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife »[81].

Le traitement des personnes au pouvoir de l'ennemi (droit de Genève)

De manière très schématique, deux problématiques successives se sont posées en ce qui concerne ce que l'on qualifie communément de droit de Genève, c'est-à-dire l'ensemble des normes qui tendent à assurer la sauvegarde des personnes au pouvoir de l'ennemi. La première visait à tracer les contours précis de la notion de « personne protégée » en DIH. Plus précisément, il s'agissait de déterminer quels individus – ou catégories d'individus – bénéficiaient de la protection prévue par la IV[e] Convention de Genève. Une fois précisément délinéé le champ d'application *ratione personae* de cette Convention, une seconde problématique s'est alors naturellement présentée quant à l'interprétation des droits susceptibles d'être invoqués par les personnes protégées.

La notion de « personne protégée » au sens de la IV[e] Convention de Genève

L'expression « personne protégée » est polymorphe: si elle vise toujours à qualifier les individus bénéficiant des normes protectrices du DIH, les personnes visées diffèrent selon l'instrument conventionnel contenant cette locution. La jurisprudence du TPIY s'est focalisée, jusqu'à présent, sur le contenu de cette expression au sens de la IV[e] Convention de Genève relative à la protection de la population civile.

80 En particulier, mais non exclusivement, sur les législations internes pertinentes de l'État prédécesseur (la RSFY) et de l'État successeur (la Bosnie-Herzégovine); *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 135).

81 *Tadic*, décision du 2 octobre 1995 (para. 134).

La problématique a été posée en des termes identiques dans tous les jugements ayant abordé cette question[82] : il s'agissait de déterminer si des ressortissants bosniaques détenus dans un camp situé en Bosnie pouvaient bénéficier de la protection octroyée par la IV[e] Convention aux civils internés. La controverse découlait essentiellement du fait qu'aux termes de l'article 4 de cet instrument conventionnel « (s)ont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une partie au conflit ou d'une puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes »[83]. Une interprétation littérale de cette formulation conduirait donc à exclure du bénéfice de la Convention tous les nationaux au pouvoir de l'État dont ils sont ressortissants et donc les ressortissants bosniaques, quelle que soit leur origine, au pouvoir d'une partie adverse de même nationalité. Cette vision correspondrait d'ailleurs très certainement à la conception souverainiste qui prévalait en 1949 et qui tendait à limiter au maximum toute immixtion du droit international dans les rapports entre un État et ses propres ressortissants.

Toutefois, le TPIY souligne que le critère de la nationalité, qui découlait logiquement de la typologie essentiellement inter-étatique des conflits qui prévalait lors de la rédaction des Conventions de Genève, correspond très peu aux réalités « belligènes » modernes[84]. En effet, selon le Tribunal, la désintégration de l'ex-Yougoslavie, à l'image de nombreux autres conflits récents, s'est produite essentiellement sur des critères ethniques, l'appartenance à une communauté spécifique étant devenue beaucoup plus importante que la nationalité pour établir les loyautés ou engagements. D'ailleurs, dès lors que ces conflits interethniques se doublent d'une succession d'État violente, comme ce fut le cas en l'espèce, les règles applicables en matière de nationalité restent floues. En tout état de cause, l'adoption d'une législation interne et sa mise en œuvre concrète nécessitent un délai pendant lequel la nationalité d'une partie importante de la population peut faire l'objet d'une controverse.

82 Cette problématique fut abordée de front dans le cadre de plusieurs procès dont les affaires *Tadic*, *Celebici*, et *Blaskic*.

83 Art. 4 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949.

84 À cet égard, voir notamment les affaires *Tadic*, jugement du 15 juillet 1999 (para. 166), *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 266) et *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 126).

Sur de tels fondements, le TPIY a érigé en principe interprétatif l'impossibilité que le droit interne de la nationalité puisse, seul, exclure un groupe de personnes du bénéfice des normes protectrices du DIH. Il souligne conséquemment la nécessité d'adapter les conditions posées à l'article 4 de la IVe Convention aux réalités contemporaines, quitte à exclure la condition de nationalité pour permettre l'octroi d'un statut protecteur aux individus même s'ils sont titulaires d'une nationalité identique à celle de leurs capteurs. Au critère juridique traditionnel de la nationalité vient donc se substituer un critère alternatif découlant de la condition d'allégeance à une Partie au conflit.

Plusieurs arguments juridiques ont été invoqués à l'appui de cette conclusion. Si l'on veut bien exclure les motivations – qui apparaissent tout de même très discutables – reposant sur le texte même de la Convention ainsi que sur les travaux préparatoires[85], le raisonnement s'appuie d'abord sur une interprétation téléologique de l'instrument conventionnel en cause[86]. La IVe Convention ayant pour objet et pour but d'assurer la protection des civils dans la mesure la plus large possible, le seul critère véritable présidant à son application doit être celui de l'allégeance à une Partie au conflit et, de manière correspondante, le contrôle par cette Partie du territoire ou de la population d'un autre belligérant[87]. L'argumentation du Tribunal se fonde

85 L'argument avancé repose sur l'idée qu'en 1949 déjà, le lien de nationalité n'était pas considéré comme crucial dans certaines circonstances spéciales comme dans l'hypothèse des réfugiés. De même, d'après l'art. 4(2) de la IVe Convention, les ressortissants d'États neutres ou co-belligérants ne pourraient être assimilés à des personnes protégées qu'à la condition que leur État ne dispose pas d'une représentation diplomatique normale auprès de l'État où ils sont détenus: ce qui signifie que s'ils ne peuvent pas (ou ne peuvent plus) jouir de la protection diplomatique de leur État, ils retombent alors logiquement au bénéfice de la Convention. Toutefois, il semble que ce soit précisément pour tenir compte de ces circonstances spéciales que des dispositions spécifiques ont été intégrées dans le texte de la Convention ou son commentaire. Il apparaît donc fort critiquable d'utiliser à présent des dispositions conçues comme dérogatoires pour remettre en cause l'équilibre général d'un système fondé textuellement sur la condition de nationalité.

86 « if the special legal characteristics of the Geneva Conventions and Protocols ultimately derive from their object and purposes, they in turn command the teleological interpretation of those instruments in the light of their object and purposes; an interpretation which provides the thrust and continuous drive towards perfecting the content and expanding the ambit of humanitarian protection » ; G. Abi-Saab, « The specificities of humanitarian law », in C. Swinarski (ed.), *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, CICR, Genève, 1984, p. 273.

87 La Chambre d'appel affirme que « *not only the text and the drafting history of the Convention but also, and more importantly, the Convention's object and purpose suggest that allegiance to a Party to the conflict and correspondingly, control by this Party over persons in a given territory, may be regarded as the crucial test* » ; *Tadic*, jugement du 15 juillet 1999 (para. 166).

ensuite sur le fait qu'une telle interprétation serait la seule permettant de préserver la pertinence et l'efficacité des normes des Conventions de Genève puisqu'elle supprime tout statut intermédiaire et garantit que tout individu se trouvant aux mains de l'ennemi soit protégé par le droit. Elle évite, en particulier, tout hiatus entre les III^e^ et IV^e^ Conventions et assure qu'une personne qui n'a pas droit au statut de prisonnier de guerre bénéficie alors nécessairement, en qualité de civil, de la protection octroyée par la IV^e^ Convention. Enfin, en dernier lieu, la démonstration juridique du Tribunal repose sur l'évolution du DIH sous l'impulsion des droits de l'homme: il serait en effet contraire au concept même de droits de l'homme, qui protègent les individus contre les abus de leur propre État, d'appliquer de façon rigide la condition de la nationalité, condition apparemment insérée pour empêcher toute immixtion dans les rapports entre un État et ses propres ressortissants.

La position suivie en la matière par le TPIY force le respect. Le cheminement argumentatif courageux – qui interprète et applique la IV^e^ Convention dans le contexte de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment de l'interprétation[88] – dépasse la simple analyse de texte pour assurer une meilleure protection aux victimes. Pourtant, après avoir rendu hommage à la démarche, il nous incombe d'analyser brièvement les conséquences qui peuvent en découler. Et, au risque de passer pour un rabat-joie, on se doit de constater qu'elles ne sont pas toutes nécessairement positives...

La première critique que l'on peut formuler tient au doute subsistant quant au champ d'application de l'argumentation suivie par le Tribunal. Fondée sur le scénario d'un conflit interethnique se déroulant sur le territoire d'un seul État, l'interprétation donnée de l'article 4 de la IV^e^ Convention est-elle strictement restreinte à ces hypothèses ou peut-elle s'étendre à tous les types de conflits internationaux, y compris les conflits inter-étatiques classiques? Le choix de la première option de l'alternative entraînerait indubitablement un élément de différenciation important entre les victimes de conflits armés internationaux quant à la protection octroyée. Le choix de la seconde option, plus logique juridiquement, risque de se heurter de front à l'opposition des États: on peut douter que ces derniers soient prêts, dans un contexte interétatique, à considérer comme personnes protégées leurs propres ressortissants ayant exprimé un lien d'allégeance avec l'ennemi. L'argumentaire devra proba-

88 «Tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment ou l'interprétation a lieu», CIJ, Rec. 1971, p. 31.

blement être un peu plus solide pour les convaincre que des individus, susceptibles éventuellement d'être qualifiés de « traîtres » par leur Code pénal, peuvent bénéficier du régime protecteur de la IVe Convention !

La seconde critique tient au fait que le critère retenu de l'allégeance est entaché de nébulosité. La manière dont est censée se concrétiser l'obédience à l'une des Parties au conflit demeure un mystère que le Tribunal n'a pas dissipé. On peut, certes, se contenter d'affirmer que « dans un conflit armé interethnique l'appartenance ethnique peut être considérée comme un facteur déterminant »[89], mais cette assertion ne règle pas vraiment le problème. Outre le fait que cette « appartenance ethnique » ne dicte pas systématiquement le lien d'allégeance (le Tribunal a d'ailleurs fait l'expérience d'une telle situation), ce critère peut perdre toute signification concrète, par exemple dans le cas d'un mariage mixte ou des enfants issus d'un tel mariage. D'ailleurs, le contenu juridique que recouvre la notion éminemment sociologique d'ethnicité reste sujet à caution. Des efforts de définition ont, certes, été accomplis par la Chambre de première instance du TPIR qui a affirmé, dans l'affaire *Akayesu*, qu'un groupe ethnique se caractérise par le partage d'une langue ou d'une culture commune[90]. Mais cette jurisprudence s'est avérée sans suite, la même Chambre disposant, quelques mois après, qu'il n'existe pas, en l'état, de définitions précises, généralement et internationalement reconnues, du concept d'ethnie, qui doit toujours être apprécié à la lumière d'un contexte politique, social et culturel donné[91]. On peut donc, en droit, légitimement s'interroger sur l'opportunité de l'emploi de concepts aussi vagues que ceux d'allégeance ou d'appartenance ethnique, surtout lorsqu'ils sont destinés à servir d'éléments constitutifs d'une infraction grave, susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'individu.

Les droits octroyés aux personnes protégées : morceaux choisis

Le lecteur nous pardonnera de ne pas effectuer ici une analyse exhaustive de l'ensemble des apports de la jurisprudence du TPIY aux multiples droits attribués aux personnes protégées : un tel recensement dépasserait largement le cadre et de notre étude et de nos connaissances[92]. Beaucoup plus

89 *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 127).

90 TPIR, *Akayesu*, jugement du 2 septembre 1998 (para. 512).

91 TPIR, *Musema*, jugement du 27 janvier 2000 (para. 161).

92 En particulier, la problématique des crimes de nature sexuelle aurait ici mérité quelques développements substantiels, d'autant que la jurisprudence du Tribunal n'a pas été linéaire en la matière.

humblement, l'objectif de cette section se limite donc à présenter de manière cursive, et sans transition, les points saillants de la jurisprudence en la matière, à mettre en relief les innovations notables sans omettre toutefois d'indiquer les difficultés qu'elles sont susceptibles de poser éventuellement à l'avenir.

- La notion de traitements inhumains

La jurisprudence du Tribunal certifie que la notion de « traitements inhumains » ne se limite pas au fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale et à la santé, mais s'étend aussi aux actes portant atteinte à la dignité humaine[93]. Pourtant, lors de la négociation du document intitulé « Éléments des crimes » destiné, rappelons-le, à assister la future CPI dans l'interprétation et l'application des dispositions relatives aux crimes, il a été décidé de ne pas intégrer ces atteintes à la dignité humaine dans la catégorie des « traitements inhumains », au motif que ces actes seraient déjà couverts par le crime « d'atteinte à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants »[94]. Or, si cette classification n'a aucune conséquence dans le contexte du Statut de Rome, elle peut en avoir en ce qui concerne l'interprétation des Conventions de Genève puisque, selon la classification adoptée, le régime des infractions graves (et donc de la juridiction universelle) s'applique ou ne s'applique pas.

- La notion de torture

La Convention des Nations Unies de 1984 contre la torture requiert, notamment, la présence de deux éléments pour que l'existence de ce crime soit constatée, à savoir, premièrement, la poursuite d'un but précis (obtenir une information ou une confession, punir, intimider ou contraindre...) et, deuxièmement, que l'acte soit commis à l'instigation, avec le consentement ou l'acquiescement d'un officier public ou d'une personne agissant en capacité officielle. La jurisprudence initiale du Tribunal – arguant du caractère coutumier de cette Convention – a confirmé l'exigence de ces deux éléments, qui ne figurent pourtant pas dans le Statut de Rome[95]. Lors de la négociation du document « Éléments des crimes », certaines délégations ont

93 *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 544) ; *Blaskic*, jugement en date du 3 mars 2000 (para. 155).

94 Art. 8(2)(b)(xxi) du Statut de Rome. Voir Dörmann, *op. cit.* (note 46), pp. 786-787.

95 *Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998 (para. 160-162) ; *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 459 et 494). La jurisprudence récente fait toutefois preuve d'une plus grande prudence à cet égard ; *Kunarac*, jugement du 12 juin 2002 (para. 483 et suivants).

d'ailleurs maintenu que l'approche fondée sur ces deux critères était la seule permettant de distinguer la torture des traitements inhumains; d'autres délégations, en revanche, ont soutenu que le critère déterminant à cet égard était uniquement fondé sur le degré de douleur ou de souffrance infligée. La décision finalement adoptée à titre de compromis a consisté à maintenir l'exigence d'un but précis, mais à supprimer la référence à toute capacité officielle, solution à laquelle semble se ranger la Chambre d'appel du Tribunal dans sa récente jurisprudence en l'affaire *Kunarac*[96]. Il n'en reste pas moins qu'une analyse cursive des « Éléments des crimes » confirme que le seul élément distinctif des crimes de torture d'un côté, et de traitement cruel et inhumain de l'autre, réside dans l'objectif poursuivi par le délinquant. La contradiction est ici flagrante avec la jurisprudence du Tribunal, qui a toujours soutenu que « le degré de souffrance physique ou psychologique requis pour qualifier des actes de traitements cruels est moindre que dans le cas de la torture »[97].

- La notion de pillage

Le pillage fait partie des infractions systématiquement inscrites sur la liste des actes entraînant la responsabilité pénale de leur auteur mais qui n'ont pas, pour autant, fait l'objet d'une définition conventionnelle précise. La Chambre de première instance compétente en l'affaire *Jelisic* a donc comblé une lacune importante en caractérisant le pillage comme toute soustraction frauduleuse de biens publics ou privés appartenant à l'ennemi ou à la partie adverse, perpétrée dans le cadre d'un conflit armé et liée à celui-ci[98]. Le problème essentiel en l'espèce découlait des affirmations développées par la défense dans l'affaire *Celebici*, pour cantonner la notion de pillage aux actes accomplis sur une grande échelle, impliquant une nature et un degré que l'on pourrait qualifier de systématiques. Une telle thèse conduisait les conseils des accusés à exclure de toute incrimination pour pillage des actes accomplis par de simples soldats dérobant aux civils des objets de faible valeur. De telles allégations se heurtaient de front à une partie de la pratique et de la doctrine récentes qui, au contraire, restreignent la notion de pillage aux seuls actes accomplis par un ou plusieurs militaires dans un but d'appropriation person-

96 *Kunarac*, jugement du 12 juin 2002 (para. 142-148 et 153-156).

97 Voir, notamment, *Kvocka*, jugement du 2 novembre 2001 (para. 161). Cf. K. Dörmann, « War Crimes under the Rome Statute for the International Criminal Court, with a special focus on the negotiations on the Elements of Crimes » (à paraître), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2003, Vol. 7.

98 *Jelisic*, jugement du 14 décembre 1999 (para. 29) ; *Blaskic*, jugement du 3 mars 2000 (para. 48).

nelle ou privée[99]. Or, plutôt que de se limiter à affirmer que des actes individuels de pillage commis par des soldats isolés mus par la cupidité pouvaient engager la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs, approche qui aurait suffi en l'espèce, la Chambre a jugé que la notion de pillage, qui offre une portée générale, s'étendait également à la saisie organisée de biens, opérée dans le cadre d'une exploitation économique systématique du territoire occupé[100]. Cette définition extensive apparaît pourtant contradictoire avec les éléments du crime requis au sens de l'article 8 para. 2 b) xvi) du Statut de Rome, qui implique une intention de spolier le propriétaire des biens et de se les approprier à des fins privées ou personnelles[101].

- La détention illégale de civils

Le DIH considère traditionnellement que l'internement ou la détention de civils[102] font partie des mesures de sécurité susceptibles d'être appliquées par un État en période de conflit armé international[103]. Cependant,

99 Voir le récent Manuel français de droit des conflits armés qui dispose : « Le pillage constitue un acte de spoliation par lequel un ou plusieurs militaires s'approprient des biens pour un usage personnel ou privé, sans le consentement du propriétaire de ces biens » (p. 36) ; *cf.* également le Manuel militaire australien qui définit le pillage comme « the violent acquisition of property for private purpose » ou encore « the seizure or destruction of enemy private or public property or money by representatives of a belligerent, usually armed forces, for private purposes » (Australian Defense Force Manual, para. 743 et 1224. Le Manuel publié par le CICR intitulé *Fight it Right*, *op. cit.* (note 19) fait aussi référence à ce critère, toutefois considéré comme non impératif : « It is taking advantage of the chaos of war, or using force or the threat of force in wartime to steal property, usually to satisfy private greed », p. 59 (para. 1004.1).

100 *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 590) ; *Kordic*, jugement du 21 février 2001 (para. 352).

101 Noter que cet élément figure de manière identique pour l'incrimination de pillage dans un contexte non international (art. 8(2)(e)(v)). Cela n'implique en aucun cas que la « saisie organisée de biens opérée dans le cadre d'une exploitation économique systématique du territoire occupé » visée par le Tribunal ne soit pas une infraction : elle tomberait plutôt sous la catégorie des appropriations de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées à grande échelle de façon illicite et arbitraire (voir les art. 50 de la I[e], 51 de la II[e], 146 de la IV[e] et l'art. 4 du Protocole II ainsi que le Statut de Rome, arts. 8(2)(b)(xiii) et 8(2)(e)(xii)).

102 On distingue en général les mesures d'internement et de détention par le fait que les premières sont adoptées par des autorités administratives ou militaires, alors que les secondes sont en principe le fait d'autorités judiciaires ; F. Bouchet-Saulnier, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La découverte, Paris, 1998, p. 230.

103 Dans le cadre d'un conflit armé international, la possibilité d'adopter des mesures de contrôle et de sécurité (dont l'internement) figure notamment aux articles 5, 27, 41 et 78 de la IV[e] Convention de Genève. Elles peuvent concerner, par exemple, les civils ressortissants ennemis résidant sur le territoire national ou les membres de la population des territoires occupés qui constituent une menace. En ce qui concerne les conflits armés non internationaux, notons qu'aucune disposition conventionnelle ne fait spécifiquement référence à des mesures d'internement ; les articles 4 et 5 du Protocole II régissent toutefois la situation des personnes privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé.

hormis l'hypothèse dans laquelle la personne civile réclame elle-même l'internement, on estime que de telles mesures ne peuvent être justifiées que si la sécurité de la puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent les rend absolument nécessaires[104]. La Chambre de première instance se situe dans le droit fil de cette ligne classique; elle affirme d'abord que:

> «(...) la liberté de circulation des civils «ennemis» peut en temps de guerre être limitée, voire, si les circonstances l'exigent, être suspendue. C'est pourquoi le droit à la liberté de circulation ne figure pas parmi les droits absolus consacrés par les Conventions de Genève. Cependant, cela ne signifie point qu'il y a une suspension générale de ce droit pendant le conflit armé. Au contraire, les règles concernant les civils sur le territoire d'une partie à un conflit armé procèdent de l'idée que la liberté personnelle des personnes civiles devrait être préservée. Il s'agit donc d'un droit relatif qui peut être restreint»[105].

Elle en déduit ensuite que seule la nécessité absolue, fondée sur les exigences de la sécurité de l'État, peut justifier le recours à ces mesures et encore à l'unique condition que cette sécurité ne puisse être préservée par d'autres moyens moins rigoureux[106].

Cela étant, la Chambre note opportunément que les mesures de contrôle et de sécurité que la puissance détentrice est autorisée à prendre ne sont pas spécifiées dans les dispositions applicables de la IV[e] Convention et que, par conséquent, la nature de l'activité préjudiciable à la sécurité interne ou externe de la puissance détentrice et susceptible de justifier un internement est largement laissée à la seule appréciation des autorités de cette dernière[107]. Pourtant, elle poursuit affirmant que cette large marge d'appréciation ne peut se résumer à l'arbitraire; son principal apport a consisté alors à délinéer plus précisément les circonstances préjudiciables à la sécurité pouvant légitimer des mesures restrictives de liberté.

À cet égard, le Tribunal note que l'évolution récente des normes du droit international rejette sans ambiguïté l'idée que les décisions d'emprisonnement

104 Voir l'art. 42(1) de la IV[e] Convention de Genève.

105 *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 565).

106 *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 576). La Chambre d'appel en déduit, dans son jugement du 20 février 2001 en la même affaire, que «la détention de civils contre leur gré lorsque la sécurité de la Puissance détentrice ne l'exige pas est illégale».

107 «Il revient en grande partie aux autorités de l'État de décider des activités préjudiciables à la sécurité intérieure ou extérieure de l'État qui justifient l'internement ou la mise en résidence forcée»; *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 574).

puissent constituer *de facto* une mesure collective visant un groupe spécifique de personnes, essentiellement en raison de son origine ethnique. Il doit s'agir, par conséquent, de mesures individuelles, prises au coup par coup, et qui ne peuvent être motivées simplement par le fait qu'un sujet soit de la nationalité ou de la même opinion qu'une Puissance ennemie[108]. De même, la Chambre affirme que le fait d'être un homme en âge de porter les armes ne peut seul justifier l'application de telles mesures[109]. Seules les menées subversives conduites sur le territoire d'une partie au conflit ou les actes favorisant directement une partie ennemie tomberaient dans la catégorie des agissements attentatoires à la sécurité de l'État, et légitimeraient l'internement d'une personne qui représenterait, par ses activités, connaissances ou qualifications, une menace véritable pour la sécurité d'une partie belligérante[110]. On peut cependant regretter que la Chambre se soit arrêtée en si bon chemin et qu'elle ait renoncé à établir si la détention de civils en possession d'armes qui auraient pu être ou auraient effectivement été utilisées contre les forces de Bosnie-Herzégovine était nécessaire pour assurer la sécurité de la puissance détentrice et pouvaient donc se justifier au regard du DIH[111]

Par ailleurs, la Chambre rappelle que le droit conventionnel impose le respect d'un certain nombre de garanties procédurales pour les civils ainsi détenus, parmi lesquelles figure en bonne place le droit d'introduire un recours contre la décision de mise en détention et le droit de voir cette décision régulièrement reconsidérée[112]. En tout état de cause, et même si la détention initiale des civils était justifiée au regard du DIH, la détention prolongée constituerait donc une violation dès lors que les détenus n'ont pas bénéficié de ces garanties procédurales fondamentales[113].

108 *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 1130-1134).

109 *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 576-577).

110 *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 576-577). Dans l'affaire *Kordic*, la Chambre de première instance a spécifié que «la notion d'activité préjudiciable à la sécurité de l'État vise avant tout l'espionnage, le sabotage, la collusion avec le gouvernement ou les ressortissants ennemis, et exclut, par exemple, l'attitude politique d'un individu à l'égard de l'État» ; jugement du 21 février 2001 (para. 280).

111 *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 1131). La Chambre se contente beaucoup plus modestement d'affirmer, exemples à l'appui, que certains des civils détenus ne pouvaient représenter une menace suffisamment grave pour justifier leur détention. Elle en conclut donc qu'un grand nombre de personnes ont été incarcérées dans le camp de *Celebici* sans qu'aucune raison sérieuse ou légitime ne permette de conclure qu'ils menaçaient la sécurité de l'État bosniaque.

112 Voir l'art. 43 de la IV[e] Convention de Genève.

113 Le Tribunal constate qu'une commission d'enquête militaire a bien été créée afin de déterminer les crimes éventuellement commis par les personnes détenues dans ce camp. Mais l'autorité de ladite commission se limitait de fait à ouvrir des enquêtes sur les prisonniers et à les interroger pour obtenir des informations sur d'autres personnes non encore détenues et soupçonnées de rébellion armée. Cette commission

Conclusion

Au terme de cette brève présentation de la jurisprudence du TPIY, on peut affirmer que l'apport de cette jurisprudence au droit international humanitaire se situe dans trois directions distinctes mais qui se recoupent les unes les autres. En premier lieu, le Tribunal a affirmé le caractère coutumier d'un certain nombre de principes qui lient donc tous les États, qu'ils soient ou non parties aux instruments conventionnels qui les contiennent. Par le biais de la consécration du caractère coutumier de certaines normes, le Tribunal a, deuxièmement, contribué à considérablement rétrécir le fossé séparant les règles substantielles applicables dans le cadre des conflits armés internationaux et non internationaux. Enfin, par son interprétation parfois très libérale de certaines dispositions relativement anciennes du droit de La Haye comme du droit de Genève, le Tribunal a contribué à une certaine adaptation du DIH pour tenir compte des réalités modernes.

La vraie question n'est donc pas de savoir si le TPIY a beaucoup apporté au DIH – tout le monde s'accordera sur ce point – mais, assez bizarrement, de déterminer s'il ne lui a pas trop apporté. Geoffrey Best se fait, dans son principal ouvrage, l'écho d'une anecdote qui nous aidera à préciser ce point. Au cours de la négociation des Conventions de Genève de 1949, une représentante de la délégation française, probablement irritée par la position jugée trop conservatrice du colonel Hodgson, chef de la délégation australienne, interpella ce dernier, lui demandant s'il considérait que l'objet de la Conférence visait à protéger les intérêts des civils ou des États. La réponse tomba, cinglante: tant les États que les civils sont titulaires de droits et d'obligations au regard du DIH, et le succès de la Conférence dépend uniquement de la capacité d'assurer un compromis équilibré entre les deux[114]! Le message sous-jacent est simple: l'objectif final du DIH, qui consiste à assurer la protection des victimes contre les effets des hostilités, ne pourra être atteint qu'avec le consentement et la participation directe des États. En effet, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles ce *corpus iuris* s'applique et des intérêts en jeu, toute tentative de développement du DIH contre la volonté des États semble vouée à l'échec.

n'avait pas les pouvoirs nécessaires pour prononcer définitivement la libération des prisonniers détenus sans motifs valables. Et même lorsqu'ils en avaient fait la demande, les membres de la commission n'avaient aucun moyen de vérifier si les prisonniers étaient effectivement libérés; *Celebici*, jugement du 16 novembre 1998 (para. 1135-1137).

114 G. Best, *War and Law since 1945*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 105-106.

On peut, certes, argumenter que, conscients des difficultés inhérentes à toute réforme conventionnelle, les États se seraient accordés sur la voie coutumière pour rénover le DIH et l'adapter aux réalités sociales contemporaines. Loin de créer du droit, le TPIY aurait alors simplement fait preuve de sa très grande capacité d'appréhender une réalité coutumière en perpétuel mouvement; pour reprendre une image fort heureuse, sa jurisprudence ne serait donc que le reflet d'une « coutume à grande vitesse »[115]. Pourtant, il faut bien l'admettre, certains développements du Tribunal semblent relever bien plus de la création prétorienne que de la pratique et de l'*opinio iuris* des États.

On peut alors imaginer, sur la base de l'aura dont jouit le Tribunal et de la qualité de ses raisonnements, que de telles assertions joueront un rôle d'aiguillon et conduiront les États à endosser, *ex post facto*, la réforme du DIH conduite par les juges du Tribunal. C'est, naturellement, tout le mal que nous leur souhaitons. Cela étant, il n'est pas non plus totalement exclu qu'un certain nombre d'États contestent les conclusions du Tribunal, jugées trop progressistes. Les conséquences immédiates seraient alors désastreuses tant pour le DIH lui-même que pour la crédibilité de la justice pénale internationale. Cela n'empêcherait pourtant pas ces idées, toujours orientées vers une meilleure protection des victimes, de triompher à terme, lorsque les générations futures de juristes internationaux s'en seront imprégnées...

115 L. Condorelli, « La Cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », *RGDIP*, 1999 (1), p. 12.

Abstract

Ten years after the creation of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: evaluation of the impact of its jurisprudence on international humanitarian law

Jean-François Quéguiner

The initial uncertainties as to the eventual capacity of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to accomplish its mandate can definitively be relegated to the archives of history and the creation of this Tribunal be heralded as a major step in the quest to develop mechanisms to implement international humanitarian law. But after ten years of existence, it appears that the role of the Tribunal cannot be limited to the mere enforcement of international humanitarian law: while exercising its repressive function, the Tribunal has been interpreting this complex area of law and — in so doing — has greatly contributed to a more progressive vision of international humanitarian law. The aim of this article is to briefly set out the more important contributions of this judicial hermeneutic reading of international humanitarian law.

It is argued that the Tribunal contributed to international humanitarian law in three ways, which interact with each other: first, by affirming the customary nature of a certain number of principles; second, by reducing the substantive gap separating the rules applicable to international versus non-international armed conflicts; and finally, by adapting international humanitarian law to modern realities through a liberal interpretation of certain relatively old provisions of humanitarian treaties.