

NOTE D'OPINION

Ne peut-il jamais être excessif de tuer incidemment des médecins militaires ?

Laurent Gisel*

Laurent Gisel est conseiller juridique à la Division juridique du Comité international de la Croix-Rouge.

Résumé

Le personnel et les biens sanitaires militaires, ainsi que les combattants blessés et malades, sont protégés contre les attaques directes en vertu du principe de distinction consacré par le droit international humanitaire. Selon certains auteurs, toutefois, les principes de proportionnalité et de précaution ne les protégeraient pas. La présente note d'opinion explique que les biens sanitaires militaires constituent des biens de caractère civil en vertu des règles régissant la conduite des hostilités. Elle démontre aussi que, au regard de l'objet et du but du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, les victimes incidentes auxquelles on peut s'attendre dans les rangs du personnel sanitaire militaire et des combattants blessés et malades doivent être incluses parmi les victimes incidentes à prendre en considération aux fins de l'application des principes de proportionnalité et de précaution. Ceci découle en particulier de l'interprétation de l'obligation de « respecter et protéger », qui constitue l'obligation fondamentale de la protection spéciale accordée à l'ensemble du personnel sanitaire et des blessés et malades. Cette conclusion est confortée par nombre de manuels militaires ainsi que par les travaux préparatoires et le Commentaire du Protocole additionnel. Elle reflète en outre le droit coutumier.

Mots-clés : droit international humanitaire, conduite des hostilités, proportionnalité, précautions, pertes et dommages incidents, biens de caractère civil, objectifs militaires, personnel sanitaire militaire, biens sanitaires militaires, combattants blessés et malades, respect et protection de la mission médicale.

.....

* Les avis exprimés dans la présente note d'opinion n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas nécessairement le point de vue du CICR. L'auteur tient à remercier Alexander Breitegger, Bruno Demeyere et Jean-François Quéguiner pour leurs observations judicieuses sur les versions antérieures de cette note.

Il y a un siècle et demi, la première codification de ce que l'on appellerait le « droit de Genève » prévoyait la protection du personnel et des biens sanitaires militaires, ainsi que des combattants blessés et malades¹. Nul ne conteste aujourd'hui qu'ils sont tous protégés contre les attaques directes, en vertu non seulement des règles spécifiques protégeant le personnel, les unités et les moyens de transport sanitaires ainsi que les blessés et les malades (ce qui est désigné ci-après par « la protection spéciale »²), mais aussi des règles régissant la conduite des hostilités³.

Cependant, certains auteurs ont affirmé récemment que le personnel et les biens sanitaires militaires ou les combattants blessés et malades ne seraient pas protégés par les principes de proportionnalité et de précaution parce que les règles pertinentes du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 ne se réfèrent qu'aux pertes incidentes en vies humaines dans la population *civile*, aux blessures aux personnes *civiles* et aux dommages aux biens de *caractère civil*. Pour Solis, notamment, « la présence de membres non combattants des forces armées sur un objectif militaire n'oblige pas un agresseur à prendre des précautions particulières, contrairement à la présence de civils⁴ », tandis que pour Henderson⁵ et Bartels⁶, les unités et le personnel sanitaires militaires ou les personnes hors de

- 1 Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, Genève, 22 août 1864. Dans la présente note d'opinion, les termes « blessés » et « malades » sont utilisés dans le sens de la définition qui en est donnée à l'article 8.a) du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, 1125 UNTS 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (ci-après PA I). Cette définition s'applique aussi aux conflits armés non internationaux. Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (édition et coordination), *Commentaire des Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1986 (ci-après *Commentaire du CICR*), para. 4637.
- 2 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne du 12 août 1949, 75 UNTS 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (ci-après CG I) ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, 75 UNTS 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (ci-après CG II) ; art. 8 et suivants du PA I ; art. 7 et suivants du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 8 juin 1977, 1125 UNTS 609 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (ci-après PA II) ; CICR, *Droit international humanitaire coutumier, Vol. I : Règles*, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir. de publication), Bruylant, Bruxelles, 2006 (ci-après *Étude du CICR sur le droit coutumier*), règles 25–30 et 109–111.
- 3 Art. 41 et 48 *in fine* du PA I ; règle 1, deuxième phrase, de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2.
- 4 Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 191 [traduction CICR].
- 5 Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 195–196 (pour les unités sanitaires) et p. 206 (pour le personnel sanitaire).
- 6 Rogier Bartels, « Dealing with the principle of proportionality in armed conflict in retrospect: the application of the principle in international criminal trials », in *Israel Law Review*, vol. 46, n° 2, juillet 2013, p. 304. Si Bartels conclut, en se fondant sur l'article 50 du PA I, que les personnes hors de combat qui ne sont pas des civils, telles que les soldats blessés, ne bénéficient pas de la protection du principe de proportionnalité au sens du PA I ou du Statut de Rome, il n'indique pas clairement s'il considère que cette protection existe au titre du DIH coutumier. Il affirme en effet que : « nous avançons ici que principe de proportionnalité est plus large que les règles qui l'ont codifié dans le Protocole additionnel I. Le principe sous-tendant les articles 52 et 57 de ce Protocole inclurait les attaques contre des objectifs militaires qui seraient interdites parce qu'elles causeraient des dommages excessifs à des personnes ne pouvant pas être prises directement pour cible aux termes du DIH – non seulement les civils, mais

combat telles que les soldats blessés ne bénéficient pas de la protection conférée par le principe de proportionnalité. Cette interprétation signifierait que, sauf l'interdiction des attaques sans discrimination, les règles régissant la conduite des hostilités ne restreindraient pas les pertes en vies humaines ou les blessures causées incidemment parmi le personnel sanitaire militaire et les combattants blessés et malades, ni les dommages incidents aux biens sanitaires militaires, lors d'attaques dirigées contre des combattants valides ou des objectifs militaires.

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a un avis contraire⁷. Afin de pouvoir apporter le plus rapidement possible les soins médicaux et l'attention nécessaires aux blessés et aux malades, le personnel, les unités et les moyens de transport sanitaires – en particulier militaires – doivent souvent intervenir à proximité des combats, surtout dans les situations de guerre urbaine. Il est donc particulièrement important de garantir leur protection contre les pertes en vies humaines, les blessures ou les dommages causés incidemment.

La question en cause se limite au personnel et aux biens sanitaires militaires, ainsi qu'aux combattants blessés et malades. En effet, le personnel et les biens sanitaires civils, tout comme les civils blessés et malades, demeurent des personnes et des biens civils et sont protégés en tant que tels en vertu des règles régissant la conduite des hostilités. La présente note d'opinion s'attachera donc à analyser si les pertes en vies humaines et les blessures qu'on peut s'attendre de causer incidemment parmi le personnel sanitaire *militaire* ou les *combattants* blessés et malades, ainsi que les dommages à des biens sanitaires *militaires*, sont couverts par les principes de proportionnalité et de précaution.

Après avoir rappelé la teneur de ces principes, nous examinerons la question de savoir si les biens sanitaires militaires relèvent de la définition des objectifs militaires ou sont en réalité des biens de caractère civil. Nous nous intéresserons ensuite aux personnes pour analyser la protection contre les pertes en vies humaines ou les blessures causées incidemment, tant en vertu des règles spécifiques protégeant le personnel sanitaire et les blessés et malades que des règles régissant la conduite des hostilités. La présente note fait valoir qu'il serait contraire à ces règles d'exclure le personnel et les biens sanitaires militaires, ainsi que les combattants blessés et malades, de l'évaluation des dommages incidents aux fins de l'application des principes de proportionnalité et de précaution. Elle montre enfin que l'on trouve dans la pratique des États et les travaux préparatoires du Protocole additionnel I des éléments étayant un point de vue inclusif. Cette note conclut donc que toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises pour éviter, ou en tout

les personnes hors de combat » (p. 304) [traduction CICR]. Les arguments de Bartels concernant l'art. 8.2.b) iv) du Statut de Rome débordent le cadre de la présente note d'opinion.

7 « Pour le CICR, toute évaluation, au titre du principe de proportionnalité, des dommages incidents auxquels on peut s'attendre doit tenir compte des pertes ou blessures que pourraient subir l'ensemble du personnel sanitaire, y compris le personnel sanitaire militaire, et les combattants hors de combat. Ceci découle de l'obligation fondamentale de respecter et protéger ces personnes » [traduction CICR], 14^e Colloque de Bruges, 17 et 18 octobre 2013, discours liminaire prononcé par Mme Christine Beerli, vice-présidente du CICR, disponible en anglais à l'adresse : www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/2013/10-18-protected-person-bruges.htm (dernière consultation le 3 avril 2014). Voir également l'article d'Alexander Breitegger dans le présent numéro de la Revue.

cas réduire au minimum, les dommages qui pourraient être causés incidemment au personnel et aux biens sanitaires militaires ainsi qu'aux combattants blessés et malades. Si l'on peut s'attendre à ce que ces dommages incidents soient excessifs par rapport à l'avantage militaire direct et concret attendu, cela rend l'attaque illicite au regard du principe de proportionnalité.

Il est admis dans la présente note que le personnel et les biens sanitaires militaires ne commettent pas ou ne sont pas utilisés pour commettre, en dehors de leur fonction humanitaire, des actes nuisibles à l'ennemi, et que les combattants blessés et malades s'abstiennent de tout acte d'hostilité⁸.

Les principes de proportionnalité et de précaution

Les principes de proportionnalité et de précaution sont décrits principalement dans les articles 51, 57 et 58 du Protocole additionnel I, qui énoncent des règles de droit international humanitaire (DIH) coutumier applicables dans les conflits armés internationaux et non internationaux pour la plupart – sinon de la totalité – des aspects concernés.

Ces deux principes n'interdisent pas tout dommage incident aux personnes et biens protégés contre les attaques directes. En revanche, ils imposent des limites à ces dommages. Le principe de proportionnalité interdit les attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines et des blessures parmi les personnes civiles et des dommages aux biens de caractère civil qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu⁹. Le principe de précaution, lui, exige des parties au conflit qu'elles veillent constamment, dans la conduite de leurs opérations militaires, à épargner la population civile et les biens de caractère civil. Un certain nombre de règles précises découlant de ce principe visent à éviter ou, en tout cas, à réduire au minimum les pertes en vies humaines, les blessures et les dommages qui pourraient être causés incidemment lors d'une attaque¹⁰. Les parties au conflit doivent aussi prendre toutes les précautions pratiquement possibles pour protéger contre les effets des attaques la population et les biens civils soumis à leur autorité¹¹.

Parmi les règles découlant du principe de précaution, l'obligation de prendre toutes les précautions pratiquement possibles pour vérifier que la cible est bien un objectif militaire, et d'annuler ou d'interrompre une attaque lorsqu'il apparaît que tel n'est pas le cas, inclut expressément l'obligation de vérifier que l'objectif à attaquer ne fait pas l'objet d'une *protection spéciale*. Cela va plus loin que le seul fait de vérifier

8 Pour le personnel et les biens sanitaires, voir l'article 21 de la CG I, l'article 13 du PA I, l'article 11 du PA II, et les règles 25, 28 et 29 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2. Pour les blessés et les malades, voir la définition figurant à l'article 8.a) du PA I.

9 Art. 51.5.b) du PA I ; règle 14 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2.

10 Art. 57 du PA I ; règles 15–21 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2.

11 Art. 58 du PA I ; règles 22–24 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2.

que les cibles ne sont ni des personnes civiles ni des biens civils¹². Le personnel et les biens sanitaires militaires, ainsi que les combattants blessés et malades, jouissent évidemment tous d'une telle protection spéciale.

En revanche, toutes les autres règles découlant du principe de précaution¹³ et du principe de proportionnalité¹⁴ ne mentionnent que les victimes civiles collatérales et les dommages incidents aux biens civils auxquels on peut s'attendre. On pourrait en déduire que ces règles ne s'appliquent pas aux personnes et biens protégés autres que les personnes civiles et les biens de caractère civil. Nous montrerons que cette conclusion ne résiste pas à une lecture attentive du droit.

Les biens sanitaires militaires sont des biens de caractère civil au regard des règles régissant la conduite des hostilités

Les hôpitaux militaires et les autres lieux où étaient rassemblés les combattants malades et blessés étaient déjà protégés en vertu de l'expression du principe de précaution que l'on trouvait, dès 1907, dans le Règlement de La Haye – qui a été considéré comme faisant partie du DIH coutumier¹⁵. En effet, ce règlement s'appliquait à eux sans aucune distinction fondée sur leur caractère civil ou militaire : « Dans les sièges et bombardements, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, autant que possible, [...], les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire¹⁶. »

12 « Article 57 – Précautions dans l'attaque
[...]

2. En ce qui concerne les attaques, les précautions suivantes doivent être prises :

a) ceux qui préparent ou décident une attaque doivent :

i) faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52, et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque ;

[...]

b) une attaque doit être annulée ou interrompue lorsqu'il apparaît que son objectif n'est pas militaire ou *qu'il bénéficie d'une protection spéciale* » [italique ajouté].

13 Les articles 57.1 et 57.5 du PA I mentionnent « la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil » ; l'article 57.2.a) ii) précise « les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil » ; l'article 57.2.c) parle de « la population civile » ; les articles 57.3 et 57.4 parlent de « personnes civiles », de « vies humaines dans la population civile » et de « biens de caractère civil » ; l'article 58, quant à lui, mentionne « la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil ».

14 Les articles 51.5.b), 57.2.a) iii), et 57.2.b), deuxième phrase, du PA I précisent tous « des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages ».

15 Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704, 3 mai 1993, para. 41. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, para. 87.

16 Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907 (entré en vigueur le 26 janvier 1910), Règlement, art. 27, alinéa premier. On trouve la même disposition dans les Règles de

En vertu du DIH contemporain, la question est simple en ce qui concerne les unités et moyens de transport sanitaires militaires, et de façon plus générale tous les biens sanitaires militaires (y compris les stocks de sang, les médicaments ou tous autres équipements ou fournitures purement médicaux même en dehors d'une unité sanitaire). Pour ce qui est des biens, le DIH, tant conventionnel que coutumier, définit les objectifs militaires en ces termes :

*les objectifs militaires sont limités aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis*¹⁷.

En stipulant que le bien en cause doit apporter une contribution effective à l'action militaire et que l'avantage militaire doit être précis, cette définition exclut notamment les biens qui n'apportent qu'une contribution indirecte ou des avantages qui ne seraient qu'hypothétiques ou spéculatifs¹⁸. Elle a été soigneusement élaborée de façon à éviter une interprétation trop large de la notion d'objectif militaire qui saperait le principe de distinction.

Bien qu'ils appartiennent au domaine militaire, les biens sanitaires militaires – du moins aussi longtemps qu'ils ne sont pas utilisés en dehors de leur fonction humanitaire pour commettre des actes nuisibles à l'ennemi¹⁹ – n'apportent pas une contribution effective à l'action militaire, et leur destruction ne peut être considérée comme offrant un avantage militaire précis. Comme ils ne remplissent aucune des deux conditions cumulatives énoncées dans la définition de l'objectif militaire, ils ne constituent pas des objectifs militaires. L'affirmation de Henderson selon laquelle les unités sanitaires militaires satisferaient *a priori* aux critères d'un objectif militaire ne résiste pas à une lecture plus rigoureuse de la définition de l'objectif militaire en droit international humanitaire²⁰.

La Haye de 1923 concernant la guerre aérienne, art. XXV ; voir « General Report of the Commission of Jurists at the Hague », in *The American Journal of International Law*, vol. 17, n° 4, Supplement: Official Documents, octobre 1923, p. 242–260.

17 Art. 52.2 du PA I ; règle 8 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2.

18 Knut Doermann, « Obligations of international humanitarian law », in *Military and Strategic Affairs*, vol. 4, n° 2, septembre 2012, p. 11–23, p. 15 ; Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1982, p. 326 ; Marco Sassòli et Lindsey Cameron, « The protection of civilian objects: current state of the law and issues of lege ferenda », in Natalino Ronzitti et Gabriella Venturini (dir. de publication), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, Eleven International, La Haye, 2006, p. 35–74, p. 48.

19 Être « utilis[és] pour commettre, en dehors de leur destination humanitaire, des actes nuisibles à l'ennemi » constitue la condition entraînant la perte de la protection spéciale accordée aux biens sanitaires en raison de leur fonction (sous réserve d'autres mesures de sauvegarde telles que l'obligation d'effectuer une sommation) ; voir art. 21 de la CG I et art. 13 du PA I ; règles 28–29 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2.

20 I. Henderson, *supra* note 5, p. 195. Henderson tient aussi un raisonnement quelque peu circulaire selon lequel les biens sanitaires bénéficieraient d'une protection spéciale parce qu'ils constitueraient en premier lieu des objectifs militaires, ce qui prouverait qu'ils n'ont pas droit à la protection générale accordée aux biens civils. Ceci signifierait logiquement que les unités sanitaires civiles – ou tout autre bien (ou personne) spécialement protégé – devraient également être considérées comme des objectifs militaires parce que, autrement, elles n'auraient pas besoin de la protection spéciale. Pour l'auteur de la présente note, cet argument n'est donc pas non plus convaincant.

Les biens de caractère civil sont définis à l'article 52, paragraphe 1 du Protocole additionnel I ainsi que dans le DIH coutumier²¹ comme étant tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de ce même article. Quel que soit le sens usuel ou familier des termes, les moyens de transport, unités et autres biens sanitaires militaires sont donc des « biens de caractère civil » au regard du droit régissant la conduite des hostilités²². Cette conclusion est renforcée par les Commentaires du CICR sur les projets de Protocoles additionnels de 1973²³. Aussi longtemps qu'ils ne correspondent pas à la définition des objectifs militaires, les biens sanitaires militaires bénéficient donc de toutes les protections conférées aux biens civils en vertu des règles régissant la conduite des hostilités. Ces protections comprennent l'obligation de tenir compte, dans les évaluations effectuées aux fins de la proportionnalité, des dommages incidents aux moyens de transport, unités ou autres biens sanitaires militaires auxquels on peut s'attendre, ainsi que l'obligation de prendre toutes les précautions pratiquement possibles pour éviter ou, en tout cas, réduire au minimum les dommages qui pourraient être causés incidemment à ces biens. Il convient de noter que cette conclusion découle aussi des dispositions conférant une protection spéciale aux biens sanitaires, comme cela sera développé plus bas pour les personnes.

Le personnel sanitaire militaire et les combattants blessés et malades doivent être inclus dans la notion de « victimes incidentes »

L'article 50.1 du Protocole additionnel I donne la définition suivante des civils :

[e]st considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A, 1), 2), 3), et 6) de la IIIe Convention et à l'article 43 du présent Protocole.

Ledit article 43 définit les forces armées d'une partie à un conflit. En d'autres termes, les civils sont donc les personnes qui ne sont pas membres des

21 Règle 9 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2.

22 La règle 22.a) du *Manuel de droit international applicable à la guerre aérienne*, H.P.C.R, Berne, 2009 (ci-après *Manuel H.P.C.R sur la guerre aérienne*) exclut expressément les véhicules de transport médical des véhicules militaires dans les exemples qu'elle donne d'objectifs militaires par nature. Dinstein a le même raisonnement en ce qui concerne les camps de prisonniers de guerre : Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2^e édition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, para. 305.

23 Les Commentaires du CICR sur les projets de Protocoles additionnels de 1973 exposent clairement, s'agissant des paragraphes qui contenaient notamment les projets de règles relatives à la proportionnalité (projets d'art. 50.1.a) et b), qui sont devenus les articles 57.2.a)i) et iii) et 57.2.b) du PA I) : « L'ensemble de ces facteurs, et leurs influences probables ou possibles sur des civils et sur des biens protégés, seront donc pris en considération au moment de la préparation, de la décision (lettre a) et de l'exécution (lettre b) de l'attaque. » Une note de bas de page concernant les mots « biens protégés » précise : « Non seulement au sens de l'art. 47, al. 2 [qui mentionne les « biens destinés à la population civile... ainsi que tous les biens qui ne sont pas des objectifs militaires »], mais tout bien protégé par le droit international conventionnel ou coutumier (*hôpitaux civils et militaires*, biens culturels, zones sanitaires et de sécurité, etc.) » [italique ajouté]. CICR, *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Commentaires, Genève, 1973, p. 68, note 32.

forces armées d'un État²⁴ ou (pour les conflits armés non internationaux) d'un groupe armé organisé d'une partie non étatique à un conflit²⁵. La position de Henderson et de Bartels, excluant le personnel sanitaire et les combattants blessés et malades de l'évaluation des « victimes incidentes » à effectuer aux fins de l'application du principe de proportionnalité, est fondée sur la définition des civils au sens de l'article 50 du Protocole additionnel I²⁶.

L'argumentation exposée plus haut pour les biens ne peut pas être simplement reprise telle quelle pour les personnes. Nous avançons néanmoins que le personnel sanitaire militaire et les combattants blessés et malades doivent être inclus dans la notion de « victimes incidentes » aux fins de l'application des principes de proportionnalité et de précaution. Ceci découle de l'interprétation des règles spécifiques protégeant le personnel sanitaire et les blessés et malades, ainsi que des règles régissant la conduite des hostilités.

Les personnes ne sauraient être moins protégées que les biens

Il serait absurde que les *biens* sanitaires militaires soient protégés par les principes de proportionnalité et de précaution et que le *personnel* sanitaire militaire ne le soit pas. Non seulement ce serait faire peu de cas de la valeur de la vie humaine par rapport à celle des objets, mais ce serait contraire à la raison d'être essentielle de la protection spéciale, qui est la même pour le personnel et les biens sanitaires militaires : cette protection leur est accordée en raison de leur fonction, qui est d'apporter aux blessés et aux malades les soins médicaux et l'attention dont ils ont besoin.

La protection spéciale est plus stricte que les règles protégeant la population civile

Les règles spécifiques protégeant le personnel, les moyens de transport et les unités sanitaires sont, à certains égards, plus strictes que les règles protégeant la population civile²⁷. Des emblèmes protecteurs ont été créés pour mettre en évidence cette protection spéciale, précisément pour faire en sorte que ce personnel et ces moyens de transport et unités soient protégés contre les dangers des hostilités. Il est donc non seulement illogique, mais contraire au système de la protection spéciale

24 Règle 5 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2. Les personnes participant à une levée en masse ne sont pas non plus des civils : voir l'article 4.A.6) de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949, 75 UNTS 135 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).

25 Pour le concept de civil dans les conflits armés non internationaux, voir CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, 2010, p. 29 et suivantes.

26 I. Henderson, *supra* note 5, p. 206 ; R. Bartels, *supra* note 6, p. 304.

27 Par exemple, la protection spéciale accordée au personnel, aux moyens de transport et aux unités sanitaires, qu'ils soient militaires ou civils, ne cessera qu'après due sommation (art. 21 de la CG I, art. 19 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, 75 UNTS 287, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 [ci-après CG IV], art. 13 du PA I, et art. 11 du PA II), tandis qu'aucune sommation n'est exigée avant que l'on puisse diriger une attaque contre un civil (autre qu'un civil ayant droit à une protection spéciale, tels les membres du personnel sanitaire civil) qui participe directement aux hostilités.

d'affirmer que les personnes bénéficiant de ladite protection spéciale seraient moins protégées que celles qui bénéficient d'une protection générale en raison de leur statut de personnes civiles.

L'obligation de « respecter et protéger » le personnel sanitaire ainsi que les blessés et les malades implique l'obligation d'éviter qu'ils ne soient tués ou blessés incidemment

Fondamentalement, l'obligation d'éviter ou, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines ou les blessures parmi le personnel sanitaire et les blessés et malades, tout comme l'interdiction de leur causer incidemment des pertes et blessures excessives, découlent directement de l'obligation de « respecter et protéger » ces personnes.

Contrairement à l'interdiction des attaques directes contre des unités sanitaires ou des combattants hors de combat²⁸, l'interdiction des attaques directes contre le personnel sanitaire militaire n'est énoncée expressément nulle part. Elle n'est cependant pas contestée et découle directement de l'obligation plus générale de respecter et protéger le personnel sanitaire. Il n'y a, à l'évidence, pas de raison que l'obligation découlant de cette protection générale soit limitée à l'interdiction des attaques directes et ne s'étende pas à toutes les règles régissant la conduite des hostilités. À cet égard, il est révélateur que les mêmes termes, « respecter et protéger », soient utilisés dans la règle fondamentale protégeant les civils contre les dangers des hostilités²⁹ et dans les règles protégeant les blessés et les malades ainsi que le personnel sanitaire, qu'ils soient civils ou militaires³⁰. S'agissant des soldats blessés et malades, le Commentaire du CICR sur la 1^{re} Convention de Genève, qui parut plus de 20 ans avant l'adoption du Protocole additionnel I, précisait déjà :

« Respecter », [...] signifie « épargner, ne point attaquer », tandis que « protéger » veut dire « prendre la défense de quelqu'un, prêter secours et appui ». En introduisant ces mots, l'on interdit d'une part à l'adversaire d'attaquer le soldat qui a lâché ses armes et est tombé, de le tuer, de le maltraiter, de lui nuire en quelque manière, et on lui impartit d'autre part le devoir de lui venir en aide et de lui donner les soins que nécessite son état³¹.

28 Voir : art. 19, alinéa premier de la CG I, art. 12.1 du PA I, et art. 11.1 du PA II pour les unités sanitaires, et art. 41 du PA I pour les personnes hors de combat. Les règles relatives à la protection de la mission médicale n'interdisent pas non plus expressément les attaques directes contre le personnel sanitaire civil (voir art. 20 de la CG IV et art. 9 du PA II), bien que ce personnel jouisse de la protection que confère l'interdiction générale de diriger des attaques contre des civils.

29 Voir l'article 48 du PA I, le premier article du Titre IV du Protocole additionnel I, dans lequel sont élaborés les trois principes de distinction, de proportionnalité et de précaution.

30 Pour les blessés et les malades, voir : art. 12 de la CG I, art. 10 du PA I et art. 7 du PA II. Pour le personnel sanitaire, voir : art. 24 de la CG I, art. 20 de la CG IV, art. 15 du PA I, et art. 9 du PA II ; règle 27 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2. Le Commentaire du CICR sur l'article 48 du PA I (*supra* note 1, para. 1872) fait le lien entre les termes utilisés dans les articles 10 et 48 du PA I.

31 Jean Pictet (directeur de publication), *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume I. Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, 1952, Genève, 1952, p. 148, sur l'article 12 de la CG I.

Cette conception était également valable pour l'obligation de respecter et protéger le personnel sanitaire militaire³² et a été confirmée après l'adoption du Protocole additionnel I³³. Bugnion explique que la protection implique « une obligation d'agir : l'obligation de prendre toutes les précautions dans l'attaque ou la défense afin de ne pas exposer inutilement les militaires blessés ou malades³⁴ ».

En ce qui concerne les hôpitaux civils, le Commentaire du CICR sur la 1^{re} Convention de Genève de 1949 soulignait déjà que la protection spéciale devait s'étendre aux dommages incidents :

C'est pourquoi il faut considérer que cette interdiction a une portée plus large [que l'interdiction des attaques dirigées délibérément contre des hôpitaux] [...] ; les belligérants ont l'obligation générale de tout faire pour épargner les hôpitaux. [...] En attaquant ces objectifs [militaires], l'assaillant doit prendre, [...] des précautions particulières pour épargner autant que possible les hôpitaux [...] L'obligation générale d'épargner les hôpitaux commande que [...] les deux belligérants prennent des précautions pour que cet établissement ait le moins possible à souffrir des attaques et des hostilités en général³⁵.

Selon Parks, « [l]es dispositions [articles 19 de la CG I et 18 de la CG IV] sont importantes en ce qu'elles reconnaissent la responsabilité *partagée* de limiter les dommages collatéraux ou, en d'autres termes, ne font pas peser la responsabilité de limiter les dommages ou blessures collatéraux exclusivement sur l'assaillant³⁶ ». Ceci implique qu'il incombe aussi à un assaillant de limiter les dommages qui pourraient

32 *Ibid.*, p. 243, sur l'article 12 de la CG I. Le Commentaire du CICR sur l'article 19 de la CG I en fait de nouveau mention en ce qui concerne les unités sanitaires militaires : *ibid.*, p. 217.

33 Commentaire du CICR sur l'article 10.1 du PA I (supra note 1), para. 446 : « 'Respecter' signifie épargner, ne point attaquer, alors que 'protéger' veut dire "prendre la défense de quelqu'un, prêter secours et appui". Il est donc interdit d'attaquer le blessé, malade ou naufragé, de le tuer, le maltraiter ou lui nuire en quelque manière, mais il est aussi exigé de lui venir en aide. » Le sens des termes « respecter et protéger » tels qu'ils sont expliqués dans les Commentaires de la CG I et du PA I pourrait impliquer une protection plus forte que l'interdiction de causer incidemment des dommages excessifs, car les Commentaires précisent qu'il est interdit de tuer, blesser ou nuire « en quelque manière » que ce soit. A priori, on pourrait considérer qu'il y a là interdiction de causer incidemment *quelque dommage que ce soit* à ces personnes bénéficiant d'une protection spéciale.

34 François Bugnion, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, 2^e édition, CICR, Genève, 2000, p. 537 et suivantes.

35 Jean Pictet (directeur de publication), *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume IV. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1956, p. 158-159, sur l'article 18. Là aussi, l'argument de Henderson selon lequel « rien dans l'historique de la rédaction de l'article 19 de la CG I [...] n'indique que la formule "respectés et protégés" pourrait signifier que les dommages collatéraux à des unités sanitaires militaires doivent être pris en considération lorsque l'on détermine la proportionnalité d'une attaque contre un objectif militaire proche » n'est pas convaincant, et ce, même s'il portait sur des personnes et non sur des biens (I. Henderson, supra note 5, p. 196) [traduction CICR]. En 1949, la règle de la proportionnalité n'était pas encore apparue aussi clairement que ce ne serait le cas plus tard dans l'article 51 du PA I, si bien qu'il est difficile de tirer des conclusions à cet égard de l'historique de la rédaction des Conventions de Genève traitant spécifiquement de la proportionnalité ; en revanche, l'historique de la rédaction établit clairement que l'obligation de respecter et de protéger doit être comprise au sens large.

36 W. Hays Parks, « Air war and the law of war », in *The Air Force Law Review*, vol. 32, n° 1, 1990, p. 57.

être causés incidemment aux hôpitaux militaires. Bien que le Commentaire et Parks analysent la protection des hôpitaux, les points de vue qu'ils expriment ont leur place ici parce qu'ils éclaircissent le sens de l'obligation de « respecter et protéger » dans les dispositions traitant de la protection spéciale accordée à la fourniture de soins médicaux³⁷.

De même, lorsqu'ils analysent la portée de la protection spéciale dont bénéficient les unités sanitaires en vertu de l'article 12 du Protocole additionnel I, non seulement les deux principaux commentaires des Protocoles additionnels affirment que les unités sanitaires doivent être incluses dans la notion de dommages incidents au sens des principes de proportionnalité et de précaution, mais ils expliquent aussi que cette protection s'étend aux personnes jouissant de la protection spéciale. Le Commentaire du CICR sur le Protocole additionnel I confirme que même face à des violations commises par l'ennemi, « [q]uoi que non expressément mentionnées, ces précautions [les mesures de précaution prévues à l'article 57 (Précautions dans l'attaque)] doivent également être prises à l'égard des *blessés et malades* et, en conséquence, des unités sanitaires qui les hébergent³⁸. » Le commentaire de Bothe, Partsch et Solf précise ce qui suit :

La première phrase du paragraphe 4 [de l'article 12] est un corollaire de l'article 51, paragraphe 7. Les biens et les personnes protégés ne peuvent pas être utilisés comme « bouclier » pour protéger des cibles militaires [...] L'article 12, paragraphe 4, et l'article 19 de la 1^{re} Convention montrent que, en ce qui concerne les dommages collatéraux, les règles qui en protègent la population civile apportent aussi, du moins en principe, une solution adéquate au même problème s'agissant des unités sanitaires. Ainsi, le principe de proportionnalité s'applique également dans ce cas³⁹.

Là encore, ces commentaires donnent des précisions sur la portée de la protection spéciale.

La protection spéciale est accordée sans aucune distinction fondée sur le statut militaire ou civil des personnes y ayant droit

Le but essentiel du droit régissant la protection du personnel sanitaire, des blessés et des malades codifié dans le Protocole additionnel I est d'apporter une protection à ces personnes *sans aucune distinction* fondée sur leur statut civil ou militaire. Le Commentaire du CICR sur le Protocole additionnel I met l'accent sur ce point s'agissant des blessés et malades : « le Protocole couvre les blessés, malades et naufragés

37 Telles que l'article 10 du PA I et l'article 7 du PA II pour les blessés et les malades, et l'article 24 de la CG I et l'article 9 du PA II pour le personnel sanitaire.

38 Commentaire du CICR sur l'article 12 du PA I (*supra* note 1), para. 540 [italique ajouté].

39 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *supra* note 18, p. 118 et suivante [italique ajouté]. Le paragraphe suivant confirme que ceci fait référence au principe énoncé dans les articles 51.5.b) et 57.2.a) iii) du PA I : « Dans l'application du principe de proportionnalité à la protection des unités sanitaires contre les dommages collatéraux, tout dépend de la situation précise. Le critère déterminant de la proportionnalité est l'avantage concret et direct attendu » (p. 119) [traduction CICR].

dans leur ensemble, sans plus différencier les militaires des civils⁴⁰ ». Comme le personnel sanitaire civil et les civils blessés et malades sont incontestablement protégés par les principes de proportionnalité et de précaution, il serait contraire au but essentiel évoqué ci-dessus d'exclure le personnel sanitaire militaire ou les combattants blessés et malades de la protection offerte par ces principes.

Étant donné leur objet et leur but, les règles régissant la conduite des hostilités doivent prendre en considération les maux causés incidemment aux personnes protégées contre toute attaque directe, sans aucune distinction fondée sur leur statut militaire ou civil.

L'obligation d'accorder la même protection à l'ensemble du personnel sanitaire et des blessés et malades, qu'ils soient civils ou militaires, découle aussi directement des règles régissant la conduite des hostilités interprétées à la lumière de leur objet et leur but. Ces règles, et en particulier le principe de proportionnalité, visent à trouver un équilibre approprié entre les principes de nécessité militaire et d'humanité⁴¹. Les blessés et les malades ont droit aux mêmes soins qu'ils soient civils ou militaires. Le droit et l'éthique médicale imposent aux personnels sanitaires civil et militaire la même obligation de soigner les blessés et malades civils et militaires sans aucune distinction, qu'ils soient amis ou ennemis. Aucun d'entre eux ne figure parmi les cibles considérées comme licites en vue d'affaiblir les forces militaires de l'ennemi, et le personnel sanitaire militaire n'a pas le droit de participer directement aux hostilités⁴². On peut donc dire qu'ils ont tous la même « valeur » – ou la même absence de valeur – au regard des principes de nécessité militaire et d'humanité. Ainsi, exclure le personnel sanitaire militaire, ou les combattants blessés et malades, de la protection conférée par les principes de proportionnalité et de précaution introduirait dans les règles régissant la conduite des hostilités une distinction qui serait arbitraire au regard de l'objet et du but mêmes de ces règles – à savoir trouver un équilibre approprié entre la nécessité militaire et l'humanité⁴³.

40 Commentaire du CICR sur l'article 10 du PA I (*supra* note 1), para. 444. Voir en particulier les articles 8, 10.1 et 12.1 du PA I, ainsi que l'article 15 du PA I, qui étend au personnel civil la protection déjà accordée au personnel sanitaire militaire par l'article 24 de la CG I. Il est écrit dans l'introduction du Commentaire sur le Titre II du PA I :

« Relevons finalement les points qui nous paraissent refléter l'essentiel de l'apport aux Conventions de Genève de ce Titre II du Protocole I : [...]

2) le personnel sanitaire civil reconnu, ainsi que les unités sanitaires civiles, jouissent désormais d'une protection équivalente à celle réservée jusqu'ici au personnel et aux unités sanitaires militaires. »

41 Voir Michael N. Schmitt, « Military necessity and humanity in international humanitarian law: preserving the delicate balance », in *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n° 4, 2010, p. 795–839, p. 798. Sur le principe de proportionnalité en tant qu'expression spécifique de ces deux principes, voir M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *supra* note 18, p. 309 ; M. Sassòli et L. Cameron, *supra* note 18, p. 63 ; W. J. Fenrick, « The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare », in *Military Law Review*, vol. 98, 1982, p. 125 ; Royaume-Uni, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, JSP 383, 2004, para. 2.6.2 et 5.33.2.

42 Art. 43.2 du PA I. Les combattants blessés ou malades qui participent directement aux hostilités sont exclus de la définition des blessés et malades figurant à l'article 8.a) du PA I, qui exige qu'ils s'abstiennent de tout acte d'hostilité.

43 Bien que mentionnant l'interdiction de toute attaque directe contre un ennemi hors de combat aux

Dans leur analyse de la protection des personnes hors de combat, qui est traitée dans le Titre III (relatif aux moyens et méthodes de guerre) du Protocole additionnel I, Bothe, Partsch et Solf considèrent que le principe de proportionnalité s'applique aussi à ces personnes, puisqu'ils affirment que « le nombre de victimes collatérales auxquelles on peut s'attendre parmi les personnes hors de combat ne devrait pas être excessif par rapport à l'avantage militaire attendu⁴⁴ ».

Enfin – et tout à fait à l'opposé de l'avis de Henderson – Bothe, Partsch et Solf s'appuient sur le principe de proportionnalité pour affirmer la légalité des attaques causant incidemment des dommages aux unités sanitaires : « Un exemple évident du fait que le droit ne peut pas exempter les unités sanitaires du risque de subir des dommages collatéraux est l'existence d'infirmières sur les navires de guerre. S'il était inadmissible d'infliger des dommages collatéraux aux unités sanitaires, aucune tentative visant à couler un navire de guerre ayant à bord une infirmerie ne serait autorisée⁴⁵ ». Bien que cet avis concerne les unités sanitaires, il a sa place ici parce qu'il apporte des éclaircissements sur l'interaction entre les règles régissant la conduite des hostilités et la protection spéciale.

Utiliser toute personne protégée comme boucliers humains est un crime de guerre

Pour terminer, la disposition du Statut de Rome relative au crime de guerre consistant à utiliser des boucliers humains vient étayer la conclusion selon laquelle toutes les personnes protégées contre les attaques directes sont également protégées au titre du principe de proportionnalité. L'article 8.2.b) xxiii) du Statut de Rome mentionne les civils ou autres personnes protégées comme faisant partie des personnes dont il est interdit d'utiliser la présence pour rendre illicite les opérations militaires contre certains points, zones, ou forces militaires. Il a été rappelé dans ce cadre que « dans la grande majorité des cas, la présence de personnes protégées n'influerait que sur le critère de proportionnalité tel que défini aux articles 51.5.b) et 57.2.a) iii)⁴⁶ ». Les personnes protégées autres que civiles n'influent sur le critère de proportionnalité – et ne servent par conséquent de bouclier – que dans la mesure où, au sens de ce principe, elles sont comprises dans les victimes incidentes auxquelles on peut s'attendre. L'inclusion des « autres personnes protégées », sans plus de précision, dans l'article 8.2.b) xxiii) du Statut de Rome confirme ainsi que le personnel sanitaire militaire et les combattants blessés et malades doivent être inclus aux fins de l'application du principe de proportionnalité.

termes de l'article 41 du PA I, le Commentaire du CICR sur ce Protocole rappelle : « C'est un principe fondamental du droit de la guerre : ceux qui ne participent pas aux hostilités ne sont pas attaqués. A priori, civils inoffensifs et militaires hors de combat sont, à cet égard, *mis sur le même pied* » [italique ajouté] (*supra* note 1, para. 1605).

44 M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *supra* note 18, p. 221 [traduction CICR].

45 *Ibid.*, p. 119 [traduction CICR].

46 Knut Doermann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 345 [traduction CICR].

Tous ces éléments démontrent que, lorsqu'elles sont interprétées dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but, les règles spécifiques protégeant le personnel sanitaire et les blessés et malades, ainsi que les règles régissant la conduite des hostilités, doivent être comprises, aux fins de l'application des principes de proportionnalité et de précaution, comme protégeant le personnel sanitaire militaire et les combattants blessés et malades contre les pertes en vies humaines et les blessures qui pourraient être causées incidemment.

Les manuels militaires

Les manuels militaires, qui font partie de la pratique verbale des États⁴⁷, viennent eux aussi étayer l'inclusion des personnes et biens protégés non civils parmi les victimes et dommages incidents à prendre en considération au titre des principes de proportionnalité et de précaution. Si, évidemment, de nombreux manuels militaires ne font que reproduire le libellé des articles pertinents du Protocole additionnel I, d'autres donnent des définitions qui incluent les personnes et biens protégés non civils dans la notion de « victimes et dommages incidents »⁴⁸, ou mentionnent expressément les non-combattants ou les personnes et biens protégés lorsqu'ils examinent

47 Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2, p. xlvii. Sur la pertinence de la pratique des États, voir la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), art. 31.3.b).

48 Australie : la publication du 11 mai 2006 intitulée *Law of Armed Conflict, Australian Defence Doctrine Publication 06.4*, Australian Defence Headquarters, ne limite pas sa définition des dommages collatéraux aux personnes civiles ou aux biens civils dans son glossaire (bien qu'elle le fasse dans son paragraphe 5.2). États-Unis : la publication *Joint Targeting, Joint Publication 3-60* (3 janvier 2013) (ci-après *JP 3-60*) définit les dommages collatéraux comme « des blessures ou dommages causés non intentionnellement ou incidemment à des personnes ou des biens qui ne seraient pas des cibles militaires licites dans les conditions du moment » (p. GL – 4 Termes et définitions), définition qui inclut les personnes et biens protégés autres que les personnes et biens civils, et qui s'applique dans toute la publication lorsque le terme « dommages collatéraux » est utilisé sans être qualifié plus précisément. *JP 3-60* souligne aussi que « les États-Unis d'Amérique considèrent comme extrêmement important de préserver la vie des civils et des non-combattants ainsi que les biens civils, et s'efforcent d'accomplir leur mission en appliquant leurs forces avec discernement et avec le moins possible de dommages collatéraux » (p. III – 1) [traduction CICR, tout l'italique ajouté]. La définition des dommages collatéraux donnée dans *JP 3-60* figure dans le *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Publication 1-02 (telle que modifiée au 15 mars 2014). La brochure de l'US Air Force *Commander's Handbook on the Law of Armed Conflict*, 1980, au jourd'hui abrogée, donnait la définition générale suivante des civils : « Dans cette brochure, on entend par *civils* toutes les personnes autres que celles qui peuvent faire l'objet d'attaques directes au sens des paragraphes 2-6 à 2-8 » (para. 3-1) [traduction CICR] ; le paragraphe 2-7 de la brochure excluait le personnel sanitaire militaire ainsi que les blessés et malades des personnes pouvant faire l'objet d'attaques directes. Ainsi, pour cette brochure, à travers une définition s'apparentant davantage à l'article 52 qu'à l'article 50 du PA I, le personnel sanitaire militaire et les combattants blessés et malades tombaient directement dans la définition des civils, malgré le sens habituel de ce terme (voir plus haut l'analyse de l'article 52 du PA I).

les principes de proportionnalité⁴⁹, de précautions dans l'attaque en général⁵⁰ ou de précautions dans le choix des moyens et méthodes de guerre⁵¹, l'obligation de donner un avertissement en temps utile et par des moyens efficaces⁵², ou les précautions contre les effets des attaques⁵³.

- 49 Australie : la publication *Law of Armed Conflict*, *supra* note 48, inclut les non-combattants autre que les civils dans son exposé du principe de proportionnalité (para. 2.8). Canada : *Le droit des conflits armés aux niveaux opérationnel et tactique*, Cabinet du Juge-avocat général, 13 septembre 2001, para. 204.5 : « Quand il s'agit de décider si le principe de proportionnalité est respecté, la mesure est la contribution attendue au but militaire d'une attaque ou d'une opération considérée dans son ensemble. L'avantage militaire attendu doit être comparé avec les autres conséquences de l'acte, comme les effets néfastes sur les civils ou les biens de caractère civil. Il faut alors évaluer les intérêts découlant de la réussite de l'opération d'une part et les effets néfastes possibles pour les objets et les personnes protégés d'autre part. » [italique ajouté]. Nouvelle-Zélande : *Interim Law of Armed Conflict Manual*, DM 112, New Zealand Defence Force, Headquarters, Directorate of Legal Services, Wellington, novembre 1992, para. 207 : « Le principe de proportionnalité établit un lien entre les concepts de nécessité militaire et d'humanité. Cela signifie que le commandant n'a pas le droit de causer à des *non-combattants* des dommages qui soient disproportionnés par rapport au besoin militaire [...]. Il s'agit de mettre en balance l'intérêt que représente le succès de l'opération, d'un côté, et les risques d'effets nuisibles sur des *personnes et des biens protégés*, de l'autre. » [traduction CICR, italique ajouté] Philippines : *Air Power Manual*, Philippine Air Force, Headquarters, Office of Special Studies, mai 2000, para. 1-6.4 : « Cependant, le droit des conflits armés ne devrait pas constituer un obstacle dans la conduite des opérations. En fait, le droit admet que la destruction de cibles cruciales, surtout si elle raccourcit le conflit, a des effets bénéfiques à long terme. Le principe unificateur essentiel s'applique toujours – à savoir que l'importance de la mission militaire (nécessité militaire) détermine, moyennant un jugement équilibré (proportionnalité), l'étendue des maux qui peuvent être causés collatéralement ou incidemment à une *personne ou à un bien par ailleurs protégé*. » [traduction CICR, italique ajouté] États-Unis : *No-Strike and the Collateral Damage Estimation Methodology*, CJCSI 3160.01, 13 février 2009, Glossaire, GL-4 : « *Dommages collatéraux*. Blessures ou dommages causés non intentionnellement ou incidemment à des *personnes ou des biens qui ne seraient pas des cibles militaires licites* en l'occurrence. De tels dommages ne sont pas illicites tant qu'ils ne sont pas excessifs au regard de l'avantage militaire global attendu de l'attaque » [traduction CICR, italique ajouté] (Manuels de la Nouvelle-Zélande et des Philippines tels que cités dans la pratique relative aux règles 14 et 15 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2).
- 50 Australie : *Law of Armed Conflict*, *supra* note 48, étend le principe des précautions dans l'attaque aux personnes, lieux et biens protégés autres que les personnes et biens civils (para. 5.53). Hongrie : *A Hadijog, Jegyzet a Katonai, Főiskolák Hallgatói Részére*, Magyar Honvédség Szolnoki Repülőtisztvi Főiskola, 1992, p. 45 : « Toutes les mesures possibles doivent être prises pour épargner les personnes et biens civils [et] les *personnes et biens bénéficiant d'une protection spécifique* » [traduction CICR, italique ajouté]. (Manuel hongrois cité dans la pratique liée à la règle 15 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 2.)
- 51 Royaume-Uni : *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, JSP 383, 2004, para. 5.32.5 : « Lorsqu'il détermine les moyens ou méthodes d'attaque à utiliser, un commandant devrait tenir compte des facteurs suivants : [...] f. facteurs influant sur les pertes ou dommages pouvant être causés incidemment, tels que la présence de civils ou de biens civils à proximité de la cible ou d'autres biens ou zones protégés » [traduction CICR, italique ajouté].
- 52 Australie : *Operations Law for RAAF Commanders*, AAP 1003, Royal Australian Air Force, para. 10.4 : « Lorsque les circonstances le permettent, un avertissement devrait être donné en temps utile dans les cas d'attaques qui pourraient mettre en danger des *non-combattants* » [traduction CICR, italique ajouté].
- 53 États-Unis : *Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M, juillet 2007, pt. 8.3.2, p. 8-3 : « Une partie à un conflit armé a le devoir d'éloigner les civils sous son contrôle (*ainsi que les blessés, les malades, les naufragés et les prisonniers de guerre*) du voisinage d'objectifs probables d'attaques ennemies » [traduction CICR, italique ajouté]. Bien que l'on trouve cette règle dans le *Commander's Handbook*, au chapitre 8 relatif au droit régissant le ciblage, elle pourrait faire référence aux obligations de précaution prévues par les dispositions spécifiques concernant les unités médicales (art. 19, alinéa 2 de la CG I et art. 12.4 du PA I).

Les travaux préparatoires du Protocole additionnel I

Au cours de la Conférence diplomatique de 1974–1977 qui adopta le Protocole additionnel I, la plupart des projets d'articles et des déclarations relatifs aux principes de proportionnalité et de précaution ne mentionnaient que les personnes civiles et les biens civils. Cependant, bien que les articles 46.3.b) et 50 du Projet de Protocole additionnel de 1973 soumis à cette conférence (qui deviendront respectivement les articles 51.5.b) et 57 du PA I) ne mentionnaient que les personnes civiles et les biens de caractère civil, les Commentaires du CICR sur les projets de Protocoles additionnels de 1973 utilisent les termes « personnes civiles » et « personnes protégées » de façon quasi interchangeable par rapport à ces articles. Il y est expliqué que « [l]a première phrase [du projet d'art. 50] pose la règle générale qui guide la conduite des combattants à l'égard des risques que comportent, pour *les personnes et les biens protégés*, les opérations militaires, et en particulier les attaques ». Il y est ensuite précisé que « [l]a proportionnalité vise le cas des effets accidentels des attaques sur *les personnes et les biens protégés*, ainsi que le souligne l'adverbe "incidemment" ». Et enfin : « Dans le cadre de ce Chapitre [devenu le Chapitre IV (Mesures de précaution) du PA I contenant les articles 57 et 58 dudit Protocole], les mesures de précaution sont destinées à renforcer la protection de *l'ensemble des personnes et des biens protégés*⁵⁴ ».

Les Commentaires du CICR sur les projets de Protocoles additionnels de 1973 montrent donc que les règles examinées concernant la proportionnalité et les précautions étaient comprises comme couvrant *toutes* les personnes protégées alors même que le terme « personnes civiles » était utilisé. Cette interprétation est évidente aussi dans les déclarations du représentant du CICR lorsqu'il soumit les projets d'articles 46 et 50 à la Commission III de la Conférence diplomatique⁵⁵. Dans la mesure où les débats de la conférence concernant les principes de proportionnalité et de précaution pourraient avoir été sous-tendus dans une certaine mesure par cette interprétation, on pourrait logiquement considérer que c'était là le sens que l'on voulait donner au terme « personnes civiles » dans ces dispositions⁵⁶.

Compte tenu de cette conception large du champ d'application des principes de proportionnalité et de précaution lors de la rédaction des dispositions y relatives – bien que les projets d'articles n'aient mentionné expressément que les personnes civiles et les biens de caractère civil –, il convient de ne pas surestimer l'importance du fait que les articles 51 et 57 du Protocole additionnel I, comme les projets d'articles, ne mentionnent expressément que les personnes civiles et les biens

54 Commentaires du CICR sur les projets de Protocoles additionnels de 1973, *supra* note 23, p. 67-68 [italique ajouté]. En ce qui concerne le projet d'article 51 sur ce qui deviendrait les précautions contre les effets des attaques (art. 58 du PA I), qui, de nouveau, ne parlait que de la population civile, des personnes civiles et des biens civils, le commentaire de 1973 du CICR précise que « [c]ette dernière [la Partie attaquée ou susceptible de l'être] n'est pas sans influence sur la sauvegarde *des personnes et des biens* en son pouvoir », *ibid.*, p. 69 [italique ajouté].

55 Conférence diplomatique, *Actes*, CDDH/III/SR.5, vol. XIV, p. 39, para. 10, et CDDH/III/SR.21, vol. XIV, p. 199, para. 3.

56 Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, *supra* note 47, art. 31.4) et 32.

civils dans l'énoncé du principe de proportionnalité et de certaines règles concernant les précautions⁵⁷.

Conclusion

Inclure les victimes incidentes attendues parmi les personnes protégées non civiles au nombre des pertes en vies humaines ou blessures incidentes dont il faut tenir compte aux fins de l'application des principes de proportionnalité et de précaution pourrait être considéré comme une position plus large que ce qu'une interprétation littérale des articles 51 et 57 du Protocole additionnel I suggérerait. Selon nous, cependant, toute autre conclusion serait déraisonnable compte tenu du contexte, et à la lumière de l'objet et du but du Protocole⁵⁸. Comme nous l'avons vu plus haut, cette conclusion découle de l'interprétation non seulement des règles spécifiques protégeant le personnel et les biens sanitaires ainsi que les blessés et malades, mais aussi des règles régissant la conduite des hostilités. Elle procède en particulier de l'interprétation de l'obligation de « respecter et protéger » en tant qu'obligation primordiale relevant de la protection spéciale conférée à l'ensemble du personnel sanitaire et des blessés et malades. Elle trouve dans une certaine mesure confirmation dans les travaux préparatoires du Protocole additionnel I et dans les principaux commentaires de ce Protocole. Nous avançons en outre que l'interprétation du droit coutumier mène à la même conclusion⁵⁹. Enfin, cette conclusion est étayée par les manuels militaires d'un certain nombre d'États.

57 Voir *supra* notes 12–14 ainsi que le texte qui les accompagne. En ce qui concerne l'obligation de vérifier que l'objectif est une cible licite, l'article 50 du Projet de Protocole de 1973 disposait qu'il fallait s'assurer que les objectifs à attaquer étaient dûment identifiés comme des « objectifs militaires ». Nous n'avons pas trouvé dans les *Actes* de la Conférence diplomatique d'indication de la raison pour laquelle cette disposition est devenue « vérifier que les objectifs à attaquer ne sont *ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale* » (art. 57.2.a)i) du PA I) [italique ajouté], ou pour laquelle les autres règles découlant des principes de précaution et de proportionnalité devraient avoir une moindre portée protectrice. Henderson tire un argument supplémentaire du fait que l'article 56.1 (deuxième phrase) du PA I protège expressément contre les dommages collatéraux les ouvrages ou installation contenant des forces dangereuses. Selon lui, ceci montrerait « qu'il n'y a pas de raison de présumer que les rédacteurs du PA I entendaient que la protection contre les attaques inclue nécessairement toujours la protection contre les dommages collatéraux. Chaque catégorie de biens doit plutôt faire l'objet d'une évaluation distincte » [traduction CICR] (*supra* note 5, p. 196). Cet argument omet toutefois de relever que l'article 56 du PA I prévoit l'interdiction de *toute* attaque risquant de libérer des forces dangereuses, et pas seulement des attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des victimes et des dommages qui seraient excessifs. L'absence d'une telle disposition pour d'autres biens spécialement protégés signifie seulement qu'ils ne bénéficient pas de la protection plus forte de l'article 56.1 du PA I, et non qu'ils devraient être exclus de la protection « normale » contre les dommages incidents prévue au titre des principes de proportionnalité et de précaution.

58 Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, *supra* note 47, art. 31.1).

59 Le paragraphe consacré aux « Définitions » dans le *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer* donne la définition suivante de « pertes incidentes » ou « dommages incidents » : « la perte de la vie, ou les maux infligés à des civils ou à d'autres personnes protégées, et les dommages causés à l'environnement naturel ou à des biens qui ne constituent pas par eux-mêmes des objectifs militaires, ou leur destruction ». *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer*, Institut international de droit humanitaire, 1994, para. 13.c) ; voir aussi, en anglais, « Explanation », p. 87, para. 13.9. Le *Manuel H.P.C.R sur la guerre aérienne*, *supra* note 22, inclut les « autres biens protégés » en plus des « biens à caractère civil » dans sa définition des dommages

Il apparaît donc que la protection contre les dommages incidents qui est offerte aux personnes et aux biens civils par les principes de proportionnalité et de précaution doit en réalité être comprise comme s'étendant à d'autres personnes et biens protégés contre les attaques directes.

Au-delà de la protection des seuls civils et biens civils (incluant notamment les moyens de transport, unités et autres biens sanitaires militaires aussi longtemps qu'ils ne correspondent pas à la définition des objectifs militaires), toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises également pour éviter ou, en tout cas, réduire au minimum les victimes qui pourraient être causées incidemment parmi d'autres personnes protégées, telles que le personnel sanitaire militaire ou les combattants blessés ou malades. Si l'on peut s'attendre à ce que ces victimes incidentes soient excessives par rapport à l'avantage militaire direct et concret escompté – à elles seules, ou, le cas échéant, combinées avec des victimes et dommages attendus parmi les personnes civiles et les biens civils – l'attaque devient illicite en vertu du principe de proportionnalité.

collatéraux, à la règle 1.n), et les « autres personnes et objets protégés » dans ses règles 33 et 43, qui concernent respectivement les précautions à prendre dans le choix entre plusieurs objectifs militaires et les précautions contre les effets des attaques. Spécifiquement pour les personnes : dans son rapport final au Procureur, le Comité chargé d'examiner la campagne de bombardement de l'OTAN contre la République fédérale de Yougoslavie mentionnait les « blessures aux non-combattants » (et non pas « blessures aux civils ») s'agissant des maux causés incidemment au sens du principe de proportionnalité (para. 49 et 50) ; Schmitt ne fait pas la distinction entre le personnel sanitaire civil et militaire et les personnes hors de combat à bord des aéronefs sanitaires lorsqu'il rappelle qu'il faut en tenir compte lors du calcul de la proportionnalité et de la détermination des précautions pratiquement possibles (Michael N. Schmitt, « Targeting in operational law », in Terry D. Gill et Dieter Fleck [dir. de publication], *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 244–275, para. 18.19.1) ; voir aussi para. 16.08.1)). De façon plus générale, lorsqu'ils examinent l'application du principe de proportionnalité aux unités sanitaires (mais en soulignant le caractère permissif d'une attaque qui causerait incidemment des dommages non excessifs), Bothe, Partsch et Solf précisent que « [l]e principe de proportionnalité est un principe général du droit des conflits armés qui a trouvé son expression dans des dispositions telles que l'interdiction des « maux superflus » (article 23.c) de la Convention IV de La Haye de 1907). Il n'est pas limité à la question de la protection de la population civile, pour laquelle il a maintenant été codifié par le Titre IV du Protocole I. » [traduction CICR] (M. Bothe, K. J. Partsch et W. A. Solf, *supra* note 18, p. 119). Pour Bartels, voir *supra* note 6.