

Classification des conflits : le dilemme du soldat

Andrew J. Carswell*

Andrew Carswell est délégué régional du CICR auprès des forces armées et de sécurité de l'Afrique australe, basé à Pretoria. C'est un ancien juriste et procureur militaire du Cabinet du Juge-avocat général des Forces canadiennes.

Résumé

Les forces armées modernes sont engagées dans une vaste gamme d'opérations, qui vont de la lutte antiémeute en temps de paix au conflit armé international. En raison du manque de clarté inhérent au droit et des facteurs politiques qui influencent généralement le processus décisionnel, il n'est pas facile de classifier ces différentes situations afin de déterminer le droit international applicable. L'auteur décrit les principales difficultés auxquelles doivent faire face les responsables militaires en matière de classification juridique et propose une solution pour que les personnes visées par le droit – qu'il s'agisse du soldat ou du civil – bénéficient effectivement de la protection que confèrent ses dispositions.

« ... les conflits dans l'ex-Yougoslavie auraient pu être qualifiés à la fois d'internes et d'internationaux ou [de] conflit interne parallèle à un conflit international, ou [de] conflit interne qui s'est internationalisé du fait d'un soutien extérieur, ou [de] conflit international remplacé ultérieurement par un ou plusieurs conflits internes, ou quelque combinaison de ces situations. »

Chambre d'appel du TPIY, Arrêt Tadi•¹

« Les grands dirigeants sont presque toujours de grands simplificateurs, capables de couper court aux débats, aux discussions et aux doutes afin de proposer une solution compréhensible pour tous. »

Général (en retraite) Colin Powell²

Les principes du droit des conflits armés, également appelé droit de la guerre ou droit international humanitaire (DIH), sont facile à résumer pour les soldats. Aujourd'hui, de nombreux militaires ont sur eux des codes de conduite en format de poche, qui énumèrent les notions de base : se battre uniquement contre les combattants ennemis et détruire uniquement les objectifs militaires ; recueillir et soigner les blessés, qu'ils soient amis ou ennemis ; ne pas

* Le présent article reflète l'opinion de son auteur et pas nécessairement celle du CICR. L'auteur remercie Jonathan Somer d'avoir révisé le projet précédent de cet article, ainsi que Garth Abraham et Christopher Black pour leurs commentaires utiles. Toute erreur éventuelle doit être attribuée exclusivement à l'auteur.

La version originale anglaise de cet article a été publiée sous le titre 'Classifying the conflict: A soldier's dilemma', dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, N° 873, mars 2009, pp. 143-161.

¹ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Le Procureur c/Dusko Tadi•*, IT-94-1- AR72, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (Chambre d'appel), 2 octobre 1995, para. 72.

² Oren Harari, *The Leadership Secrets of Colin Powell*, McGraw-Hill Professional, New York, 2003, p. 260. Traduction CICR.

attaquer ni blesser un ennemi qui se rend ; ne pas tuer ou torturer les prisonniers de guerre, ni leur infliger de mauvais traitements ; traiter humainement tous les civils ; ne pas s'adonner au viol ni au pillage³. Dans la majorité des cas, le respect de ce genre de règles simples et évidentes permettra au commandant militaire et à ses subordonnés de faire la guerre en respectant les principes fondamentaux du DIH : humanité, nécessité militaire, distinction, proportionnalité, précaution et prévention des souffrances inutiles.

Il est incontestable que ces règles, qui constituent l'élément juridique central de la formation moderne des soldats, seront utiles comme point de départ humanitaire de toute opération militaire envisageable. Cependant, la mission des troupes d'aujourd'hui s'étend de la lutte antiémeute et de la lutte contre-insurrectionnelle interne au conflit armé international plus traditionnel ; on attend – on exige en fait – de ces troupes qu'elles saisissent les nuances juridiques liées à ces différents types de conflits. Si elles ne le font pas, les conséquences pour les troupes impliquées peuvent être dramatiques.

Même si les aspects subtils de la classification juridique peuvent être assimilés grâce à une formation adéquate, des difficultés considérables doivent être surmontées avant que l'on puisse attendre des forces armées qu'elles respectent le cadre juridique objectivement applicable à leurs opérations. La première difficulté consiste pour de nombreuses armées à ne pas s'en tenir à une formation mettant l'accent sur le droit des conflits armés à l'exclusion d'autres domaines pertinents du droit, notamment du droit international des droits de l'homme. La deuxième est, pour les responsables militaires, d'identifier et d'assimiler la limite floue et très controversée entre de simples troubles et tensions internes, largement régis par une combinaison de droit national et de droit international des droits de l'homme, et un conflit armé non international, régi quant à lui par le DIH. La troisième, et non la moindre, consiste à éviter une politisation de la classification juridique résultant de l'intersection du droit international régissant le recours à la force dans les relations internationales (*jus ad bellum*) et du droit protégeant les victimes potentielles et réelles des conflits armés (*jus in bello*). Le présent article décrit plusieurs contextes dans lesquels ce phénomène risque particulièrement de se produire, des opérations de soutien de la paix à la « guerre contre le terrorisme ».

Le DIH et le droit international des droits de l'homme ne sont pas des ensembles de règles abstraites et leur mise en œuvre effective dépend en définitive de la volonté des dirigeants politiques et des commandants militaires d'appliquer les principes qu'ils contiennent et d'influencer le comportement des troupes sur le terrain. C'est dans cet esprit que le présent article résume certaines des difficultés les plus importantes auxquelles sont confrontés les responsables militaires en matière de classification juridique, et propose une solution pour simplifier le processus afin d'encourager un comportement conforme au droit dans l'ensemble des opérations militaires.

Formation juridique militaire et droit international humanitaire

En règle générale, les forces armées jouent un rôle constitutionnel essentiellement axé sur la défense de leur territoire contre des adversaires étrangers et leur formation reflète cette réalité. Il n'est donc pas surprenant que leur formation juridique, si elles en reçoivent une, se concentre principalement sur le droit des conflits armés. Cette tendance naturelle est renforcée par l'obligation légale des États de garantir l'application pratique de ce droit au sein de leurs

³ Ces règles sont tirées du *Code of Conduct for Uniformed Members of the South African National Defence Force* (Code de conduite pour les membres en uniforme des Forces nationales de défense d'Afrique du Sud), adopté le 15 février 2000, disponible sur : www.dcc.mil.za/Code_of_Conduct/Files/English.htm (dernière consultation le 6 mai 2009).

forces armées. Selon l'article 87 du Protocole additionnel I⁴, les commandants militaires sont tenus :

- 1) d'empêcher que soient commises des infractions au DIH et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes ;
- 2) de s'assurer que les membres des forces armées connaissent leurs obligations découlant du DIH; et
- 3) s'ils ont appris que des subordonnés vont commettre ou ont commis une infraction au DIH, d'empêcher de telles violations ou de prendre l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale appropriée contre les auteurs des violations.

De nombreuses armées dans le monde s'efforcent courageusement de mettre ces obligations en pratique en diffusant le DIH aussi largement que possible auprès des soldats. D'autres vont plus loin et intègrent le DIH dans tous les domaines pertinents de leur doctrine, leur formation, leur entraînement sur le terrain et leur système de sanctions⁵.

Cependant, malgré l'accent mis naturellement sur le DIH dans la formation juridique militaire moderne, ce corpus de règles ne prend son importance qu'au moment où le conflit armé, au sens juridique, commence. Jusque-là⁶, le cadre juridique applicable aux opérations militaires est un mélange de droit interne, de droit international des droits de l'homme⁷ et d'autres conventions internationales spécifiques⁸. Une fois que le conflit est réputé avoir commencé, le droit international des droits de l'homme – dans la mesure où l'on ne peut y déroger – continue à coexister avec le DIH, et même à le compléter. Cependant, l'interaction entre ces deux ensembles de règles, notamment la résolution des conflits par l'application du principe de la *lex specialis*⁹, fait l'objet de débats juridiques continuels¹⁰. Le défi, pour les

⁴ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, Genève, 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 décembre 1978 (ci-après : 'Protocole additionnel I').

⁵ Pour un aperçu de la politique du Comité international de la Croix-Rouge en matière d'intégration du DIH dans le contexte militaire, voir *L'intégration du droit*, CICR, Genève, juillet 2007, disponible sur [http://icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0900/\\$File/ICRC_001_0900.PDF](http://icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0900/$File/ICRC_001_0900.PDF) (dernière consultation le 5 mai 2009).

⁶ Ainsi qu'après la fin du conflit armé.

⁷ Le droit international des droits de l'homme lie évidemment l'État à l'intérieur de son territoire national, mais il s'applique également dans les cas où l'armée exerce son pouvoir ou un contrôle effectif sur des individus à l'étranger : voir par exemple Cour internationale de Justice (CIJ), *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c/Ouganda), Jugement, CIJ Recueil 2005, para. 216. Voir également Cordula Droegge, 'Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ?', dans *Revue internationale de la Croix-Rouge, Sélection française 2008*, Vol. 90, pp. 215-268; Françoise Hampson, 'The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body' (La relation entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme du point de vue d'un organe créé en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme), en anglais, dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 549-572.

⁸ Par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 (applicable aux États parties dans le contexte de la répression des crimes internationaux les plus graves); la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994 (applicable aux États parties dans le contexte de la répression de la piraterie en haute mer); et la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997, entrée en vigueur le 23 mai 2001 (applicable aux États parties dans le contexte des opérations nationales de lutte contre le terrorisme).

⁹ Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ, Recueil 2004, para. 106.

¹⁰ Voir C. Droegge, *op. cit.*, note 7; Marco Sassòli et Laura M. Olson, 'The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts' (La relation entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme s'agissant de meurtres et d'internement admissibles de combattants dans les conflits armés non

responsables militaires, consiste non seulement à déterminer à quel moment une catégorie juridique évolue en une autre, mais aussi à concilier les corpus de règles concurrents au sein de la catégorie concernée. Il appartient alors aux responsables de traduire ces obligations légales dans la pratique.

Un commandant de section de l'OTAN envoyé en Afghanistan est censé bien connaître les règles concernant le choix des objectifs, et sa formation standard en droit des conflits armés lui permettra de comprendre les principes de proportionnalité et de précaution. Il saura que si des soldats talibans attaquent sa patrouille depuis un village avec des armes légères et des roquettes, ses troupes doivent faire en sorte que toute perte causée incidemment dans la population civile ou dans l'infrastructure locale par leur riposte armée ne soit pas excessive par rapport à l'avantage militaire direct attendu¹¹.

Si le même officier reçoit l'ordre, six mois plus tard, de maîtriser une émeute dans son propre pays en temps de paix et applique les principes du DIH, il pourrait avoir tendance à ordonner à ses subordonnés d'utiliser leur fusil contre les agitateurs violents, tout en prenant soin d'éviter les dommages collatéraux à des tiers. En l'absence d'un danger imminent pour la vie de ses troupes ou d'une autre personne, une telle décision constituerait une violation fondamentale du droit international des droits de l'homme¹². Dans la plupart des pays, elle lui vaudrait également de comparaître devant une cour martiale pour répondre de charges allant jusqu'au meurtre. Ainsi, on n'insistera jamais assez sur l'importance d'une formation spécifique au contexte et à la mission – formation dont l'opportunité dépendra de la classification juridique du conflit.

L'éventail juridique d'opérations militaires

Situations autres que les conflits armés : concilier le droit international des droits de l'homme et le droit national

Depuis la fin de la Guerre froide, les forces armées mènent de plus en plus d'opérations qui ne relèvent pas du modèle traditionnel du conflit armé. Les situations dans lesquelles la police et les forces de sécurité de l'État peuvent se trouver dépassées par des événements sur le terrain sont diverses, allant de situations relativement inoffensives (par exemple la sécurité lors d'un sommet international) à de vraies crises nationales. Par conséquent, les forces armées peuvent être appelées à mener tout un éventail d'opérations intérieures ne relevant pas d'un conflit armé, notamment lutte antiémeute, surveillance de postes de contrôle, sécurisation d'itinéraires, bouclage et fouille, missions d'escorte, libération d'otages et lutte contre la piraterie, pour ne citer que quelques exemples. En théorie, le droit national régissant de telles opérations devrait être conforme au droit international des droits de l'homme, mais dans la pratique les responsables militaires peuvent se trouver dans une situation difficile : devoir concilier les lois de leurs dirigeants politiques avec les obligations internationales contractées par l'État.

Même dans les États qui s'efforcent véritablement de respecter le droit international, la doctrine, la formation et les ordres donnés dans les opérations intérieures doivent tenir compte d'un ensemble d'éléments : les traités contraignants, tels que le Pacte international relatif aux

internationaux), en anglais, dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, septembre 2008, pp. 599-627.

¹¹ Article 51.5.b) du Protocole additionnel I.

¹² Voir par exemple l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976; *Guerrero c/Colombie* (R.11/45), CCPR, A/37/40 (31 mars 1982) 137, para. 13.2–13.3.

droits civils et politiques ; l'interprétation juridique que font de leurs dispositions des organes comme le Comité des droits de l'homme de l'ONU ; la jurisprudence – ayant ou non force obligatoire – des commissions et tribunaux régionaux des droits de l'homme, tels que la Cour européenne des droits de l'homme ; et, enfin, un corpus de plus en plus important de dispositions juridiques non contraignantes qui se fondent sur les normes contraignantes et donnent des indications détaillées sur la manière de les appliquer, comme les Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois¹³ et le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois¹⁴. Durant les périodes de graves tensions internes, les responsables militaires devront également gérer la pression interne et externe visant à supprimer des droits civils tels que l'*habeas corpus*. Cependant, c'est uniquement dans un nombre très limité de cas où un danger public menace l'existence même de la nation que le gouvernement peut déroger formellement à certaines dispositions du droit international des droits de l'homme ; même dans de tels cas, le noyau des droits les plus fondamentaux doit demeurer intact¹⁵.

La tâche consistant à concilier ces sources de droit très variées et potentiellement contradictoires peut être gigantesque, même pour les officiers les plus expérimentés. De plus, contrairement aux officiers de police, les soldats ne reçoivent en principe pas de formation rigoureuse concernant les nuances de l'escalade de la force dans des situations de lutte antiémeute et de maîtrise des foules. Alors que la formation militaire se concentre principalement sur la destruction de la capacité militaire des forces ennemies (d'où l'accent mis sur le DIH), le droit international des droits de l'homme interdit aux responsables de l'application des lois d'utiliser la force létale, sauf en dernier recours pour protéger des vies¹⁶. Le fait de passer d'un mode « guerre » à un mode « application de la loi » en temps de paix est une tâche difficile, qui exige une discipline rigoureuse et une formation spécifique à chaque mission.

Conflits armés : les deux régimes du DIH

À la différence du droit international des droits de l'homme, créé pour policer les relations entre les gouvernements et les personnes sous leur contrôle, le DIH est né sur les champs de bataille¹⁷. Il régit le cas exceptionnel du conflit armé, limitant les moyens et méthodes de guerre à ce qui est nécessaires pour affaiblir l'ennemi, et protégeant les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités.

Le DIH contient deux régimes juridiques distincts : l'un régit les conflits armés internationaux, l'autre les conflits armés non internationaux. Le premier s'appuie sur un ensemble complet de règles énoncées dans les quatre Conventions de Genève¹⁸, le Protocole

¹³ Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, 27 août-7 septembre 1990 (ci-après « Principes de base »).

¹⁴ Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979 (résolution 34/169).

¹⁵ Article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Pour un exemple régional, voir l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (4 novembre 1950, entrée en vigueur le 21 septembre 1970).

¹⁶ *Ibid.*; article 9 des Principes de base.

¹⁷ Effectivement, la Convention de Genève de 1864 – premier traité de DIH – était le résultat d'une initiative diplomatique née après l'expérience terrible qu'avait vécue Henry Dunant à la bataille de Solferino, en 1859, où les services sanitaires des troupes belligérantes, françaises et autrichiennes, ne suffisaient absolument pas à prendre en charge le nombre énorme de blessés sur le terrain.

¹⁸ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949 (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 (ci-après « CG II ») ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 (ci-après « CG III ») ; Convention de

additionnel I¹⁹ et des traités spécifiques concernant les moyens et méthodes de guerre²⁰. Par exemple, un responsable des services de renseignement, de la police militaire ou de la logistique peut appréhender pratiquement la totalité des règles juridiques régissant le traitement des prisonniers de guerre en consultant la troisième Convention de Genève²¹. Le droit pénal international bénéficie également de dispositions qui déclenchent l'application d'une juridiction universelle en cas de violation grave des Conventions et des Protocoles²².

Par contre, les conflits armés non internationaux exigent une connaissance approfondie de la constitution et du droit national de l'État en question, de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, du Protocole additionnel II²³, du DIH coutumier, du droit international des droits de l'homme et des articles pertinents du Statut de Rome de la Cour pénale internationale²⁴. Le développement du DIH coutumier dans le domaine des conflits armés non internationaux – en particulier en ce qui concerne la conduite des hostilités – continue à combler les lacunes créées par un régime de droit conventionnel relativement réduit, même si l'ampleur de ce développement ne fait pas l'unanimité²⁵.

Les officiers et les soldats vont inmanquablement se poser la question : pourquoi avons-nous besoin de deux régimes distincts de DIH qui sèment une confusion totale dans les principes simples du droit ? Ne devrions-nous pas protéger les victimes de conflits armés indépendamment de la qualification juridique ? Pour répondre à ces questions à première vue simples, il faut comprendre le système international en lui-même et la nature de la souveraineté des États. Même si l'on a assisté, au vingtième et au début du vingt et unième siècles, à une forte érosion du système westphalien de souveraineté quasi absolue des États, ces derniers doivent encore se défaire de l'idée selon laquelle les mouvements rebelles à l'intérieur de leurs frontières sont essentiellement constitués de criminels qui n'ont droit ni au statut ni à la protection conférés par le droit des conflits armés internationaux. Parce que les États considèrent les conflits internes sous l'angle de la justice pénale, la notion de « personne protégée » juridiquement n'existe pas dans le régime non international.

Conclusion

En résumé, si le cadre juridique applicable aux conflits armés internationaux est relativement simple, les conflits armés non internationaux et les situations ne constituant pas un conflit armé exigent une compréhension très subtile de différentes sources de droit. En pratique, cela signifie que la grande majorité des activités menées par les forces armées d'aujourd'hui sont régies par une combinaison floue de règles internationales et nationales, qui ne sont pas faciles à convertir en ordres opérationnels et règles d'engagement clairs et fermes. Cependant, ces problèmes sont peu de chose comparés à la difficulté de déterminer à partir de quel moment on est en présence d'un conflit armé non international.

Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (ci-après « CG IV »); toutes sont entrées en vigueur le 21 octobre 1950. Tous les États ont ratifié ces conventions.

¹⁹ Lorsque les Protocoles additionnels ne sont pas applicables en tant que traités, la plupart de leurs règles de fond sont applicables sous forme de droit international coutumier. Voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, CICR/Bruylant, 2006.

²⁰ Certaines dispositions de ces traités ont également acquis le statut de droit international coutumier.

²¹ Telle que complétée par le Protocole additionnel I. Le droit international des droits de l'homme continue cependant de jouer un rôle, le DIH demeurant la *lex specialis*.

²² CG I–IV, articles 49–50, 50–1, 129–30 et 146–7 respectivement; Protocole additionnel I, article 85.

²³ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) du 8 juin 1977, entré en vigueur le 7 décembre 1978 (ci-après « Protocole additionnel II »).

²⁴ Statut de Rome, *op. cit.*, note 8.

²⁵ Voir par exemple Elizabeth Wilmshurst et Susan Breau (éd.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

Quand peut-on parler de « conflit armé » ?

Conflit armé international

Juridiquement, le seuil à partir duquel il y a conflit armé international est sans équivoque et ne peut pratiquement pas être remis en cause. Il est franchi dès le premier recours à la force entre les forces armées de deux États²⁶, déclenchant l'application de tout un éventail de dispositions détaillées de DIH²⁷. Si l'on garde à l'esprit que dès le premier échange militaire de coups feu, des soldats peuvent être blessés ou faits prisonniers et des dommages civils collatéraux peuvent se produire, il est tout à fait logique que le DIH soit applicable dès le début des hostilités armées. Cet ensemble de règles s'applique également dans le cas d'une occupation étrangère ne rencontrant aucune résistance armée. Cependant, les conflits traditionnels entre États sont une espèce relativement rare au XXI^e siècle.

Conflit armé non international

La situation n'est de loin pas aussi claire dans le cas plus fréquent du conflit non international. L'une des décisions juridiques les plus difficiles que doivent prendre les responsables politiques et militaires consiste à déterminer si la situation intérieure a dépassé le stade de simples troubles et tensions internes pour atteindre celui de conflit armé, soumis au DIH. La décision consistant à déterminer si une situation a franchi cette limite fait l'objet de fortes controverses politiques, dans la mesure où un État n'admettra qu'à contrecœur qu'il a perdu le monopole de l'utilisation de la force, ou qu'un groupe fondamentalement opposé aux intérêts du gouvernement a droit au statut découlant du fait qu'il est reconnu comme un belligérant armé. Pour compliquer encore les choses, il existe, au sein du DIH relatif aux conflits armés non internationaux, différents seuils d'application des deux instruments principaux, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel II de 1977.

L'article 3 commun

L'article 3 est la pierre angulaire du DIH ; il est reconnu au sein du droit coutumier comme le minimum absolu de traitement humanitaire applicable durant tout conflit armé, quelle que soit sa qualification juridique²⁸. Cet article s'applique « en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international » surgissant sur le territoire d'un État partie aux Conventions de Genève²⁹, mais il ne définit pas la limite à partir de laquelle un tel conflit existe. La définition du conflit armé qui fait le plus autorité figure dans la décision de la Chambre d'appel du TPIY concernant la compétence dans l'affaire Tadi• :

²⁶ Voir article 2 commun aux quatre Conventions de Genève et Jean Pictet, *Commentaire de la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, CICR, Genève, 1952, p. 34; voir aussi l'article 1 du Protocole additionnel I.

²⁷ Comme indiqué plus haut, les États parties sont liés par les quatre Conventions de Genève, le Protocole additionnel I et une longue liste de traités instaurant différentes limites dans les moyens et méthode de guerre. Les États qui ne sont pas parties à ces instruments sont liés par le DIH coutumier applicable.

²⁸ CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/États-Unis d'Amérique)*, Fond, CIJ Recueil 1986, para. 218.

²⁹ La composante territoriale a perdu son importance pratique, puisque tous les États du monde sont aujourd'hui parties aux quatre Conventions de Genève de 1949.

« ... [N]ous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou *un conflit armé prolongé* entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État. 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 pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non³⁰. »

D'un point de vue temporel, ce critère contient une contradiction insoluble pour les commandants militaires agissant sur le terrain. Si le DIH s'applique « dès l'ouverture » d'un conflit armé non international, mais qu'une situation ne peut être considérée comme un conflit armé qu'au moment où la violence armée en question devient « prolongé[e] », comment le soldat d'infanterie est-il censé savoir à quel moment le DIH commence à s'appliquer³¹ ? En fait, si la violence armée cesse avant de devenir « prolongé[e] », le DIH ne sera jamais entré en ligne de compte. En réalité, le droit demande aux commandants de se livrer à une appréciation rétroactive concernant une série d'événements qui ne se sont pas encore produits.

Le terme « prolongé » évoque à la fois intensité et durée de la violence, deux dimensions évidentes lors du conflit de 1992-1995 en ex-Yougoslavie, mais qui prêteront à controverse lors d'affrontements attirant moins l'attention. En outre, comme le mentionne la Chambre d'appel, les groupes armés en question doivent présenter un certain niveau d'organisation. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a retenu, dans sa décision *La Tablada*, que trente heures seulement d'hostilités intenses et organisées pouvaient être suffisantes pour invoquer le DIH³², tandis que d'autres tribunaux ont rendu des décisions différentes sur la base de circonstances différentes. Cependant, même si l'on admet le raisonnement de tel ou tel tribunal international ou national, c'est une chose pour un organe juridique indépendant d'examiner l'ensemble des circonstances d'un conflit national et de décider que celui-ci a franchi la limite prévue par le droit, mais c'est tout autre chose pour les responsables militaires sur le terrain de prendre une décision similaire au sujet d'une ou plusieurs actions violentes attribuées à un acteur non étatique.

Le Protocole additionnel II

Le deuxième Protocole additionnel développe et complète les protections fondamentales prévues par l'article 3 commun. Par ailleurs, il innove en énonçant certaines dispositions conventionnelles régissant la conduite des hostilités³³. Les responsables militaires, cependant, ont affaire à un seuil juridique différent, plus élevé. Les dispositions du Protocole II s'appliquent uniquement aux conflits armés non internationaux qui se déroulent sur le territoire d'un État partie au Protocole, entre les forces armées de celui-ci et un groupe organisé non étatique. Ce groupe doit en outre se trouver « sous la conduite d'un commandement responsable » et exercer « sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il

³⁰ TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadić*, Chambre d'appel, arrêt du 2 octobre 1995, para. 70 (c'est l'auteur qui met en italique). Ce critère est repris à l'article 8.2.f) du Statut de Rome, voir note 8.

³¹ Marco Sassòli, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional Paper Series, hiver 2006, N° 6, pp. 6-7, disponible en anglais sur www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper6.pdf (dernière consultation le 6 mai 2009).

³² Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport N° 55/97, Affaire N° 11.137 : Argentine, OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 38, 6 décembre 1997.

³³ Voir titre IV du Protocole additionnel II.

[lui] permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer ce Protocole ».

Même une personne observant de manière neutre et indépendante un conflit armé naissant aura du mal à déterminer si un groupe rebelle exerce le genre et le degré de contrôle requis pour entraîner l'application du Protocole³⁴. Or, le fait est que ni l'armée d'un pays ni ses dirigeants civils ne seront normalement disposés à admettre qu'ils ont perdu le contrôle d'une partie considérable de leur territoire souverain, quelle que soit la situation réelle sur le terrain. Les notions de commandement responsable et de capacité d'appliquer le Protocole sont toutes deux subjectives.

Conclusion

En résumé, l'applicabilité de l'article 3 commun ou du Protocole additionnel II est incontestée uniquement dans les cas les plus évidents de conflits non internationaux. Les porteurs d'armes se trouvent donc dans la position délicate de devoir adapter leur stratégie et leur tactique à des décisions juridiques tortueuses et influencées par la politique. En fait, ce sont probablement les bénéficiaires prévus du DIH qui subiront les conséquences d'une définition imprécise du conflit armé interprétée par des autorités étatiques enclines à nier l'existence d'un tel conflit.

Classification juridique et distinction entre *jus ad bellum* et *jus in bello*

L'un des principes fondamentaux du droit international est celui de la séparation entre l'ensemble de dispositions juridiques qui régit le droit des États de recourir à la force les uns contre les autres (*jus ad bellum*, dont l'essentiel est contenu dans la Charte des Nations Unies)³⁵, et celui qui protège les victimes et fixe des limites dans les moyens et les méthodes de guerre (*jus in bello*, dont l'essentiel est contenu dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels). Ces deux ensembles doivent rester séparés, pour la simple raison que malgré l'interdiction du recours à la force entre États qui est au cœur de la Charte des Nations Unies, des conflits armés éclatent bel et bien ; en outre, les considérations politiques visant à déterminer qui a violé le droit (logiquement, au moins une des parties) ne doivent avoir aucun effet sur la protection des victimes de la guerre. Comme l'établit clairement le préambule du Protocole additionnel I,

« les dispositions des Conventions de Genève et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci. »

En ce qui concerne le DIH, il n'importe en rien de savoir si un État décide de faire usage de la force contre un autre État de façon totalement illégale au regard du *jus ad bellum* : les enjeux humanitaires demeurent les mêmes sur le terrain et le fait que l'une des parties, ou les deux, fassent valoir que la guerre en question n'est pas justifiée du point de vue juridique ne saurait servir d'excuse pour balayer ces enjeux³⁶. Néanmoins, le processus de classification

³⁴ Il peut être utile de consulter : Sylvie-Stoyanka Junod, 'Article premier – Champ d'application matériel', dans Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, pp. 1371 ss.

³⁵ Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945.

³⁶ Pour une analyse plus approfondie, voir François Bugnion, '*Jus ad bellum, jus in bello* et conflits armés non internationaux', disponible sur <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/francois-bugnion-article-150306>

juridique visant à décider du *jus in bello* applicable – c'est-à-dire le DIH relatif aux conflits armés internationaux ou non internationaux – requiert parfois une analyse du *jus ad bellum*. Étant donné la nature foncièrement politique d'une telle caractérisation, il serait naïf de supposer que les États l'effectuent en toute objectivité.

Comme l'a relevé avec pertinence la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda dans sa décision *Akayesu* :

« Il convient de rappeler que les quatre Conventions de Genève, ainsi que les deux Protocoles s'y rapportant, ont pour vocation première de protéger les victimes et les victimes potentielles des conflits armés. Si l'application du droit international humanitaire dépendait de la seule appréciation subjective des parties aux conflits, celles-ci auraient dans la plupart des cas tendance à en minimiser l'intensité³⁷ ».

Cependant, un élément fondamental du droit international est le fait qu'il compte sur les États eux-mêmes pour assurer sa mise en œuvre. Le DIH n'échappe pas à cette tendance, et en l'absence d'une autorité judiciaire centrale investie du pouvoir de classer les conflits de manière indépendante dès qu'ils éclatent, le droit dépend du bon vouloir de ses propres sujets pour être appliqué de manière objective³⁸. En outre, avant que des tribunaux nationaux ou internationaux indépendants ne soient en mesure de prendre une décision objective en ce qui concerne le droit applicable, le mal aura peut-être déjà été fait par des États ayant fixé plus bas le niveau de protection accordé aux bénéficiaires supposés du DIH.

En termes pratiques, l'intersection problématique entre *jus ad bellum* et *jus in bello* au niveau de la classification juridique peut intervenir dans différents contextes, notamment les conflits par alliés interposés, les guerres d'indépendance, les opérations de soutien de la paix et ce que l'on appelle la « guerre contre le terrorisme ». Dans chacun de ces contextes, les États sont en fait appelés à qualifier de manière objective une situation dans laquelle ils possèdent un intérêt politique considérable, laissant ainsi leurs forces armées dans une position précaire d'incertitude juridique.

Conflits par alliés interposés

Il est très discutable qu'un conflit entre un acteur étatique et un acteur non étatique doive être considéré comme non international indépendamment de l'endroit où ce conflit a lieu³⁹. Si un autre État vient en aide à l'État dans lequel se déroule le conflit, la qualification en tant que conflit non international ne change pas. Si, à l'inverse, l'acteur non étatique combat pour le compte ou en tant qu'allié d'un autre État, le conflit sera qualifié d'international, puisque, en réalité, c'est un État qui se bat contre un autre⁴⁰. Cela vaut indépendamment du fait que l'acteur non étatique se batte contre l'État sur le territoire duquel il se trouve, ou attaque un État tiers au-delà des frontières.

(dernière consultation le 29 mars 2010), article initialement publié en anglais sous le titre '*Jus ad bellum, jus in bello and non international armed conflicts*', dans *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 6, 2003, pp. 167–198.

³⁷ Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), *Le Procureur c/Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement (Chambre de première instance I), 2 septembre 1998, para. 603.

³⁸ En tant qu'organe humanitaire neutre et indépendant, le CICR a compétence pour classer les conflits, de façon à ce que la qualification demeure juridiquement cohérente et à ce que les victimes potentielles et réelles des conflits soient protégées. Cependant, pour préserver sa neutralité, le CICR ne rend généralement pas publiques ses conclusions dans les situations où il pourrait être considéré comme adoptant un point de vue sujet à controverse en matière de *jus ad bellum*.

³⁹ Pour une analyse de ce principe, qui ne fait pas l'unanimité, voir M. Sassòli, *op. cit.*, note 31, pp. 8–9.

⁴⁰ Voir Jonathan Somer, 'Acts of non-state groups and the law governing armed conflict', dans *American Society of International Law Insights*, Vol. 10, N° 21, 2006.

Le critère juridique pour la classification est, dans ce cas, de savoir si l'État qui serait responsable de la conduite du groupe armé non étatique a un contrôle « effectif »⁴¹ ou « général »⁴² sur celui-ci, une appréciation complexe qui prend en compte tous les aspects de leur relation. Cependant, étant donné que les États n'admettront que rarement être responsables d'un groupe armé tiers, le processus de classification d'un tel conflit peut se dérouler en terrain politique miné. Même si le degré de contrôle requis est objectivement établi, il est très probable que l'acteur non étatique aura avantage à nier qu'il est sous le contrôle de l'État en question, puisque l'aveu d'une telle relation pourrait engager la responsabilité politique et la responsabilité juridique internationale de ses alliés les plus proches. À ce titre, l'acteur non étatique serait dissuadé d'appliquer publiquement l'ensemble plus élaboré de règles du DIH relatives aux conflits armés internationaux, même si celles-ci étaient objectivement applicables. Les parties au conflit finiraient peut-être par payer le prix d'une telle décision politique si un tribunal déclarait rétroactivement qu'elles ou leurs représentants étaient tenus de respecter les normes internationales plus élevées, mais ce seraient probablement les victimes du conflit elles-mêmes qui paieraient le véritable prix.

Guerres d'indépendance

Une politisation similaire du DIH peut être constatée dans le cas des guerres d'indépendance, lorsqu'un groupe politique ou ethnique particulier veut se scinder de l'État dont il fait partie pour former un État distinct. Un conflit armé international tel que défini par le DIH, tant coutumier que conventionnel, doit se dérouler entre deux États existants et reconnus internationalement. Or, comme la reconnaissance d'un État est un processus politique étroitement lié au *jus ad bellum*, il est possible que les deux types de droit se recoupent là aussi au moment de la qualification juridique.

Pour citer un exemple, au début du conflit en ex-Yougoslavie, la classification du conflit opposant le gouvernement yougoslave aux forces croates exigeait une analyse du statut politique de ces dernières vis-à-vis du gouvernement. Le fait de qualifier ce conflit d'international (comme l'ont fait certains États en reconnaissant l'indépendance de la Croatie en janvier 1992 déjà), et donc d'appliquer au minimum le DIH coutumier applicable aux conflits armés internationaux, aurait représenté une victoire politique pour la Croatie, puisque son objectif même était d'obtenir l'indépendance politique. Une qualification du conflit comme étant non international aurait eu l'effet opposé. Ainsi, l'on peut soutenir que la République fédérale de Yougoslavie avait un avantage politique à nier l'applicabilité formelle du DIH relatif aux conflits armés internationaux⁴³.

Opérations de soutien de la paix

La qualification juridique des conflits faisant intervenir des troupes de maintien de la paix a été examinée dans d'autres contextes et le débat se poursuit⁴⁴. Il est peut-être utile toutefois de

⁴¹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op. cit.*, note 28, para. 115 (au sujet du contrôle allégué des *Contras* du Nicaragua par les États-Unis).

⁴² *Le Procureur c/Dusko Tadic*, *op. cit.*, note 1, para. 131 (au sujet du contrôle allégué des Serbes de Bosnie par la République fédérale de Yougoslavie).

⁴³ Le 27 novembre 1991, les représentants de diverses parties au conflit, y compris la République fédérale de Yougoslavie et la République de Croatie, étaient convenus dans un mémorandum d'accord d'appliquer l'ensemble des Conventions de Genève et de leurs Protocoles, mais l'accord déclarait expressément qu'il n'aurait pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit. Voir Michèle Mercier, *Crimes sans châtiement. L'action humanitaire en ex-Yougoslavie*, Bruylant, Bruxelles, 1994, annexe : document IV, pp. 277–280.

⁴⁴ Les débats les plus récents ont eu lieu lors de la Table ronde de San Remo de 2008, dont les travaux sont reproduits dans Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*,

mentionner que la politisation du DIH, en raison de laquelle l'armée reçoit des messages dangereusement peu clairs, est possible même dans ce domaine altruiste. Lorsque des États envoient leurs casques bleus dans des pays étrangers avec la noble mission de maintenir ou d'assurer la paix, il est sans doute banal de dire qu'ils ne souhaitent pas que leurs soldats soient considérés comme participant activement au conflit qu'ils cherchent justement à régler⁴⁵. Comme l'a récemment fait remarquer le président du CICR,

« De fait, certaines pratiques montrent que des États et des organisations internationales engagés dans des opérations de paix ont tendance à ne pas reconnaître qu'ils sont impliqués dans un conflit armé, ni que le DIH s'applique à leurs propres actions ou à celles de leurs représentants. Ils défendent parfois leur point de vue en bâtissant des raisonnements juridiques complexes. Ce déni va dans le sens de leur réticence globale à être considérés comme des parties à un conflit armé, surtout quand ils participent à une opération de paix⁴⁶. »

Les soldats des forces de maintien de la paix, en tant que représentants de leur État d'origine et des organisations internationales dont ils doivent accomplir le mandat, et en tant que bénéficiaires d'une protection juridique internationale spécifique, se retrouvent dans une position inhabituelle qui suscite une controverse au sujet de leur statut juridique et, par conséquent, de la classification du conflit. Quelle que soit l'issue du débat, il ne faudrait jamais perdre de vue la distinction entre *jus ad bellum* et *jus in bello*. Indépendamment du mandat donné par le Conseil de Sécurité à une force de maintien de la paix régionale ou de l'ONU, qui appartient au domaine du *jus ad bellum*, et indépendamment de la protection spéciale à laquelle ont légitimement droit les soldats du maintien de la paix au titre de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁴⁷, l'application du DIH doit dépendre de la réalité sur le terrain.

Si l'on garde à l'esprit que tout conflit armé fait des victimes – quelle que soit la partie qui appuie sur la gâchette – il est indispensable que les soldats des forces de maintien de la paix qui participent à un tel conflit soient liés par les droits et les obligations découlant du DIH. Les articles 2 et 3 communs aux Conventions de Genève réaffirment expressément cela comme un fait juridique. La circulaire du Secrétaire général des Nations Unies intitulée « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies » fait de même sur le plan des principes⁴⁸. Cela est également confirmé par l'article 8.2.b)iii) du Statut de Rome, qui stipule que le fait de lancer des attaques contre les soldats chargés du maintien de la paix est un crime de guerre « pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ». Cette formulation implique clairement que ces soldats cessent d'être protégés en tant que civils dès le moment où ils participent au conflit, ce qui est en accord avec les principes d'égalité entre les belligérants et de séparation entre *jus ad bellum* et *jus in bello* consacrés par le DIH.

31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law (Droit international humanitaire, droits de l'homme et opérations de paix : 31^{ème} Table ronde sur les questions contemporaines de droit international humanitaire), Institut de droit international humanitaire, San Remo, septembre 2008. Voir aussi Alexandre Faite et Jérémie Labbé Grenier (éd.), *Report – Expert Meeting on Multinational Peace Operations, Geneva, 11-12 December 2003* (Rapport – Réunion d'experts sur les opérations multinationales de paix, Genève, 11-12 décembre 2003), CICR, Genève, 2004.

⁴⁵ Une rare exception : les missions « robustes » d'imposition de la paix régies par le Chapitre VII, où des troupes sont mandatées par le Conseil de Sécurité de l'ONU pour lutter activement contre un groupe armé en particulier, ou pour sécuriser un territoire afin de soutenir un gouvernement en conflit contre des forces rebelles (par exemple Force internationale d'assistance à la sécurité/OTAN en Afghanistan).

⁴⁶ Jakob Kellenberger, discours d'ouverture prononcé lors de la Table ronde de San Remo, 4 septembre 2008.

⁴⁷ Du 9 décembre 1994, entrée en vigueur le 15 janvier 1999.

⁴⁸ Secrétariat des Nations Unies, cote ST/SGB/1999/13, 6 août 1999.

Pour les responsables militaires, le défi consiste à se dégager de la politique d'État entourant cette question et à se rappeler les principes essentiels : le fait que leurs forces de maintien de la paix portent des fusils dans l'éventualité d'un conflit armé⁴⁹, même si c'est uniquement dans un but d'autodéfense ; qu'en cas de conflit armé, leurs troupes ne peuvent que bénéficier de l'application du DIH ; et qu'ils opéreront sur des bases morales, politiques et juridiques solides s'ils font en sorte que leurs troupes connaissent bien le DIH et son application spécifique dans les contextes de soutien à la paix, quel que soit leur mandat.

La « guerre contre le terrorisme »

Ces dernières années, les États se sont retrouvés dans des débats hautement politisés au sujet des droits juridiques des « terroristes » relevant de leur compétence. L'étiquette de « terroriste » a permis aux États de soutenir, sans aucun fondement en droit international, que des groupes entiers d'individus ne bénéficiaient pas d'une véritable protection juridique internationale. La condamnation politique du terrorisme a inévitablement envahi aussi le domaine de la classification juridique.

Pour commencer, l'expression « guerre contre le terrorisme » elle-même pose problème, puisqu'elle ne désigne pas plus une catégorie juridique de conflit que les expressions « guerre contre la drogue » ou « guerre contre l'illettrisme ». Afin de qualifier correctement un conflit, il faut regarder au-delà de l'étiquette terroriste et examiner l'individu ainsi que son contexte. Par exemple, au début (2001–2002) de la guerre en Afghanistan, la Coalition dirigée par les États-Unis était engagée dans un conflit international avec la branche armée des Talibans, puisque c'étaient ces Talibans qui constituaient à ce moment-là les forces armées du gouvernement *de facto* de l'Afghanistan⁵⁰. À ce titre, les membres des forces armées talibanes auraient été qualifiés juridiquement de combattants et, s'ils étaient capturés, de prisonniers de guerre, dont le traitement est régi par la III^e Convention de Genève⁵¹. Si dans le cadre de ce conflit, des soldats talibans étaient capturés après avoir effectivement participé à des actes communément qualifiés de terroristes – par exemple le fait de tuer intentionnellement des civils ou de détruire intentionnellement des biens de caractère civil –, ils pouvaient être jugés et punis conformément aux dispositions spécifiques du DIH coutumier⁵², mais leur droit à un traitement humain, y compris à un procès équitable, était juridiquement garanti⁵³.

En revanche, les membres d'Al-Qaïda combattant dans ce conflit armé international ne correspondaient pas à la définition légale du « combattant ». Ils n'étaient ni membres des forces armées de l'Afghanistan, ni d'une milice appartenant à une partie au conflit et

⁴⁹ Comme l'ont illustré de manière saisissante les récents conflits armés entre les troupes de la MONUC et les groupes armés dans l'est de la République démocratique du Congo.

⁵⁰ Les États de la Coalition et l'Afghanistan étaient parties aux quatre Conventions de Genève, mais ni l'Afghanistan ni les États-Unis ne sont parties au Protocole additionnel I.

⁵¹ L'article 4.A.1) de la CG III définit « les membres des forces armées d'une Partie au conflit » comme une catégorie de personnes ayant droit à la protection accordée aux prisonniers de guerre (c'est-à-dire des combattants) sans devoir remplir les quatre conditions de la « milice » énoncées à l'article 4.A.2). Pour être considérée comme des forces armées, cette catégorie de personnes doit avoir été placée sous un commandement responsable de ses subordonnés devant la Partie au conflit et soumise à un régime de discipline interne, conformément à l'article 43.1 du Protocole additionnel I. Si nous admettons que les Talibans constituaient le gouvernement *de facto* de l'Afghanistan à l'époque (ils contrôlaient 90 % du territoire), on peut tout à fait soutenir que leurs forces armées remplissaient toutes ces conditions et que les membres de celles-ci auraient donc pu être qualifiés de combattants.

⁵² Par exemple, le fait de prendre la population civile pour cible d'une attaque pendant un conflit armé international est un crime de guerre soumis à la juridiction universelle. J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 19, règles 156 et 157.

⁵³ Voir articles 13, 99–108 de la CG III.

remplissant en même temps les quatre conditions énoncées à l'article 4.A.2) de la III^e Convention de Genève. Ils étaient donc, juridiquement, des « civils ». Cependant, ce statut n'aurait pas permis à ceux qui participaient directement aux hostilités de ne pas être pris pour cibles⁵⁴, et n'aurait pas empêché qu'ils soient internés pour des raisons impératives de sécurité⁵⁵ ou jugés et condamnés pour le simple fait d'avoir tiré sur des soldats de la Coalition⁵⁶. Si ces « civils » avaient mené des activités terroristes traditionnelles dans le cadre du conflit, ils auraient également pu être traduits en justice devant un tribunal impartial. Cependant, eux aussi avaient droit à un traitement humain aux mains des forces de la Coalition⁵⁷.

Conclusion

Du point de vue d'un commandant militaire, le fait que *jus ad bellum* et *jus in bello* se recoupent au niveau de la classification juridique signifie que ses forces peuvent s'appuyer sur une certitude juridique uniquement dans les cas les plus clairs. S'il prend sa décision de classification en fonction de l'avis de ses dirigeants politiques plutôt que des faits objectifs sur le terrain, le risque que l'efficacité humanitaire du DIH s'en trouve affaiblie augmente considérablement.

Conclusion : discipline militaire et droit

Les problèmes liés à la classification juridique d'un éventuel conflit armé reflètent les problèmes du droit international, limité par son modèle décentralisé d'États souverains. Comme le rappelle la déclaration célèbre d'Hersch Lauterpacht,

« Si le droit international est en quelque sorte le point de fuite du droit, le droit de la guerre est quant à lui, et de manière sans doute plus manifeste encore, le point de fuite du droit international⁵⁸. »

À la différence du droit national, le droit international ne bénéficie pas d'un gouvernement central doté de pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire ayant compétence obligatoire. En conséquence, l'application objective du droit international dépend fortement des États. Même si ceux-ci sont en général disposés à respecter les obligations juridiques qu'ils ont volontairement contractées, le DIH se trouve tout à l'extrémité de la panoplie des règles de droit international, là où les intérêts les plus fondamentaux et l'existence même de l'État peuvent être en jeu. Il n'est donc pas totalement surprenant que les gouvernements aient tendance à affirmer leur souveraineté en niant soit l'existence, soit la nature particulière du conflit armé dans lequel sont engagés leurs forces armées ou leurs alliés.

Malgré cette tendance regrettable en politique internationale, aucun État ne niera ouvertement les impératifs humanitaires existant dans un conflit armé. En effet, tous les États du monde sont parties aux Conventions de Genève, et la grande majorité d'entre eux sont parties aux deux Protocoles additionnels. Le défi consiste donc à ancrer le DIH au sein des institutions militaires de manière à ce qu'il soit le moins vulnérable possible aux manipulations politiques. S'il est impossible de séparer complètement le *jus ad bellum* du *jus*

⁵⁴ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 19, règle 6.

⁵⁵ Articles 4 et 78 de la CG IV.

⁵⁶ Articles 64–78 de la CG IV.

⁵⁷ Articles 27–34 de la CG IV.

⁵⁸ Hersch Lauterpacht, 'The problem of the revision of the law of war', dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 29, 1952–1953, pp. 381–382. Cité par Yves Sandoz dans sa préface de M. Sassòli et A. Bouvier, *Un droit dans la guerre ?*, CICR, Genève, Vol. 1, 2003, p. 5.

in bello sur le plan de la qualification juridique, du moins du strict point de vue du droit, la solution peut consister à appréhender ce problème de façon pragmatique.

D'une part, les militaires s'évaluent – voire se définissent – par rapport à la discipline. La discipline se trouve au cœur même du DIH. Il est rarement difficile de convaincre les responsables militaires qu'eux-mêmes et leurs subordonnés doivent éviter de détruire la vie des civils et les biens de caractère civil, doivent traiter humainement les prisonniers et s'occuper des blessés sur le champ de bataille, quel que soit leur camp. En termes simples, tout comportement ne respectant pas ces principes fondamentaux d'humanité constitue un manque de discipline.

D'autre part, la communauté internationale s'accorde de plus en plus à dire – et cela se reflète dans le DIH coutumier – que les protections juridiques humanitaires applicables aux conflits armés internationaux traditionnels sont également applicables, dans une large mesure, dans le contexte des conflits armés non internationaux. Omission faite de questions importantes liées à la souveraineté des États, il n'y a en principe aucune raison que les victimes d'un conflit armé non international soient traitées différemment des victimes d'un conflit armé international. En effet, le DIH coutumier, qui comble de plus en plus l'écart entre les deux types de conflit, est en partie tiré de la pratique des armées elles-mêmes, dont beaucoup disposent de manuels écrits confirmant l'application de tout l'éventail des protections découlant du DIH dans les deux contextes⁵⁹.

Étant au service du gouvernement civil, les responsables militaires ne peuvent pas faire totalement abstraction des considérations politiques qui engendrent des problèmes de qualification juridique en période d'affrontements armés. En temps de paix, néanmoins, une armée peut décider d'intégrer l'ensemble des protections du DIH à sa pratique opérationnelle applicable aux deux types de conflit armé. L'ancien Secrétaire général de l'ONU a apparemment fait un pas dans cette direction lorsque, en 1999, il a ordonné que les soldats du maintien de la paix soient soumis à une série de règles succinctes reflétant le droit des conflits armés internationaux et applicables à toutes les situations dans lesquelles ces soldats sont activement engagés en tant que combattants⁶⁰. Si l'on admet que les combats entre des troupes de l'ONU et un groupe armé non étatique répondant aux conditions minimales prévues soient qualifiés de conflit armé non international⁶¹, on peut en déduire que le Secrétaire général a pris la décision politique de soumettre ses forces à un niveau d'exigences parfois plus élevé que celui requis par le droit. Ce faisant, il a « renforcé » la protection légale stricte accordée aux victimes de conflits armés non internationaux, et contribué à désamorcer certaines controverses relatives à la qualification juridique. Les forces armées étatiques peuvent suivre cet exemple.

Outre la rédaction de manuels confirmant, en tant que principe⁶², l'application de l'ensemble du DIH aux conflits armés non internationaux, les forces armées peuvent incorporer ces dispositions juridiques à leur doctrine, leur formation, leur entraînement sur le terrain et leur système de sanctions⁶³. Idéalement, l'ensemble du corpus de droit pertinent devrait se retrouver dans l'environnement des opérations militaires, des ordres opérationnels aux règles d'engagement en passant par les procédures standard de fonctionnement. De telles mesures, en ancrant les critères juridiques les plus élevés, peuvent au moins prémunir l'armée contre les conséquences – intentionnelles ou non – d'une classification juridique motivée par la politique. L'avantage de cette stratégie est qu'elle simplifie le processus complexe d'interprétation des nombreuses sources de droit régissant les conflits armés non

⁵⁹ Avec les modifications requises. Voir J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 19, Vol. II.

⁶⁰ Circulaire du Secrétaire général des Nations Unies, *op. cit.*, note 48.

⁶¹ Ce qui n'est pas sans controverse : voir A. Faite et J. L. Grenier, *op. cit.*, note 44.

⁶² Et potentiellement en tant qu'*opinio juris*.

⁶³ Voir *L'intégration du droit*, *op. cit.*, note 5.

internationaux. À long terme, elle peut également servir à renforcer et développer le DIH coutumier des conflits armés non internationaux. Enfin, la promotion des critères juridiques les plus élevés est une forme de gestion des risques qui protège la chaîne de commandement militaire des conséquences d'une sous-qualification motivée par des considérations politiques – conséquences pouvant aller de la cour martiale à la Cour pénale internationale.

Cependant, la démarche consistant à « renforcer » le droit formellement applicable au moyen de la doctrine militaire a ses limites. Tout d'abord, certains éléments des régimes international et non international ne peuvent pas être totalement harmonisés. Il est sans doute impossible d'imposer, dans un contexte non international, les principes internationaux de privilège du combattant, de personnes protégées et d'occupation (par exemple, aucun État n'acceptera jamais – à juste titre – de renoncer à son droit de poursuivre en justice les combattants non étatiques qui ont tiré sur ses militaires)⁶⁴. Ensuite, si les dirigeants politiques dont dépend l'armée décident d'intervenir directement dans le processus de qualification juridique, en créant par exemple leur propre catégorie de détenus officiellement privés de toute protection légale internationale, aucune doctrine militaire respectant le DIH ne pourra l'emporter sur une telle décision. Il appartient donc aux autorités politiques elles-mêmes de bien se familiariser non seulement avec les règles de fond du DIH, mais également avec la raison d'être de ce droit et les avantages réciproques qu'il peut apporter. Ces dernières années, le CICR a soutenu la mise en place de comités interministériels nationaux de DIH, qui peuvent jouer un rôle considérable dans ce processus.

Une stratégie de « renforcement » similaire pourrait aider les responsables militaires à cerner la limite subtile entre troubles internes et conflit armé non international. En suivant la même logique, puisque le principe du traitement humain évolue de manière parallèle en droit international des droits de l'homme et en DIH, la doctrine et la formation militaires peuvent être développées dans le sens d'une plus grande uniformité conceptuelle entre ces deux systèmes, indépendamment des controverses politiques liées à leur classification. Dans les cas limites, quand les questions de choix des objectifs, d'évacuation des blessés et de traitement des prisonniers commencent à prendre de l'importance, la doctrine militaire peut garantir une application effective des principes du DIH – indépendamment de leur application formelle – tout en respectant les valeurs fondamentales du droit international des droits de l'homme. Dans une telle démarche, cependant, le risque est qu'il existe en fait des règles de DIH (en temps de guerre) qui contredisent fondamentalement le droit international des droits de l'homme applicable dans des situations ne répondant pas à la définition juridique du conflit armé⁶⁵. En l'absence d'une classification objective, il sera alors impossible de déterminer laquelle de ces branches du droit doit primer en cas de contradiction.

Enfin, puisque le rôle de l'armée dans la société évolue, la manière dont l'accent est mis sur les différents domaines du droit doit également évoluer. Il est évident que si l'armée est employée dans des situations autres que des conflits armés, elle doit suivre une formation appropriée s'étendant au-delà des limites du DIH. En pratique, cela signifie que les principes de droit international des droits de l'homme traditionnellement associés aux activités de la police – des activités civiles allant de la lutte antiémeute à la perquisition et à la saisie – doivent entrer dans le vocabulaire militaire. Même si le droit international des droits de l'homme peut et doit faire l'objet d'instructions spécifiques à chaque mission, ce droit aura bien plus de chances d'influencer le comportement des soldats si, à l'instar du DIH, il est

⁶⁴ Même s'il décide de ne pas exercer ce droit au nom de la paix : voir article 6.5 du Protocole additionnel II.

⁶⁵ Par exemple, le DIH admet le fait que des civils puissent être sciemment tués en tant que dommage collatéral, tant que l'avantage militaire concret et direct obtenu par l'attaque l'emporte sur ce dommage (voir article 51.5.b) du Protocole additionnel I). En l'absence d'une qualification juridique précise, il est difficile de concilier cette règle de DIH avec le droit à la vie, tel qu'il est interprété en temps de paix et protégé par le droit international des droits de l'homme.

systématiquement incorporé à leur doctrine, leur formation, leur entraînement sur le terrain et leur système de sanctions.

Dans son ensemble, le cadre juridique applicable aux différentes opérations militaires est une mosaïque de règles qui se recoupent souvent et se contredisent parfois, et l'application formelle de ces règles est exposée à des risques d'ingérence politique. Cependant, les principes de fond du droit sont relativement simples, dès lors que l'on appréhende bien le contexte. Par souci de clarté et pour éviter les influences politiques, il est indispensable que les armées ancrent de manière durable les principes fondamentaux du droit dans leurs opérations.

Tant que les armées associent le droit des conflits armés et les principes d'humanité à la discipline, il ne sera pas difficile de les convaincre de chercher à se doter de modèles de comportement opérationnels qui soient à la fois licites et à l'abri, dans une large mesure, des aléas des changements politiques. Dans le même temps, il faut que les autorités politiques se familiarisent avec le cadre juridique applicable aux opérations militaires si l'on veut qu'elles respectent les exigences d'une qualification juridique objective. Enfin, les autorités civiles et militaires doivent parler le même langage et comprendre la motivation qui sous-tend la décision volontaire de l'État de respecter le DIH et le droit international des droits de l'homme, indérogeable même dans les situations politique les plus difficiles. C'est alors seulement que la théorie du droit pourra véritablement être appliquée dans la pratique.